

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN
YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİ

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Osman Kadir KARAOSMAN

Ankara, 2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN
YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİ

Tezli Yüksek Lisans Tezi

Osman Kadir KARAOSMAN

Tez Danışmanı Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Ankara, 2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN
YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı:Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Tez Savunması Tarihi

13.09.2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN danışmanlığında hazırladığım “Türk Hukukunda Sağlık Tesisleri Açısından Yap-Kirala-Devret Sözleşmeleri(Ankara,2023) ” adlı yüksek lisans tezindeki 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.

04.10.2023
Osman Kadir KARAOSMAN

TEŞEKKÜR

Her zaman ve her konuda kıymetli görüşlerine başvurabildiğim ve tüm süreç boyunca tüm iyi niyetiyle desteğini esirgemeyen değerli danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN'a ve tez jürilerimde yer alan kıymetli hocalarım Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR'e, Prof. Dr. Süleyman YILMAZ'a ve Dr. Öğr. Üyesi Selin ÖZDEN MERHACI'ya tez çalışmama yaptıkları değerli katkılar için teşekkür ederim.

Tezi okumak, imla hatalarını düzeltmek, önerilerde bulunmak gibi maddi katkılarının yanında bunun çok ötesinde desteği ve inancıyla süreci benim için kolaylaştıran hayat arkadaşım Elif'e, eğitim hayatımın tamamında olduğu gibi bu çalışmamın da her aşamasında yardımına başvurduğum, beni bu yola sokan, izini her daim takip ettiğim Gamze Ablam'a, tez ne alemde darlamalarıyla tez sürecinden bir an bile kopmamamı sağlayan aileme -özellikle babama-, bir yuva sıcaklığında tezi yazışıma olanak sağlayan ve daima destekleyen Kano, Selsi ve İso'ya, süreç hakkında sıkça bilgi aldığım ve engin hukuki bilgilerinden faydalandığım Umut Hocam'a, engin hukuki bilgilerinden faydalanamadığım gibi herhangi bir destek de göremediğim Ekin Hocam'a, desteklerini her an hissettiğim canım dostlarım Fehmi Can'ım, Onur ve Zeynep'e, tezin en kritik anındaki -eninde sonunda başlangıcı- manevi destekleri ve yüreklendirmeleri için Nasip Hocam ve Abdullah Hocam'a sonsuz teşekkürler ederim. Ayrıca, bu yüksek lisans tezi 2211/2210-A Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programı kapsamında TÜBİTAK tarafından desteklenmiştir. Genç bilim insanlarına yönelik alicenap tavrı nedeniyle TÜBİTAK'a teşekkür eder ve kutlarım.

Osman Kadir KARAOSMAN

Ekim, 2023

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR CETVELİ	v
GİRİŞ	1
I. KONUNUN SUNULMASI VE ÖNEMİ	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
BİRİNCİ BÖLÜM	
KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAPSAMINDA YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ	6
I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI ORTAYA ÇIKIŞI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ	6
A. Kavram	6
B. Tanım	9
C. Ortaya Çıkış Sebepleri ve Tarihsel Gelişimi	15
1. Kamu Hizmetlerinin Finansmanı İhtiyacı ve KÖİ Yöntemlerinin Gerekliliği	15
2. Tarihsel Gelişimi	19
D. Temel Özellikleri	24
1. Kamu Hizmetinin Sunumuna ve Finansmanına Özel Sektörün Katıldığı Alternatif Bir Proje Finansman Modeli Olması	24
2. Çok Taraflı ve Karmaşık Bir İlişkiyi İçermesi	26
3. Uzun Süreli Bir İlişki Olması	27
4. Riskin Paylaşılması İlkesi	27
II. YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ	30
A. Tanım	30
B. Modele İlişkin Mevzuat	33
1. Anayasa	33
2. Kanunlar ve Uygulama Yönetmelikleri	35
C. Türkiye’de Uygulanan Diğer Kamu Özel İşbirliği Modellerinden Ayırt Edilmesi	38
1. Yap-İşlet-Devret (YİD)	38
2. Yap-İşlet (Yİ)	40
3. İşletme Hakkının Devri (İHD)	42
İKİNCİ BÖLÜM	
SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI HUKUKİ NİTELİĞİ UNSURLARI VE TARAFLARININ BORÇLARI	44
I. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİ	44
A. Tanım	44

B. Sözleşmenin Tarafları	46
1. Özel Amaçlı Şirket (Proje Şirketi/Yüklenici)	46
2. Kamu İdaresi (Sağlık Bakanlığı)	49
C. Model Kapsamında Kurulan Diğer Sözleşmeler	50
D. Diğer Sözleşmeler Kapsamında Modelin Diğer Tarafları	52
1. Finansman Sağlayanlar	52
a. Doğrudan Anlaşmalar	54
b. Müdahale Hakkı (Step-in Right)	55
2. Hissedarlar (Sponsorlar)	56
3. Alt Yükleniciler	57
4. Danışmanlar	58
E. Hukuki Niteliği	59
1. Belirli Süreli Bir Sözleşmedir	59
2. Özel Hukuk Sözleşmesidir	60
3. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Bir Sözleşmedir	66
4. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir	67
5. Kombine Tipli Karma Sözleşmedir	68
a. İsimsiz Sözleşme Türleri	70
b. İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanmasında Uygulanacak Hukuk	73
c. YKD Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Hakkında Görüşler	74
d. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	77
F. Sözleşmenin Unsurları	81
1. Finansman Sağlama Unsuru	81
2. Yapım Unsuru	84
3. Kira Unsuru	86
4. İşletme Unsuru	89
5. Üst Hakkı Unsuru	91
6. Devir Unsuru	95
II. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN KURULAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN BORÇLARI	96
A. Özel Amaçlı Şirketin Borçları	96
1. Finansman Sağlama Borcu	96
2. Sağlık Tesisini İnşa Etme Borcu	99
3. Sağlık Tesisini Şahsen Yapma veya Yönetimi Altında Yaptırma Borcu	100
4. İşe Süresinde Başlama ve Sürdürme Borcu	102
5. Özen ve Sadakat Borcu	104
6. Ayıptan Doğan Sorumluluk	107
7. Sağlık Tesisini İdareye Kiraya Verme Borcu	109
8. Sağlık Hizmeti Dışında Kalan Yan Hizmetleri İfa Etme Borcu	110
9. Sağlık Tesisini Devre Uygun Bulundurma Borcu	111
B. İdarenin Borçları	113
1. Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesis Etme Borcu	113

2. Bedel Ödeme Borcu	114
a. Kullanım Bedeli Ödeme Borcu	115
b. Hizmet Bedeli Ödeme Borcu	116
3. Zapttan Doğan Sorumluluk	117
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
YAP KİRALA DEVRET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMLENMESİ	120
I. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET	
SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI	120
A. Sürenin Sona Ermesi ve Sonuçları	120
B. Tarafların Karşılıklı Anlaşması	123
C. Sözleşmenin Feshedilmesi	124
1. İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi	125
a. Yatırım Dönemi	126
b. İşletme Dönemi	129
2. Özel Amaçlı Şirketin Sözleşmeyi Feshetmesi	132
3. Feshin Genel Sonuçları	135
II. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET	
SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM YOLLARI	136
A. Sözleşmeden Önce Çıkan veya Sözleşmeden Ayrılabilen Uyuşmazlıklar	
Açısından	136
B. Sözleşmeden Sonra Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar Açısından	138
1. Genel Olarak	138
2. Tahkim Usulü Yönünden	140
SONUÇ	145
KAYNAKÇA	149
ÖZET	167
ABSTRACT	168

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İHD	: İşletme Hakkının Devri
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
IMF	: Uluslararası Para Fonu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KÖİ	: Kamu Özel İş birliği
md.	: Madde
OECD	: Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
PPP	: Public Private Partnerships
RG.	: Resmî Gazete

T.	: Tarihli
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamında
Yİ	: Yap-İşlet
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKD	: Yap-Kirala-Devret

GİRİŞ

I. KONUNUN SUNULMASI VE ÖNEMİ

Devletler vatandaşlarının ortak gereksinimlerini karşılayabilme amacıyla kamu hizmetleri sunarlar ve bu amacı gerçekleştirebilmek için kamu harcamaları yaparlar. Kamu gelirlerinin kamu harcamalarına yetebilmesi olağan ve aynı zamanda ideal olanıdır. Ancak bu her zaman mümkün değildir. Özellikle günümüzde gelişen teknoloji ve refah düzeyinin yükselmesi ile kamu hizmetlerine olan talebin artması sunulan kamu hizmetlerinin yalnızca kamu eliyle finanse edilmesini imkânsız kılmaktadır. Artan kamu hizmeti talebine karşı yetersiz kalan kamu bütçeleri nedeniyle karşılaşılan kamu hizmetlerinin finansmanı sorunun çözümü için alternatif bir yol olarak özel sektörün kamu hizmetinin sunumu ve finansmanına katılımını öngören Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) modeli fikri ön plana çıkmıştır.

KÖİ, özel sektörün finansmanı ile teknik bilgi ve becerisinden faydalanılarak yatırım gereken kamu hizmetlerinde devletlerin bütçe sınırı dezavantajını aşmayı hedefleyen alternatif bir proje finansman modelidir. Uluslararası kuruluşların da teşvikiyle hızla yaygınlaşan bu model artık neredeyse tüm dünyada uygulama alanı bulmaktadır. Ülkemiz KÖİ modellerinin yaygın uygulama alanı bulduğu ülkelerden biridir. KÖİ yalnızca hukuk disiplinin inceleme alanına girmemekte, iktisat, kamu maliyesi, siyaset bilimi gibi birden çok disiplinin alanına temas etmektedir. Tüm bu disiplinler açısından da üzerinde sıkça çalışmalar yapılan güncel, tartışmalı ve gelişmekte olan bir konudur.

Her ne kadar model olarak ifade etsek de KÖİ tek başına bir model olmaktan ziyade özel sektörün kamu hizmetlerinin finansmanına ve sunumuna katıldığı çok sayıda

modeli altında toplayan bir çatı kavram niteliğindedir. Zira, KÖİ projelerinde karşılaşılan unsurlar olan tasarlama, yapım, finansman, kiralama, işletme vb. unsurlar çeşitli şekillerde kombine edilerek sayısız alt KÖİ modeli elde edilmesi mümkündür. 2005 yılına kadar Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkının Devri (İHD) modelleri ülkemizde yasal altyapıya sahip olan ve uygulanan KÖİ modelleriydi.

2003 yılında uygulanmaya başlayan Sağlıkta Dönüşüm Programı¹ çerçevesinde modern şehir hastaneleri inşa etme amacıyla 2005 yılında 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5396 sayılı Kanun ile eklenen Ek Md. 7 ile sağlık tesislerinin özel sektör finansmanı ile inşa edilmesine imkân veren YKD modeli hukukumuzda ilk kez düzenleme altına alınmış ve Türk hukukunda uygulanmaya başlayan dördüncü KÖİ alt modeli olmuştur. Ek Md. 7'de tek bir maddede özensiz bir şekilde düzenlenen YKD modeli 2013 yılında yürürlüğe giren 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile birlikte müstakil bir kanunla daha detaylı ve sistematik bir şekilde düzenlenmiş, önceki kanun döneminde uygulamada karşılaşılan sorunlara çözümler getirilmiştir.

Sağlık sektöründe gerçekleştirilen YKD projelerinde özel sektör tarafı, kamu idaresi ile yapmış olduğu sözleşme çerçevesinde projeye konu sağlık tesisini finansmanını da kendisi sağlayarak inşa etmekte, inşası tamamlanan sağlık tesisini kamu idaresine sağlık hizmetini yerine getirmesi için kiralamaktadır. Sağlık kamu hizmeti dışında kalan yan hizmetler ise sözleşme çerçevesinde özel sektör tarafına bırakılabilmektedir. Sunduğu bu yan hizmetler karşılığında elde ettiği gelir ve idareden aldığı kira bedeli ile özel sektör kişisi yaptığı yatırımın karşılığını elde etmektedir.

¹ Sağlık sektöründeki KÖİ çalışmalarına ilişkin olarak bkz. **SAĞLIK BAKANLIĞI: Nereden Nereye Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı Kasım 2002- Haziran 2007**, (ed. Recep Akdağ), Ankara, 2008, s. 74.

Sözleşme süresinin sona ermesiyle birlikte özel sektör tarafı tesisi kamu idaresine çalışır halde bedel almaksızın devretmektedir. Bu uzun süreli ilişkinin sonucunda devlet ilk anda yüklü bir yatırım yapmasına gerek olmaksızın özel sektör finansmanı ile sağlık tesislerinin yapılmasını sağlamakta; özel sektör tarafı ise yaptığı yatırımın geri dönüşü olarak inşa ettiği tesisi idareye kiralarak, yan hizmetleri sunarak ve ticari alanları işleterek uzun vadede kar elde etmektedir.

Şehir hastanelerinin YKD modeli ile inşa edilmeye başlanmasıyla popüler hale gelen ve Türkiye’de uygulanması yeni olan YKD modeli, kamu maliyesi ve idare hukuku boyutlarıyla sıkça akademik çalışmalara konu edilmiş olmakla birlikte sözleşmeler hukuku açısından modelin yeterli düzeyde inceleme konusu yapılmadığı görülmektedir. Bu çalışmayla birlikte özellikle diğer KÖİ sözleşmelerinden ayrılan yönleri vurgulanarak sağlık sektöründeki YKD sözleşmelerinin hukuki niteliği, unsurları, tarafların hak ve borçları detaylı bir biçimde ortaya konularak literatüre katkı sunulmaya çalışılacaktır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

“Bir Kamu Özel İş birliği Modeli: Yap-Kirala-Devret Sözleşmeleri” başlıklı tez çalışmamız “Giriş” ve “Sonuç” bölümleriyle birlikte toplamda beş bölümden oluşmaktadır.

Ülkemizde sağlık tesislerinin yapımının yanında eğitim öğretim tesisleri ve yurt yapımında da YKD modelinin uygulanabilmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Ancak, YKD modeli ile yapılmakta olan veya yapımına başlanması planlanan bir eğitim öğretim veya yurt tesisi projesi bulunmamaktadır. Ayrıca, sağlık tesislerinin YKD modeli ile yapılmasına ilişkin olarak 6428 sayılı Kanun’la ayrıntılı ve sistematik düzenlemelere yer verilmişken; eğitim öğretim tesisleri ile yurt binası ve tesisleri yapımına ilişkin düzenlemeler sağlık tesisleri için yapılan ilk düzenleme olan Mülga Ek

Madde 7 gibi tek bir maddeyle modeli ele almaktadır. Ayrıca, yurt bina ve tesislerinin YKD modeliyle yapılmasına ilişkin henüz bir yönetmelik dahi çıkarılmamıştır. İleride gerekçesinden bahsedileceği üzere, sağlık sektöründeki YKD sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabiyken diğer sektörlerdeki YKD sözleşmeleri şu anki düzenlemeler ışığında idari sözleşme niteliğindedir. Bu haliyle bu sektörlerdeki YKD sözleşmelerinin özel hukuk açısından incelenmeleri şu an için mümkün gözükmemektedir. Bu nedenlerle çalışmamızda sadece sağlık tesisleri açısından YKD sözleşmeleri inceleme konusu yapılacaktır, diğer sektörlerle ilişkin YKD sözleşmelerine ise gerekli görülen yerlerde vurgu yapılmıştır.

YKD modeliyle sağlık tesisi inşasına ilişkin mevzuatta tesislerin yapımı ile birlikte mevcut tesislerin yenilenmesine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Fakat, kamu idaresi mülkiyeti kendisine ait bir tesisi yeniletse de yine mülkiyeti kendisine ait olacağından kiracı olması söz konusu olmayacaktır ve burada kiralama unsuru içeren YKD sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, kamuya ait sağlık tesislerinin yenilenmesi de çalışmamızın kapsamına girmemektedir.

Birinci bölümde öncelikle çalışmamızı oluşturan YKD modeli ile Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-İşlet (Yİ) ve İşletme Hakkının Devri (İHD) gibi altyapı yatırımlarına özel sektörün katılımını öngören modelleri içeriğine alan ve adeta bu modellerin çatı kavramı niteliğindeki KÖİ modeli incelenmiştir. KÖİ modeli konumuzu oluşturan YKD modelinin daha iyi anlaşılabilmesi adına gerektiği ölçüde temel hatlarıyla incelenmiş; Türk öğretisindeki modelin nasıl adlandırılacağına ilişkin tartışmalara ve model için ulusal ve uluslararası alanda yapılmış olan tanımlamalara yer verilmiştir. KÖİ modelinin tarihsel gelişimi incelenmiş ve tüm alt modeller için ortak olan genel özellikleri ortaya konmuştur. Bölümün devamında ise konumuzu oluşturan YKD modeli, işleyişinin tam olarak anlaşılabilmesi için idare hukuku ve kamu maliyesi gibi diğer disiplinlerdeki boyutuyla da gerektiği ölçüde inceleme konusu yapılmıştır. Modelin Sözleşmeler Hukuku

özelinde ve temas edilmesi gerektiği noktalarda Eşya Hukuku, Ticaret Hukuku, Tahkim Hukuku gibi özel hukukun diğer alanları yönünden incelenmesi ise İkinci ve Üçüncü Bölümlere bırakılmıştır. YKD modelinin genel işleyişi, tarihçesi de ortaya konularak modele ilişkin mevzuat ve diğer KÖİ modellerinden ayrılan özellikleri bu bölümde incelenmiştir.

İkinci bölümde ise modelin özel hukuk boyutuyla incelenmesine geçilmiş ve YKD sözleşmesi ile model kapsamında imzalanan diğer sözleşmelerden bahsedilmiştir. YKD sözleşmesinin taraflarıyla birlikte model kapsamında YKD sözleşmesinin taraflarıyla diğer sözleşmeler vasıtasıyla hukuki ilişkiler kuran diğer aktörler -özellikle finansman sağlayanlar- incelenmiş ve modelin işleyişine ne şekilde katıldıkları açıklanmıştır. Devamında ise YKD sözleşmesinin özellikleri ile hukuki niteliği ortaya konmuştur. YKD sözleşmesinin hangi hukuki rejime tabi olacağına ve karma bir sözleşme mi yoksa kendine özgü bir yapısı olan sözleşme olarak mı değerlendirileceğine ilişkin öğretilerde mevcut olan tartışmalara yer verilmiş, sonucunda konuyla ilgili vardığımız kanaat açıklanmıştır. Birden çok hukuki unsurun birbirine bağlanmasıyla oluşturulan YKD sözleşmesini oluşturan unsurlar incelenmiş, daha sonrasında sözleşmenin tarafları olan özel amaçlı şirket ile kamu idaresinin borçlarına değinilmiştir.

Üçüncü bölümde ise öncelikle YKD sözleşmenin sona ermesi halleri ve bunun sonuçları inceleme konusu yapılmıştır. Ardından ise sözleşmenin imzalanması öncesinde ve sonrasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların hangi usul ve yöntemlerle çözümlenebileceğine konusuna değinilmiştir. YKD sözleşmesinde uyuşmazlıkların çözümünde tahkim usulünün uygulamasına ilişkin hususlara yine bu bölümde yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAPSAMINDA

YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI ORTAYA ÇIKIŞI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. Kavram

Özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumu ve finansmanına katılımını içeren bu yöntem, uluslararası literatürde *Public Private Partnerships (PPP)*² olarak adlandırılmaktadır. PPP kavramının Türkçe karşılığı konusunda öğretimizde uzlaşa olduğunu söylemek ise mümkün değildir. Öğretide PPP'nin karşılığı olarak Kamu Özel İş birliği (KÖİ)³, Kamu Özel Sektör İşbirliği (KÖSİ)⁴, Kamu Özel Ortaklığı (KÖO)⁵,

² Model için uluslararası literatürde kullanılan alternatif isimler: *Private Participation in Infrastructure (PPI)*, *Private-Sector Participation (PSP)*, *Privately-Financed Projects (PFP)*, *P-P Partnership*, *Private Finance Initiative (PFI)*, *P3*. Bkz. **YESCOMBE, E.R.**: *Public Private Partnerships Principles of Policy and Finance*, Elsevier, First Edition, 2007, s. 4; **HODGE, Graeme A. / GREVE, Carsten**: “*On Public–Private Partnership Performance: A Contemporary Review*”, *Public Works Management & Policy*, 2017, Volume 22, Number 1, s. 55.

³ Bkz. **ATASOY, Hidayet**: *Kamu-Özel İşbirliği ve Türkiye’de Belediyelerin Altyapı Projelerinin Finansmanında Uygulanabilirliği*, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2011; **BOZ, Selman Sacit**: “*Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli*”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:4, S.:2, 2013, s. 277-332; **YALÇIN, Fatma Ceren**: *Kamu Özel İşbirlikleri*, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2014; **SARISU, Ayhan**: *Kamu & Özel İşbirlikleri*, (Public & Private Partnerships – PPP), Ankara, 2009.

⁴ Bkz. **KEŞLİ, Ahmet**: *Kamu Özel Sektör İşbirliği (PPP) Projelerinin Hukuki Rejimi*, *Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2009.

⁵ Bkz. **ACARTÜRK, Ertuğrul/ KESKİN, Sabiha**: “*Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Ortaklığı Modeli*”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.17, S. 3, 2012, s.27; **GÜRKAN, Mehmet Fatih**: *Kamu Özel Ortaklığı*, Ankara, 2014; **KARASU, Koray**: “*Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı*”, *AÜSBFD*, C.: 66, Ankara, 2011, s. 217-262;

Kamu Özel Sektör Ortaklığı (KÖSO)⁶ ve hatta eksik imtiyaz⁷ gibi aynı kavramı karşılayan farklı adlandırmalar bulunmaktadır.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki modelin nasıl adlandırıldığından ziyade modelden ne anlaşıldığı, modelin içeriğinin nasıl doldurulduğu çok daha fazla önem arz etmektedir. Bu nedenle adlandırmaya ilişkin bu tartışmalara kısaca değinmekle yetineceğiz. Modelin adlandırılmasına dair tartışma esasında Türkçeye hem ortaklık hem de işbirliği olarak çevrilmesi mümkün olan “*Partnership*” kavramının nasıl çevrileceğine iliskindir⁸. Ortaklık kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı görüşünde olan yazarlar⁹ bulunmakla birlikte nihayetinde hukuk alanında teknik bir kavram olan ve TBK m. 620/I’den¹⁰ tanımına ulaşabildiğimiz ortaklık kavramı tarafların kazanç elde etme ortak amacı doğrultusunda beraber hareket etmesini gerektirmektedir¹¹. Ancak KÖİ sözleşmelerinin tarafları olan kamu idaresi ile özel sektörün amaçlarının ortak olduğunu

KARAHANOGULLARI, Yiğit: “*Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi*”, AÜSBFD, C. 67, No.2, 2012, s. 95-125.

⁶ Bkz. **ŞAHİN, Mehmet/ UYSAL, Özge:** “*Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme*”, Maliye Dergisi, S. 162, Ankara, 2012, s. 155-174; **ŞİRİN, Zafer Ertunç:** “*Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Yönteminin Hukuki Altyapısı*”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 61. Seri, 2017/1, s. 25-58.

⁷ Bkz. **KARAHANOGULLARI, Onur:** “*Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)*”, AÜSBFD, C.: 66, Ankara, 2011, s. 177-215. Yazar, eksik imtiyaz ifadesini yalnızca konumuzu oluşturan YKD modeli için kullanmıştır. İleride bununla ilgili detaylı açıklamalara yer verilmiştir. Bkz. I. Bölüm, II, A.

⁸ **BAYAZIT, Bahar:** Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Ankara, 2018, s. 6; **İNCÜVEZ, Ogun Ekin:** Kamu Özel İşbirlikleri: Yap İşlet Devret Modeli ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara, 2022, s. 20.

⁹ **GÜRKAN, Kamu Özel,** s. 6-7. Yazar, kamunun özel sektörü gerçek ve eşit bir ortak olarak görmesini sağlayacağı ve kamu ile özel sektör arasında kurulan bağı daha iyi ifade edeceği düşüncesiyle ortaklık kavramının kullanılması taraftarıdır.

¹⁰ **TBK m. 620/I:** “*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*”

¹¹ **PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, B. 6, Ankara, 2020, s. 18; **POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, B. 13, İstanbul, 2019, s. 27-28.

söyleyebilmek pek de mümkün değildir. Özel sektör yaptığı yatırımın karşılığında kar elde etmeyi amaçlar ki kamu idaresinin böyle bir amacı yoktur ve olmamalıdır¹². Kamu idaresinin nihai hedefinin kamu hizmetlerinin kaliteli ve uygun bir biçimde görülmesi olduğuna ve kamu yararını öncelemesi gerektiğine şüphe yoktur. Ayrıca işbirliği ortaklık kavramına nazaran daha geniş bir alanı kapsayan bir kavramdır. Her ortaklık aynı zamanda bir iş birliği sayılabilecekken her işbirliği bir ortaklık değildir¹³. İşbirliği kavramı özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumu ve finansmanına katılımını öngören modeller için daha kapsayıcı ve açıklayıcı bir kavram olacaktır¹⁴. Bu nedenlerle öğretideki yaygın görüşe katılarak ortaklığı da kapsamına alan daha kapsayıcı ve açıklayıcı nitelikteki işbirliği kavramının kullanılmasını yerinde bulmaktayız.

Konumuzun kapsamını oluşturan 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da da ortaklık yerine işbirliği kavramının tercih edilmiş olduğu görülmektedir¹⁵. Ayrıca, burada belirtmek gerekir ki; kanun metninde KÖİ kavramı yanlış bir şekilde YKD'yi karşılayacak şekilde kullanılmıştır. Zira, KÖİ özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumuna ve finansmanına katılımını sağlayan çok sayıda modeli kapsamına alan bir çatı

¹² **EVREN, Can Çınar:** Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara, 2016, s. 27. Yazar, ortaklık kavramının kullanımına karşı çıkma argümanı olarak ayrıca mevzuatımızda ortaklık kavramının şirket anlamında kullanılıyor olmasını göstermektedir.

¹³ **YALÇIN,** s. 36.

¹⁴ **KEŞLİ,** s. 6; **BAYAZIT,** s. 10; **GÖKYURT, Fatih:** İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İş birliği Sözleşmeleri, Ankara, 2018, s. 10.

¹⁵ AYM, 6428 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce “*Kamu Özel Ortaklığı*” ifadesini kullanmaktaydı. Bkz. AYM, 14.02.2013 T., 2011/150 E., 2013/30 K., RG. 25.06.2013 T., 28688 S.

kavram niteliğindedir. YKD ise KÖİ modelleri çatısı altındaki alt modellerden yalnızca birisidir¹⁶.

B. Tanım

KÖİ, devletlerin temel problemlerinden olan yüksek kamu proje stoku karşısında yetersiz kalan kamu bütçesi nedeniyle yaşanan kamu projelerinin finansmanı sorununu finansmanın özel sektöre sağlanması yoluyla çözüme kavuşturmaya çalışan yeni, esnek ve dinamik bir alternatif proje finansmanı¹⁷ modelidir¹⁸. Projenin yapıldığı sektörün ve hatta bazen özel olarak belirli bir projenin ihtiyaçlarına göre değişik özellikler gösteren YİD, YKD vs. gibi çok sayıda modelin üst kavramı niteliğindeki KÖİ modelinin dinamik ve esnek yapısı da bir tanımlanmasını zorlaştırmaktadır¹⁹. Ayrıca, KÖİ modellerin özelliklerinin uygulandığı ülkenin sosyal, ekonomik, siyasi durumuna ve en nihayetinde hukuki altyapısına göre farklılık arz etmesi KÖİ modeliyle ilgili ortak bir tanıma

¹⁶ **GÖKTÜRK, Serhan:** Bir Kamu Özel İşbirliği Olarak Yap Kirala Devret Sözleşmesi, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2019, s. 3.

¹⁷ “Proje finansmanı, özellikle yüksek bir sermaye yatırımı gerektiren işlerde, elde edilecek gelir karşılığında geri ödemeli bir sistem öngören, uzun vadeli bir borçlanma metodudur.” **ŞİRİN**, s. 27; **YOUNG, Grace Chinyere:** Understanding the Legal Fundamentals of Project Finance Contracts, Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence, 2014, s. 137. Proje finansmanı metodunun işleyişinin ayrıntılı açıklanması için bkz. **ROSSI, Emanuele/ STEPIC, Roc:** Infrastructure Project Finance and Project Bonds in Europe, First Edition, Palgrave Pivot, London, 2015, s. 7-13.

¹⁸ **BAYAZIT**, s. 10.

¹⁹ **LI, Bing/ AKINTOYE, Akintola:** “An overview of public private partnership”, Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities, (ed.AKINTOYE, Akintola/ BECK, Matthias/ HARDCASTLE, Cliff), John Wiley & Sons, 2008, s. 4.

ulaşılmamasının önündeki bir diğer zorluktur²⁰. Bu nedenlerle içeriğinin doldurulması noktasında öğretide tam bir uzlaşa olduğu söylenemez²¹.

KÖİ modelinin ülke ekonomileri için avantajlı ve dezavantajlı yönlerinin anlaşılabilmesi adına hem ulusal hem uluslararası kurumlar çalışmalar yapmış ve çeşitli tanımlar ortaya koymuşlardır. Bunun yanında Türk ve yabancı öğretilerinde de modelin farklı özelliklerini vurgulayan çeşitli tanımlar yapılmıştır. Tanımlara geçmeden öncelikle şu söylenebilir ki KÖİ çok sayıda modelin üst kavramı niteliğinde olduğu için tanımlarda yer verilen unsur sayısı arttıkça bazı alt modeller için bu tanım geçerli olmamakta ve sonuç olarak tanımların kapsayıcılığı azalmaktadır²². Bununla birlikte unsurların az olduğu basit bir tanım da modeli açıklamada yetersiz kalacaktır. Bu realite göz önüne alınarak karşısında KÖİ ile ilgili yapılan tanımlamalar basitten karmaşığa olacak şekilde aşağıda ortaya konulmuştur. Bunun sonrasında ise öğretilerdeki tanımlamaları dikkate alarak hem alt modelleri kapsayıcı hem de modeli iyi bir şekilde açıklayan bir tanıma ulaşılmaya çalışılmıştır.

Uluslararası Para Fonu (IMF) basit ve kapsayıcı bir tanımla kamu özel işbirliğini *“geleneksel olarak kamunun sağladığı altyapı yatırım ve hizmetlerinin özel sektöre sağlanmasına ilişkin düzenlemeler”* olarak ifade etmektedir²³. Yine, Dünya Bankası (WB) benzer bir tanımla KÖİ’yi *“kamunun, özel sektörün kaynakları ve uzmanlığını kullanarak kamu altyapısı ya da kamu hizmeti yaptırmayı ve temin etmesi için mekanizma”* olarak tanımlamaktadır²⁴.

²⁰ EVREN, s. 25.

²¹ PPIAF: Public Private Partnerships Reference Guide, Washington, 2012, s. 11.

²² İNCÜVEZ, s. 29.

²³ IMF: Public Private Partnerships Government Guarantees and Fiscal Risk, Washington, 2006, s. 4.

²⁴ 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.: 08.02.2023).

PPP modellerinin Avrupa’da hızla gelişerek yaygınlaşması neticesinde Avrupa Komisyonu bu modellerle ilgili olarak çalışmalar yapmış ve modelin temel ilkelerinin tespit edildiği Yeşil Kitap’ı²⁵ 2004 yılında yayınlamıştır. Yeşil Kitap’ta KÖİ, “*Bir altyapının ya da sağlanacak hizmetin finanse edilmesi, inşa edilmesi, yenilenmesi, yönetilmesi ve bakımının sağlanması amacındaki kamu idareleri ile iş dünyasının arasındaki işbirliği*” şeklinde tanımlanmaktadır²⁶.

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) ise modelin daha sonra ayrıntısıyla açıklanacak olan risk paylaşımı özelliğine vurgu yaparak KÖİ’yi “*devlet ile bir ya da daha fazla özel ortağın devletin hizmet sunum amaçları ve özel sektörün kar etme amacıyla uzlaştırarak hizmetin özel sektör tarafından sunulmasının düzenlendiği ve bu uzlaşmanın etkinliğinin özel sektöre yeterli risk transferine bağlı olduğu bir anlaşma*” şeklinde tanımlamıştır²⁷. OECD yaptığı bu tanımla kamu ile özel sektörün farklı amaçlar güttüğünü ve bu farklı amaçların modelde uzlaştırıldığını belirterek kamu ile özel sektör arasındaki ilişkinin neden bir ortaklık değil de işbirliği olarak adlandırılması gerektiğini ortaya koyduğu söylenebilir.

Ülkemizde ise Kalkınma Bakanlığınca KÖİ modelleriyle ilgili olarak 2012 yılında hazırlanan raporda KÖİ, “*bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır²⁸.

²⁵ Tam adıyla *Kamu Özel İşbirlikleri ve Topluluk Hukukunda Kamu İhaleleri ve İmtiyazlar Hakkında Yeşil Kitap (Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions)*. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en> (E.T.: 09.02.2023).

²⁶ **EU COMMISSION:** Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 2004, s. 3.

²⁷ **OECD:** Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value For Money, 2008, s. 12.

²⁸ **KALKINMA BAKANLIĞI:** Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, Ankara, 2012, s. 6.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ise hazırladığı bir strateji raporunda KÖİ modeli için “*Gelecekte yapılacak olan kamu yatırımlarının bugünden özelleştirilmesidir.*” ifadesini kullanmıştır²⁹. Dar anlamıyla özelleştirme devlete ait ticari işletmelerin mülkiyetinin özel sektöre devredilmesi olmakla birlikte geniş anlamıyla özelleştirme kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden faydalanılması politikalarını da kapsamaktadır³⁰. Bu nedenle KÖİ modelinin geniş anlamıyla bir özelleştirme faaliyeti olduğunu söylemek yanlış bir ifade değildir³¹.

AYM bir kararında KÖİ’yi “*...özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanın sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir. KÖÖ, bir üst kavram olup, özel hukuk sözleşmeleri yoluyla yap-işlet-devret, yap-kirala, yap-işlet, işletme hakkı devri, tasarla-yap, yap-işlet-sahip ol-devret, tasarla-yap-finanse et-devret, ortaklık gibi birçok modelin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasına imkân vermektedir.*” şeklinde açıklamıştır³².

Öğretide yapılan en sade tanımla KÖİ modeli kamu hizmetine ilişkin bir projenin tasarlanmasına, inşasına, finanse edilmesine, işletilmesine ya da kiralanmasına özel sektörün katılımının sağlanmasıdır³³. Riskin paylaşılması ilkesini vurgulayan bir tanıma

²⁹ T.C. BAŞBAKANLIK ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI: 2009-2012 Strateji Raporu, 2008, s. 9.

³⁰ ERYILMAZ, Bilal: Kamu Yönetimi, B. 3, İstanbul, 1997, s. 206.

³¹ KÖİ modellerini klasik bir özelleştirme faaliyeti olarak değerlendiren görüş için bkz. KARASU, Koray: “Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi”, Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform, (ed. Barış ÖVGÜN), Ankara, 2009, s. 80.

³² AYM, 14.02.2013 T., 2011/150 E., 2013/30 K., RG. 25.06.2013 T., 28688 S.

³³ TAN, Turgut: İdare Hukuku, Ankara, 2018, s. 322; DELMON, Jeffrey: Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers, Cambridge University Press, First Edition, 2011, s. 2; FARQUHARSON, Edward/ TORRES DE MÄSTLE, Clemencia/ YESCOMBE, E.R./

göre ise özel sektöre yeterli ölçüde riskin devredildiği kamu ile özel sektör arasındaki kamu hizmetlerinin sunumuna yönelik sözleşmeye dayalı işbirliğidir³⁴. Modeli sözleşmeler hukuku yönünden inceleyen KEŞLİ ise KÖİ'yi “*kamu ile özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme çerçevesinde, kamusal mal ve/veya hizmetlerin kamu tarafından özel sektörün katılımı ile yapıldığı, özel girişimcinin sözleşme konusu eseri meydana getirme riskini ve hazırda bulundurma veya hizmetin sunulmasını sağlama riskini taşıdığı ve diğer risklerde ise riskin o riski en iyi yönetecek tarafta bulunduğu esnek sözleşme modelleri ile kurulan sözleşmelerin tümüdür.*” şeklinde tanımlamaktadır³⁵.

KÖİ modeli, işletmenin tamamen özel sektöre bırakıldığı dar anlamda özelleştirmeden de hizmetin bütünüyle devlet tarafından görüldüğü geleneksel yöntemlerden de farklı olarak kamu ile özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumuna işbirliği içerisinde katılımını sağlayan üçüncü bir yoldur³⁶. Öğretide TEKİN bu durumu yaptığı KÖİ tanımında ifade etmiştir³⁷: “*kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan*

ENCINAS, Javier FARQUHARSON, Edward/ TORRES DE MÄSTLE, Clemencia/ YESCOMBE, E.R./ ENCINAS, Javier: How to Engage with Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets, World Bank Publications, 2011, s. 150.

³⁴ **JOYNER, Kate:** “Dynamics Evolution in Public-Private Partnerships, The Role of Key Actors in Managing Multiple Stakeholders”, Managerial Law, V. 49, No. 5/6, 2007, s. 207; **CORNER, David:** “The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk”, OECD Journal on Budgeting, Volume 5, 2016, s. 40.

³⁵ **KEŞLİ,** s. 46.

³⁶ **GRIMSEY, Darrin/ LEWIS, Mervyn K.:** “Developing a Framework for Procurement Options Analysis”, Policy Finance and Management for Public Private Partnerships, (ed. Akintola AKINTOYE, Matthias BECK), s. 398; **YALÇIN, Fatma Ceren:** Kamu Özel İşbirlikleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2014, s. 38; **UZ, Abdullah:** “Kamu Özel Ortaklığı/ Public Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukusal Çerçeve), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2, s.1165.

³⁷ **TEKİN, Ali Güner:** “Kamu Özel Sektör İşbirlikleri – Kamu Özel Ortaklıkları (Public Private Partnership veya PPP Modelleri)”, İdarecinin Sesi Dergisi, Mayıs-Haziran 2007, s. 1.

temini ile tüm hizmet temininin özel sektör aracılığı ile yapılması arasındaki yelpazede yer alan, devlet ve özel sektörün birlikte katılımını içeren bir üst kavramdır.”

YESCOMBE ise modelin tanımına ulaşabilmek için gerekli kilit unsurlar olarak şunları saymıştır³⁸: “(1) Kamu sektörü ile özel sektör tarafları arasında uzun dönemli bir sözleşme (KÖİ sözleşmesi) (2) Özel sektör tarafınca tasarlanan, yapımı gerçekleştirilen, finansmanı sağlanan ve işletilen bir altyapı (tesis) (3) Kamu idaresi veya son kullanıcılar tarafından tesisin kullanılması karşılığında özel sektör tarafına KÖİ sözleşmesinin ömrü boyunca ödemeler yapılması (4) KÖİ sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte tesisin kamu idaresinin mülkiyetinde kalmaya devam etmesi veya kamu idaresine devredilmesi.”

KÖİ'nin yalnızca kamu hizmetlerinin sunumu ve finansmanına özel sektörün katılımının sağlanması ve bu yöndeki işbirliği olarak tanımlanması halinde onun tipik özelliklerini ortaya koyamayan kapsamı çok geniş bir tanım elde edilecektir. Zira, kamu hizmetlerinin sunumu ve finansmanına özel sektörün katılımının sağlandığı bir çok örneğe Roma döneminde bile rastlanılmaktadır³⁹. KÖİ'yi yeni ve farklı kılan karakteristik özelliği özel sektöre devredilmiş olan yükümlülüklerinin ve risklerin sayısının artması ve bu yükümlülüklerin birbirine bağlantılı bir şekilde ihale edilmesi ve bunun sonucu olarak modelin karmaşık ilişkileri ve uzun süreli bir sözleşmeyi ihtiva etmesidir⁴⁰. Yaptığımız bu açıklamalarla birlikte KÖİ'yi şu şekilde tanımlayabiliriz: KÖİ, kamu idaresi ile özel sektör tarafı arasında yapılan özel hukuk hükümlerine tabi uzun soluklu bir sözleşme çerçevesinde özel sektör tarafının altyapının veya bir tesisin tasarımı, yapımı, finansmanı, işletmesi veya kiralanması gibi unsurlardan birden fazlasını üstlendiği, normal şartlarda kamu idaresi üzerinde olacak birtakım risklerin riskin onu en iyi yönetebilecek tarafa

³⁸ YESCOMBE, s. 3.

³⁹ İNCÜVEZ, s. 30-31.

⁴⁰ BAYAZIT, s. 53.

bırakılması ilkesi çerçevesinde özel sektör ile paylaşıldığı, sözleşmenin tarafları dışında başka aktörlerin de kredi sağlama, danışmanlık hizmeti sunma gibi çeşitli sebeplerle sürece dahil olduğu karmaşık ilişkileri ihtiva eden alternatif bir proje finansman modelidir.

C. Ortaya Çıkış Sebepleri ve Tarihsel Gelişimi

1. Kamu Hizmetlerinin Finansmanı İhtiyacı ve KÖİ Yöntemlerinin Gerekliliği

Kamu hizmeti, kısa bir tanımla toplumun genel bir ihtiyacının karşılanması için devletin, tüzel kişiliğe sahip kamu kurum ve kuruluşlarının ya da bunların gözetimi ve denetimi altında özel sektör aktörlerinin gerçekleştirdiği faaliyetlerinin tamamına verilen addır⁴¹. Diğer bir tanıma göre ise, toplumun ortak ihtiyaçlarını gidermek amacıyla piyasanın temel işleyişinden ve ilkelerinden belirli durumlarda sapılarak devletçe üstlenilen mal ve hizmet üretimine kamu hizmeti denilmektedir⁴². Kamu hizmetlerinin niteliği de korunarak düzenli ve sürekli bir biçimde sağlanması toplumlar için elzemdir⁴³. Bunun sağlanabilmesi için ise kamu hizmetlerinin sürekli olarak finanse edilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Dünya genelinde yaşanan nüfus artışları, bilim ve teknolojiye yaşanan hızlı gelişim, şehirleşme gibi durumlar hastane, okul, havalimanı gibi altyapı

⁴¹ **ÇİFCİ, Hasan Basri:** Devlet Garantileri Kavramlar İşleyişler ve Sorunlar, İstanbul, 2020, s. 8; **TOKATLIOĞLU, Mircan/ ŞEN, Semih:** “Kamu Hizmetlerinin Sunum ve Finansmanında Kamu Özel İşbirliği Modeli: Avrupa Birliği ve Türkiye”, International Journal of Public Finance, Vol. 4, No. 2, s. 207.

⁴² **KARAHANOĞULLARI, Onur:** Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), B.3, Ankara, 2015, s. 48.

⁴³ AYM 09.12.1994 T., 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı kararında “Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmaktadır. Çünkü bunun yokluğu toplum yaşamını alt üst eder.” denilmiştir. Bkz. RG. 24.01.1995 T. 22181 S.

yatırımlarının daha çok talep edilmesine ve haliyle de daha çok finansman ihtiyacı doğmasına neden olmaktadır⁴⁴. Özellikle ülkemiz gibi yabancı sermayeye ihtiyaç duyan gelişmekte olan ülkelerde finansman ihtiyacı çok daha fazla olmaktadır⁴⁵.

Devletin kamu hizmetlerini bizzat finanse etmeye karar vermesi halinde üç yola başvurulabilir. Devlet, kamu gelirlerinden faydalanabilir ya da para basabilir veya son olarak borçlanma yoluna gidebilir⁴⁶. Devletin sadece elde etmiş olduğu kamu gelirleriyle artan kamu hizmeti talebini karşılaması günümüzde mümkün gözükmemektedir. Merkez Bankası aracılığıyla para basılarak finansman sağlanması ise enflasyon artışını tetikleme ve ekonomide daralma riskini barındıracaktır⁴⁷. Dış borçlanma halinde döviz kurlarında yaşanabilecek ani artışlar özellikle ülkemiz açısından borçlanmadan elde edilmesi beklenen faydanın gerçekleşmesi önündeki önemli risklerdendir⁴⁸.

Yukarıda açıklandığı üzere kamu hizmetlerinin nitelikli ve sürekli olarak sağlanması gerekliliği, sosyal ve ekonomik gelişmeler karşısında yeni ihtiyaçların doğması ve gün geçtikçe kamu hizmetlerine olan talebin artması finansman konusunda devletlerin alternatif yollar aramasına neden olmaktadır. Zira, devletin gerekli görülen yatırımların tamamını bizzat finanse etmeye çalışması halinde bütçe açıkları, kamu giderlerinin artması, enflasyon, ekonomik daralma gibi olumsuz sonuçların doğma riski mevcuttur. Öte yandan, bütçe kısıtları nedeniyle gerekli yatırımların gerçekleştirilmemesi

⁴⁴ **EMEK,Uğur:** “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2017, s. 141.

⁴⁵ **ÇAKIR, Mehmet Kadir:** 6428 Sayılı Kanun’a Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Ankara, 2016, s. 24.

⁴⁶ **ÇİFCİ, Garanti,** s. 19; **ÇAL, Sedat:** “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”, AÜHFD, C. 51, S. 2, s. 167.

⁴⁷ **ÇAL,** Anayasa Değişikliği, s. 167.

⁴⁸ **ÇİFCİ,** Garanti, s. 35.

veya kalitesiz bir şekilde gerçekleştirilmesi de diğer bir risktir⁴⁹. Bu gibi riskler nedeniyle devlet altyapı yatırımlarına doğrudan finansman sağlamaktansa alternatif bir proje finansmanı metodu olarak devletin denetimi ve gözetimi altında özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumuna ve finansmanına katılımını sağlayan KÖİ modellerini tercih etmeye başlamıştır⁵⁰. Ayrıca, kullanılmaya başlanmasındaki diğer bir neden uluslararası finansman kuruluşlarının devletlere doğrudan borç vermek yerine proje bazlı kredi vermeyi tercih etmeye başlamalarıdır. Bu nedenle dış kaynak arayışında olan özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler için KÖİ yöntemleri kamu hizmetlerinin finanse edilmesi için sıkça başvurulmuş bir yol haline gelmiştir⁵¹.

KÖİ yöntemlerinin kamu hizmetlerinin geleneksel yollarla görülmesi yöntemlerine göre özellikle şu yönlerden avantajlı olduğu savunulmaktadır:

Daha önceleri de sıklıkla ifade ettiğimiz üzere KÖİ modelinin en temel avantajı kamu bütçesinin sınırlı oluşu dezavantajına karşı özel sektörle işbirliği yoluna gidilerek kamu projeleri için ekstradan finansal kaynağın sağlanmasıdır⁵². Böylelikle toplum tarafından talep edilen ancak bütçe yetersizliği nedeniyle yapılamayan kamu projelerinin gerçekleşmesi sağlanabilecektir. Ayrıca, KÖİ yöntemlerinin hem ülkeye daha kolay yabancı sermaye girişi sağladığı hem de yapılan yatırımının geri dönüşünün uzun bir vakte yayılmış olması nedeniyle borçlanmaya nazaran kamu bütçesi için daha az külfetli

⁴⁹ **KESKİN, Sabiha:** Türkiye’de Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Kamu-Özel Ortaklığı Modeli (Aydın Örneği), *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Adnan Menderes Üniversitesi, Aydın, 2011, s. 5.

⁵⁰ **EMEK, Uğur:** “Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye”, *Rekabet Dergisi*, S. 37, 2009, s. 13.

⁵¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin:** Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, *Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2005, s.1.

⁵² **ACARTÜRK/ KESKİN**, s. 35; **USTA, Sefa/ BİLGİÇ, Erdal:** “Yerel Yönetimlerde Hizmet Sunumu: Kamu Özel Ortaklığı Modeli”, *SDÜSBED*, S. 23, 2016/1, s. 255.

olacağı düşünülmektedir⁵³. Bunun sayesinde de kamunun imkanları genişleyerek farklı kamusal gereksinimlere de bütçe ayırabilecektir⁵⁴.

Bir diğer avantajının ise zaman yönünden olduğu söylenmektedir. Kamu idareleri bürokratik yapısının bir sonucu olarak hantaldır ve kamu idareleri eliyle yürütülen işler genellikle yavaş işlemektedir. Kar etme hedefiyle hareket eden şirketler ise projeyi bir an önce tamamlama motivasyonu ile hareket etmektedir⁵⁵. Kaldı ki KÖİ yöntemlerinde çoğu zaman inşa aşamasının sona erip kamu hizmetinin sunulması aşamasına geçildiğinde şirket yaptığı yatırımın karşılığında gelir elde etmeye başlamaktadır⁵⁶. Bu durum da şirketi hızlı hareket etmeye ve projeyi zamanında tamamlamaya güdüleyen nedenlerden biri olarak KÖİ yöntemlerinin avantajlarından biridir.

KÖİ yönteminin sağladığı en büyük avantajlardan biri de projelerdeki risklerin özel sektör ile paylaşılmasının önünü açmasıdır. Geleneksel yollarla kamu hizmetinin sunulması halinde proje kapsamında karşılaşılabilecek talep riski gibi tüm riskler kamu idaresinin üzerindedir. KÖİ yöntemlerinde ise riskin onu en iyi yönetebilecek tarafa bırakılması esasına uyularak bir kısım riskler özel sektöre devredilebilecektir⁵⁷. Son olarak, KÖİ yöntemleriyle yapılan projeler vasıtasıyla devletler özel sektörün teknik bilgi ve becerilerinden, know-how'ından, işletme tecrübesinden faydalandığı söylenebilir⁵⁸.

⁵³ YESCOMBE, s. 17; LI/ AKINTOYE, s. 7; KESKİN, s. 24-25.

⁵⁴ CHINYIO, Ezekiel/ GAMESON, Rod: “Private Finance Initiative in Use”, Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships, (ed. Akintola AKINTOYE, Matthias BECK), Blackwell Publishing, Oxford, 2009, s. 10-11; TOKATLIOĞLU/ ŞEN, s. 219; EVREN, s. 40.

⁵⁵ LI/ AKINTOYE, s. 8; İNCÜVEZ, s. 67-68.

⁵⁶ Örnek hüküm için bkz. 6428 s. K. md. 5/II “Yapım işinin tamamlanmasından önce hiçbir şekilde bedel ödemesi yapılamaz. (...)”

⁵⁷ USTA/ BİLGİÇ, s. 255.

⁵⁸ ROSSI/STEPIC, s.14; EMEK, Karşılaştırmalı, s. 13; EVREN, s. 40.

Ancak unutulmamalıdır ki bu açıklamalar teoriktir ve haliyle teorik açıdan mükemmele yakın da olsa herhangi bir yöntem hayatın gerçeklerine uymayan, irrasyonel bir şekilde uygulanıyorsa sonuç kaçınılmaz bir şekilde başarısızlık olacaktır. Herhangi bir yöntemin başarılı olabilmesi için gerekli olan teorinin pratiğe uygunluğu, yöntem kapsamında karşılaşılabilecekler risklerin doğru analizi ve o riskin onu en iyi tolere edebilecek tarafa bırakılması gerekliliklerinden KÖİ modeli de azade değildir. Günümüzde özellikle ülkemizde KÖİ modeline yöneltilen eleştirilerin büyük çoğunluğu modelin teorik anlamda mantığına ve işleyişine karşı değil, özellikle devletin sağlamış olduğu garantiler bağlamında uygulanmasına ilişkin olduğu gözlenmektedir⁵⁹.

2. Tarihsel Gelişimi

Devletlerin kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün finansmanından faydalanmasına ilişkin ilk uygulamalar Roma dönemindeki ticaret merkezleri, liman ve su kanallarının yapımında görülmektedir⁶⁰. Her ne kadar kamu hizmetlerinin özel sektör ile işbirliği içerisinde yerine getirilmesi çok eski zamanlara dayansa da KÖİ'nin kavramsallaşması ve sistematikleşmesi gelişmiş devletlerin ve uluslararası kuruluşların

⁵⁹ Benzer yönde düşünceler için bkz. **İNCÜVEZ**, s. 66, 83-86; **TOKATLIOĞLU/ ŞEN**, s. 220. KÖİ yöntemlerinin ekonomik kriz dönemlerinde geleneksel yöntemlere göre daha maliyetli hale geldiğine ilişkin görüş için bkz. **KARAHANOGULLARI Y.**, s.105-106. Ülkemizde yaşanan kur krizleri ve bunun sonucu gerçekleşen yüksek enflasyon, verilen teminatların bütçeye büyük bir yük olması sağlık hizmetlerinin YKD modeliyle sürdürülebilirliğini olumsuz etkilemektedir. Bu sebeple yeni şehir hastanesi projeleri açısından Sağlık Bakanlığı genel bütçe kaynaklarını kullanmayı tercih etmeye başlamıştır. Bu durum yazarı destekler niteliktedir. (https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=8afecefc-06b8-11ea-9197-77d5c768b243) (E.T.: 04.04.2023).

⁶⁰ **DEMİRTÜRK KIR, Özde**: Public Private Partnership Healthcare Projects In Turkey: Stragies For Successful Implementation, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul, 2019, s. 10.

desteğiyle 20. yüzyılda sonlarında gerçekleşmiştir⁶¹. 20. yüzyılın son çeyreğine kadarki geniş anlamıyla kamu özel işbirliği uygulamaları sistematiklikten uzak, kurumsal olmayan, düzensiz ve sürekliliği olmayan uygulamalardır⁶².

II. Dünya Savaşı'nın Avrupa'da yarattığı yıkımın etkisiyle altyapı yatırımlarına olan ihtiyaç artmış ancak kamusal kaynağın bu ihtiyacı gidermede yeterli olmadığı anlaşılmışla bu büyük ölçekteki altyapı yatırımlarına özel sektörün katılımının sağlandığı alternatif finansman modelleri düşünülmeye başlanmıştır⁶³. Bu dönemde yaygınlaşan dar anlamda özelleştirme uygulamalarından beklenen faydanın sağlanamaması nedeniyle ne kamu hizmetinin bizzat devlet tarafından yerine getirilmeye çalışılmadığı ne de dar anlamda özelleştirme uygulamaları gibi tamamen özel sektöre bırakılmadığı, bu iki aktörün işbirliği esasına dayanan üçüncü bir yol olarak KÖİ yöntemleri uygulama alanı kazanmaya başlamıştır⁶⁴.

Modern anlamıyla KÖİ projelerinin öncüsü olan ülke İngiltere'dir⁶⁵. İngiltere'de liberal anlayışın hâkim olduğu 1980'li yıllarda Margaret Thatcher'in ülke yönetimine gelmesiyle devletin ekonomideki müdahaleci rolü azalmaya, özel sektörün ekonomideki rolü ise kamusal alana girişinin önündeki yasal engeller ortadan kaldırılarak önem kazanmaya başlamıştır⁶⁶. İngiltere'de ilk olarak 1992'de KÖİ modelinin öncülü ve bir

⁶¹ YESCOMBE, s. 5; EVREN, s. 35; İNCÜVEZ, s. 30.

⁶² AYDIN, s. 5.

⁶³ KARASU, *Sağlık Hizmetleri*, s. 218; BARKAN TEREYAĞOĞLU, Petek: Sağlık Tesisi Projeleri Bakımından Yap-Kirala-Devret Modeli ve Finansman Sağlayanların Müdahale Hakkı, Ankara, 2022, s. 15; ÇAKIR, s. 24; SÖZER, Ali Nazım: "Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastaneleri", DEÜHFD, C. 15, Özel S., 2013, s. 216.

⁶⁴ IMF, s. 2; TOKATLIOĞLU/ ŞEN, s. 209; ŞAHİN/ UYSAL, s. 6; KARASU, *Sağlık Hizmetleri*, s. 219.

⁶⁵ Avrupa'daki 1990-2009 yılları arasındaki bütün KÖİ projelerinin üçte ikisi İngiltere'de gerçekleşmiştir. SÖZER, s. 216.

⁶⁶ YESCOMBE, s. 16; İNSEL, Ahmet: Neo-Liberalizm Hegemonyanın Yeni Dili, İstanbul, 2011, s. 178; BOZ, s. 280; ÇAL, *Anayasa Değişikliği*, s. 165.

türü olarak ifade edilen özel sektörcü finansman sağlanarak mal ve hizmet temini esasına dayanan “*Private Finance Initiative (PFI)*” (Özel Sektör Finansman Girişimi) uygulamaları başlamıştır⁶⁷. İşçi Partisi’nin 1997 yılında iktidara gelmesiyle birlikte hız kazanan PFI uygulamaları, 1998 yılında bazı değişikliklerle kapsamı genişlemiş İngiltere’de tam anlamıyla KÖİ uygulamalarına geçilmiştir⁶⁸. İngiltere, ABD gibi ülkelerdeki başarılı uygulamalarla birlikte özellikle Türkiye gibi dış kaynağa ihtiyaç duyan, yabancı sermaye arayışındaki gelişmekte olan ülkeler KÖİ yöntemlerini tercih etme başlamasıyla bu modeller tüm dünyada yaygın hale gelmiştir. Uygulandığı ülke sayısının yanında uygulanan modellerin ve uygulandıkları sektörlerin sayısı da hızlı bir artış göstermiştir. KÖİ modelleri sistematikleştiği ilk yıllarda sadece enerji, ulaşım gibi sektörlerde ulusal ölçekte ve büyük çaplı projelerde kullanılması öngörülmekteydi, ancak günümüzde yerel yönetimlerce görülen maliyet açısından küçük boyutlu projelerde dahi kullanılabilmekte olup kullanımı oldukça yaygınlaşmıştır⁶⁹.

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine özel sektörün dahil olması ülkemiz açısından bakıldığında ise Osmanlı Devleti zamanlarına dayandığı görülmektedir⁷⁰. Yerli ve yabancı özel kişilerin kamu hizmetlerinin sunumuna ve finansmanına katılmasına yönelik ilk yasal düzenleme ise 1910 yılında yürürlüğe giren 576 sayılı Menafii Umumiye

⁶⁷ YESCOMBE, s. 9; FIGHT, Andrew: Introduction to Project Finance, Butterworth- Heinemann, Oxford, 2006, s. 145; KARAHANOĞULLARI Y., s. 100; UZ, s. 1174.

⁶⁸ TOKATLIOĞLU/ ŞEN, s. 210; LI/ AKINTOYE, s.14; BOZ, s. 282.

⁶⁹ İNCÜVEZ, s. 33-34; GÜZELSARI, Selime: “Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi SBF Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 598, 2009, s. 43; KARASU, Kamu Özel, s. 79.

⁷⁰ BAYAZIT, s. 14.

Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun⁷¹,dur⁷². Osmanlı Devleti’nde kamu hizmetlerine katılım genellikle yabancı kişilere imtiyaz verilmesi şeklinde gerçekleşmiştir⁷³. Ancak bu faaliyetleri modern anlamıyla KÖİ yöntemleri olarak adlandıramayız. Zira, idari sözleşme niteliğindeki imtiyaz usulü, kamu idaresinin özel hukuk hükümlerini aşan nitelikte ayrıcalıklı yetkilerinin olduğu ve sözleşmenin diğer tarafına karşı üstün konumda bulunduğu bir yöntem olduğundan kamu idaresi ile özel sektör girişimcisinin eşit konumda olması esasına dayanan özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülen KÖİ modelleri imtiyaz usulünden farklılaşmaktadır.

Türkiye’de de modern anlamıyla KÖİ uygulamaları ise liberal düşüncenin etkisiyle İngiltere’yle yakın zamanlarda 1980’li yıllarda başlamıştır⁷⁴. 1984 yılında 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı, Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesiyle kamunun tekelinde bulunan elektrik piyasası özel sektöre açılmış ve KÖİ modellerine ilişkin ilk yasal düzenleme yapılmıştır⁷⁵. İlk olarak enerji alanında YİD modeli ile KÖİ macerası başlayan ülkemizde, daha sonrasında Yİ ve İHD modelleri de uygulanmaya başlamıştır. 1999 yılında Anayasa’da yapılan değişikliklerle özel hukuk sözleşmeleri vasıtasıyla özel sektörün kamu hizmetlerinin sunumuna ve finansmanına katılımının sağlanması imkânı getirilmiş ve bu değişiklik ülkemizdeki KÖİ uygulamaları açısından dönüm noktası olmuştur. Anayasa’daki değişiklik sonrası KÖİ uygulamaları ülkemizde

⁷¹ *Düstur, II. Tertip, C: 2, s. 362-365.*

⁷² *Kanunun çıkarılmasına ilişkin tarihi süreç için bkz. ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: “II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre “Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun’un Kabulü”, AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 938 vd.*

⁷³ **TAN, Turgut:** “Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, *AÜSBFD, C. 22, S. 2, 1967, s. 285.*

⁷⁴ **ÇAL,** *Anayasa Değişikliği*, s. 166.

⁷⁵ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT,** s. 25.

daha da hız kazanmıştır. Son olarak ise 2005 yılında 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek md. 7 ile dördüncü bir KÖİ yöntemi olarak YKD modeli ülkemizde uygulama alanı bulmuş ve Sağlıkta Dönüşüm Programı⁷⁶ çerçevesinde şehir hastanelerinin bu finansman modeliyle inşasına başlanmasıyla popüler hale gelmiştir.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de 21. yüzyılda KÖİ yöntemlerine ilişkin çalışmalar hız kazanmıştır. Bu çerçevede Devlet Planlama Teşkilatı⁷⁷ 2005 yılı itibariyle KÖİ modelleriyle ilgili genel bir mevzuat çıkarılması çalışmalarına başlamıştır. KÖİ modellerinin tarafları olan kamu idareleri ile özel sektör taraflarından yapılmış ve yapılmakta olan projeler ile ilgili sorunlar ve çözüm önerilerine dair görüşler alınarak projelerdeki ihtiyaçlara yönelik olarak tüm KÖİ yöntemleri için ortak kurallar öngören bir kanun taslağı hazırlanmıştır. Her ne kadar DPT, 2007 ve 2008 yıllarında benzer hükümleri ihtiva eden iki ayrı kanun taslağının kamuoyu ile paylaşmışsa da bu iki taslak da kanunlaşmamıştır. KÖİ modellerini genel çerçevede düzenleyen temel bir kanunun bulunmaması, hukuki yapının dağınık ve karışık olması bir eksiklik ve eleştiri konusu olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁸.

⁷⁶ “Şehir hastaneleri gibi büyük yatırımlar ve bunlarla ilişkili hizmetlerin tasarım ve yönetiminde özel sektörün sermaye ve tecrübesinden istifade ederek sağlık hizmetlerini daha etkin ve verimli sunmak amacıyla Kamu Özel Ortaklığı modelini kullanmaya başladık.” Bkz. **SAĞLIK BAKANLIĞI**: Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu (2003-2011), 2012, s. 289.

⁷⁷ RG. 09.07.2018 T., 30473 S. ile yayımlanan 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 60. maddesi ile 19.06.1994 tarihli ve 540 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılarak kurum lağvedilmiştir.

⁷⁸ **KESKİN**, s. 32; **UZ**, s. 1165.

D. Temel Özellikleri

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan Yeşil Kitap'ta KÖİ modellerinin dört temel karakteristik özelliğinin olduğu belirtilmiştir⁷⁹: “(1) Planlanmış bir projenin farklı yönlerinde kamu ile özel sektör arasında görece uzun vadeli sözleşmesel ilişki içeren bir işbirliği. (2) Kısmen özel sektör ile bazen çeşitli taraflar arasında karmaşık sözleşmeler aracılığıyla proje finansmanı yolu. (3) Projenin çeşitli aşamalarında (tasarım,tamamlama, uygulama, finansman) yer alan ticari katılımcının önemli rolü. Kamu ortağı öncelikli olarak kamu yararı, sağlanan hizmetin kalitesi ve fiyatlandırma politikası açısından ulaşmak istenilen amaçların tanımlanmasına odaklanmaktadır ve bu hedeflere uyulmasını denetleme sorumluluğunu üstlenmektedir. (4) Genelde kamuda doğan risklerin, kendisine aktarıldığı özel sektör ortağı ile kamu sektörü ortağı arasında risklerin dağılımı. Ancak PPP, özel sektör ortağının bütün riskleri veya projeye bağlı risklerin büyük payını üstlenmesi anlamına gelmek zorunda da değildir. Riskin kesin dağılımı, taraflardan her birinin riski ölçümleme (assess), kontrol ve riskin üstesinden gelebilme yeteneğine göre, her durum için ayrı ayrı belirlenir.” Avrupa Komisyonu’nun yaptığı bu tespitleri de dikkate alınarak KÖİ modelinin karakteristik özellikleri olarak gördüğümüz hususları aşağıda inceleyeceğiz.

1. Kamu Hizmetinin Sunumuna ve Finansmanına Özel Sektörün Katıldığı Alternatif Bir Proje Finansman Modeli Olması

Kamu hizmetlerinin sunumu ve finanse edilmesi konusundaki anlayışta 20. yüzyılın ikinci yarısında neoliberalizmin de etkisiyle önemli değişiklikler meydana

⁷⁹ EU COMISSION, s. 3.

gelmiştir⁸⁰. II. Dünya Savaşı sonrası artan altyapı ihtiyacı ve kamu hizmetlerine yönelik artan talepler karşısında kamu kaynaklarının yeterli olmaması devletleri alternatif finansman yöntemleri bulmaya itmiştir. Devletlerin bu nedenlerle kamu hizmetlerinin sunumu ve finansmanındaki rolü de değişikliğe uğramıştır⁸¹. Kamu hizmetlerini bizzat sunan ve finanse eden devlet düşüncesi yerini, kamu hizmetlerinin sunumuna özel sektörü dahil eden onu regüle eden, denetleyip, gözetleyen devlet düşüncesine bırakmıştır⁸². İşte bu anlayışın sonucu kamu hizmetlerinin finansmanının özel sektör tarafından sağlandığı KÖİ yöntemleridir.

KÖİ yöntemlerinde devletin temel görevi organizasyonu sağlama, denetim ve gözetimdir. Özel sektör girişimcisi ise KÖİ projesi kapsamında tasarlama, finansmanın sağlanması, tesisin inşa edilmesi, inşa edilen tesisin işletilmesi veya kiralanması faaliyetlerini yürütecektir. Kamu hizmetlerinin görülmesi için yapılan tesislerin inşa sürecine ve altyapı yatırımlarına özel sektörün katılması yeni bir durum değildir. Ancak KÖİ yöntemlerinde özel sektöre verilen görevlerin sayısı arttırılmakta ve ayrıca tasarlama, yapım, işletme, kiralama gibi bu görevler birbiriyle bağlantılı şekilde özel sektör girişimcisine ihale edilmektedir⁸³. KÖİ yöntemlerini diğer kamu hizmetlerin sunumuna katılma faaliyetlerinden ayıran karakteristik özelliklerden biri de bu durumdur.

⁸⁰ **KARASU**, *Sağlık Hizmetleri*, s. 218.

⁸¹ **TOKATLIOĞLU/ ŞEN**, s. 230.

⁸² **ÇAL**, *Anayasa Değişikliği*, s. 164; **HIZARCI BEŞER**, **Berna**: Özelleştirmenin İkinci Dalgası Kamu-Özel İşbirliği: Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü, Bursa, 2018, s. 14.

⁸³ **DE BETTIGNIES, Jean-Etienne/ ROSS, Thomas W.**: Public Private Partnership In Infrastructure Development, Case Studies from Asia and Europe, Weimar 2009, s.9; **BAYAZIT**, s. 43.

2. Çok Taraflı ve Karmaşık Bir İlişkiyi İçermesi

Kamu idaresi ile özel sektör girişimcisinin arasında imzaladığı KÖİ projesinin temeli olan sözleşmeye öğretide *uygulama sözleşmesi* adı verilmektedir. Uygulama sözleşmesinin tarafları üçüncü kişilerle de proje bağlamında çeşitli sözleşmeler imzalamaktadırlar⁸⁴. Bunlara ise *uydu sözleşmeler* adı verilmektedir⁸⁵. KÖİ projeleri uygulama sözleşmesinin yanında çok sayıda uydu sözleşmesi de ihtiva etmesi nedeniyle “*sözleşmeler zinciri*”⁸⁶ olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşmeler zinciri KÖİ projelerinde çok taraflı ve karmaşık hukuki ilişkilerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁸⁷. Bu sözleşmeler zinciri içerisinde kamu idaresi, özel sektör tarafı, proje şirketi, finansman sağlayan kuruluşlar, alt yükleniciler, danışmanlar, sigorta şirketleri gibi aktörler yer almaktadır. Bu aktörler proje kapsamında belirli roller üstlenmekte ve projeden bekledikleri menfaati elde edebilmek için projenin başarı bir şekilde gerçekleştirilebilmesine yönelik çaba sarf etmektedirler. Bu aktörler ve aralarındaki hukuki ilişkilere dair daha detaylı açıklamaları aşağıda ana konumuzu oluşturan YKD modeli özelinde yapılmıştır.

⁸⁴ **EVREN**, s. 52.

⁸⁵ **KAPLAN, İbrahim**: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, B. 2, Ankara, 2019, s. 346.

⁸⁶ **BAYAZIT**, s. 43.

⁸⁷ **EPEC**: Managing PPPs During the Contract Life, Guidance for Sound Management, 2014, s. 17.

3. Uzun Süreli Bir İlişki Olması

KÖİ projelerinin klasik kamu alımlarından ayrılan bir diğer yönü de kamu ile özel sektör kurulan bu işbirliği ilişkisinin bir anlık değil uzun soluklu olmasıdır⁸⁸. Uzun vadeli bir ilişki olması özel sektör açısından yaptığı yatırımın karlı bir biçimde geri dönüşünü, kamu idaresi açısından ise bir anda yüklü bir mali külfetin altına girmemesini sağlayan özelliktir. Ancak bunun için proje maliyetlerinin doğru bir şekilde hesaplanmış olması önemlidir. Aksi takdirde modelin avantajı olan bu durum tam tersine kamu idaresi açısından dezavantaja dönüşmeye müsaittir. Maliyet hesabının yanlış yapılması halinde idare uzun süreli ve ciddi bir mali külfetle karşılaşma ihtimaliyle karşı karşıyadır⁸⁹.

Hukumumuzda KÖİ sözleşmelerinin azami süresine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak alt modelleri düzenleyen kanunlarda sürelerle ilişkin düzenlemelere rastlanılmaktadır. 3996 sayılı Kanun'da YİD sözleşmeleri için süresinin 49 yıldan fazla olamayacağı öngörülmüşken 6428 sayılı Kanun'da sağlık sektöründeki YKD sözleşmesi için bu azami süre 30 yıl olarak düzenlenmiştir. Uygulamada sözleşmelerin süresi özel sektör girişimcisinin yatırımını amorti edebileceği süre, işletmenin ömrü, hizmete gereklilik duyulan süre gibi durumlar dikkate alınarak belirlenmektedir⁹⁰.

4. Riskin Paylaşılması İlkesi

Doğası gereği her yatırım çeşitli riskler taşımaktadır. Normal şartlarda yatırım bizzat kamu idaresi tarafından gerçekleştirilse tüm risk kamuya ait olacakken özel sektör

⁸⁸ UZUN/YAVİLIOĞLU, s. 69; EVREN, s. 51.

⁸⁹ ÇAKIR, s. 33.

⁹⁰ BAYAZIT, s. 44.

ile işbirliği yapılarak bir kısım risklerin özel sektör girişimcisine aktarılması sağlanmaktadır. Böylece, kamu projeleri kapsamındaki riskler idare ile özel sektör tarafı arasında paylaşılmaktadır⁹¹. Risklerin ne şekilde pay edileceği ise projenin başarısı açısından en önemli hususlardan biridir. KÖİ modellerinin emredici nitelikteki ilkelerden biri de risklerin onu en iyi şekilde yönetebilecek tarafa bırakılması ilkesidir⁹². Bu ilkeye göre, projeye ilgili ortaya çıkabilecek riskler, ona ekonomik anlamda en avantajlı çözümü getirebilecek tarafa bırakılması gerekmektedir⁹³.

Risk analizi projenin gerçekleştirilmesi esnasında ortaya çıkma ihtimali olan hukuki, finansal, politik, çevresel vb. risklerin ortaya konulmasıdır⁹⁴. KÖİ modelleri ile gerçekleştirilecek projelerde bu ilkeye uyulması, projelerdeki risklerin doğru bir şekilde analiz edilmesi ve risklerin taraflara doğru bir biçimde paylaştırılması ve bu paylaşımın KÖİ sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmesi önem arz etmektedir⁹⁵. KÖİ sözleşmelerinde risklerin doğru şekilde paylaştırılması projenin hukuki altyapısının sağlam bir şekilde kurulması anlamına gelecektir. Sözleşmede açıkça kimin üstleneceğine yer verilmeyen risklerin gerçekleşmesi halinde ise hakkaniyet gereği onu en iyi şekilde yönetebilecek tarafa bırakılması gerektiği söylenebilir⁹⁶.

⁹¹ İNCÜVEZ, s. 106.

⁹² KEŞLİ, s. 97; 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, s. 2, 10.

⁹³ BURGER, Philippe/ HAWKESWORTH, Ian: “How to Attain Value For Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement”, OECD Journal on Budgeting, Volume 1, 2011, s. 4.

⁹⁴ BAYAZIT, s. 267.

⁹⁵ KEŞLİ, s. 52; SUNGUR, Cuma: “Sağlık Sektörü Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Riskler ve Risk Yönetimi”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, S. 2, 2018, s. 712.

⁹⁶ KEŞLİ, s. 94.

KÖİ projeleri kapsamında genellikle karşılaşılabilecek en büyük risk ve aynı zamanda karşılaşılma ihtimali en yüksek olan risk finansal risklerdir. Finansman sağlayanlar verdikleri kredinin geri dönüşünü sağlama alma amacıyla kamu idaresinden garantiler talep edebilir. Bu durumda kamu idaresinin verdiği hazine garantilerinin risk analizinde azami özeni göstermesi gerekir⁹⁷. Aksi takdirde hazine garantilerinin özel sektör üzerindeki riski ortadan kaldıracak şekilde verilmesi halinde adeta özel sektörün üzerinde olması gereken talep riskini devlet üstlenmiş olacaktır⁹⁸.

KÖİ modelleri, kamu hizmetinin sunumu ve finansmanı ihtiyacı nedeniyle devlet üzerinde doğan risklerin özel sektöre devri imkanını sağlamaktadır. Ancak bundan risklerin tamamının özel sektöre üstlenilmesinin anlaşılmaması gerekir⁹⁹. Böyle bir durumda risk paylaşımından ziyade risk transferinden bahsedilebilecektir. Risk paylaşımında ana hedef özel sektöre bırakılacak risklerin maksimize edilmesi değil, optimize edilmesi olmalıdır¹⁰⁰. Nitekim, projenin başarıya ulaşmasındaki en önemli faktörlerden biri risklerin makul bir biçimde paylaştırılmasıdır¹⁰¹. Risklerin doğru pay edilmemesi, özel sektör tarafına üstesinden gelebileceğinden fazla riskin bırakılması

⁹⁷ **ŞAHİN DURAN, Deniz:** “Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Mali Riskleri Üzerine Değerlendirmeler”, Akademik Bakış Dergisi, S. 65, Ocak-Şubat 2018, s. 321-322. Ülkemizde bugüne kadar gerçekleştirilen KÖİ projelerinde taraflar arasında dengeli risk dağılımının gerçekleştirilmediğine dair değerlendirmeler için bkz. **ŞENER, Mustafa Burak:** Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Uygulanmasında Risk Paylaşımı, T.C. Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009, s. 120 vd.

⁹⁸ **TOKATLIOĞLU/ ŞEN,** s. 220. Garantilerin rasyonel bir şekilde verilmemesinin gelecek nesilleri yük altına sokacağından kuşaklar arasında adaletsizliğe yol açacağıyla ilgili görüş için bkz. **ÇİFCİ, Hasan Basri:** “Devlet Garantilerinde Kuşaklararası Adaletsizliğin Anlamı”, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Bülteni, S. 9, Eylül 2021, s. 6-7. (http://www.maltepe.edu.tr/content/media/ckeditor/09092021044946708-insan_haklari_dokuzuncu%20sayi.pdf) (E.T.: 15.02.2023)

⁹⁹ **EU COMMISSION,** s. 3; **KEŞLİ,** s. 96.

¹⁰⁰ **EÖT Yönetmeliği md. 5/I-d:** “(.)taraflar arasında dengeli bir risk paylaşımının sağlanması esastır.”

¹⁰¹ **KEŞLİ,** s. 96.

projenin başarısız olmasına neden olabileceğinden ve bu durum son kullanıcıyı da etkileyebileceğinden nihai hedefi kamu hizmetlerinin görülmesi ve kamu yararının sağlanması olan kamu idaresinin de isteyeceği bir durum olmayacaktır¹⁰².

II. YAP-KİRALA-DEVRET MODELİ

A. Tanım

Özellikle son yıllarda ülkemizde şehir hastanelerinin¹⁰³ bu modelle inşa edilmeye başlanmasıyla popüler hale gelen YKD modeli, tıpkı diğer KÖİ modelleri gibi kamu hizmetlerinin finansmanı sorununu özel sektörün kamu hizmetinin sunumuna ve finansmanına katılımı yoluyla çözme esasına dayanan alternatif finansman yöntemlerinden biridir. YKD modeli, kamu sektörü ile özel sektör arasında kurulan bir sözleşme çerçevesinde, bir altyapı tesisinin finansmanı özel sektör tarafından sağlanarak yapıldığı ve çekirdek kamu hizmetinin ifa edilebilmesi için kamuya kiralandığı, kira süresinin sonunda tesisin mülkiyetinin idareye geçtiği bir KÖİ modelidir¹⁰⁴.

YKD modeli, projenin işletme döneminde kamu hizmeti faaliyetinin yürütülmesinin özel sektöre bırakılmasının olumsuz sonuçlar doğuracağından çekinilen eğitim-öğretim, sağlık hizmeti gibi temel kamu hizmetlerinde kullanılmak için ortaya çıkarılmış bir modeldir¹⁰⁵. Nitekim ülkemiz hukukunda da YKD modelinin

¹⁰² CORNER, s. 46; EVREN, s. 60.

¹⁰³ KÖİ modeliyle yapımı tamamlanan şehir hastanesi sayısı 14'tür. Yapımına devam edilen proje sayısı ise 4'tür. (https://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eehir_hastanesi) (E.T.: 04.04.2023)

¹⁰⁴ YESCOMBE, s. 10.

¹⁰⁵ KULAKSIZ, Sıla: Kamu Hizmet Tedarik Yönteminin Belirlenmesinde Kamu Özel İşbirliği Yöntemi ve Geleneksel Tedarik Yönteminin Bir Sağlık Sektörü Projesi Üzerinde İncelenmesi, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Başkent Üniversitesi, Ankara, 2018, s. 18; AYDIN, s. 16.

uygulanabileceği alanlar olarak sağlık tesisleri, eğitim-öğretim tesisleri ve yurtlar düzenlenmiştir. Bu sektörlerde yapılan projelerde tesisi özel sektör tarafı inşa etse de YİD modelinden farklı olarak işletme döneminde asıl kamu hizmetine ilişkin faaliyeti bu tesisi kiralayan kamu idaresi kendi personelleriyle gerçekleştirmektedir.

Öğretide KARAHANOĞULLARI'nın bu modeli “*eksik imtiyaz*” olarak adlandırmasının nedeni de çekirdek hizmetin idare tarafından görülmesidir¹⁰⁶. Yazara göre, çekirdek hizmet dışında kalan yan hizmetlerde özel sektör tarafının imtiyazı tıpkı diğer modellerde olduğu gibi devam etmektedir. Ancak çekirdek hizmet kamu idaresi tarafından gerçekleştirildiğinden özel sektör kişinin çekirdek hizmet açısından imtiyazı bulunmamaktadır ve yazar buna dayanarak YKD modelini eksik imtiyaz olarak adlandırmaktadır¹⁰⁷.

YKD modelinin genel anlamda işleyişi şu şekilde özetlenebilir: İlgili kamu idaresi ile özel sektör tarafı arasında kurulan sözleşme gereğince, sözleşme süresince mülkiyeti özel sektör tarafına ait olacak olan bir tesis finansmanı da özel sektör tarafından sağlanarak inşa edilmektedir. Tesisin inşası tamamlandıktan sonra özel sektör tarafı çekirdek kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için tesisi belirli bir süreyle idareye kiralamaktadır. Kiracı konumundaki idare ise bunun karşılığında kullandığı süre boyunca yüklenici şirkete kira bedeli ödemeyi borçlanmaktadır. Kiralama süresinin sonunda ise tesisin mülkiyeti özel sektör tarafından kamu idaresine çalışır vaziyette ve bedelsiz bir şekilde devredilmektedir. Ayrıca, bu modelde gerekli görülmesi halinde çekirdek kamu hizmeti dışında kalan kafeterya, otopark vb. diğer yan hizmetlerin yüklenici tarafından sunulması sözleşmeyle kararlaştırılması mümkündür¹⁰⁸. Özel sektör tarafı model

¹⁰⁶ KARAHANOĞULLARI O., *Eksik İmtiyaz*, s. 179.

¹⁰⁷ KARAHANOĞULLARI O., *Eksik İmtiyaz*, s. 183.

¹⁰⁸ ACARTÜRK/ KESKİN, s. 46; BOZ, s. 314.

kapsamında tesisin inşası için kendi öz sermayesini kullanmakta bunun yanında ayrıca finansman sağlayan kuruluşlardan yaptıkları bir sözleşmeyle kredi temin etmektedir. Finansman sağlayanlar verdikleri kredinin geri dönüşünü güvence altına alabilmek adına çeşitli teminatlar talep etmektedir. Bu güvenceleri sağlayabilmek için projenin taraflarıyla sözleşme yapan finansman sağlayanlar da projede üçlü bir ilişkinin tarafı olmaktadır ve kanun ve sözleşme gereğince ayrıntısı aşağıda açıklanacağı üzere çeşitli haklara sahip olurlar¹⁰⁹.

YKD modelinin genel çerçevesini çizen 6428 sayılı Kanun ve bu kanunun uygulama yönetmeliğinin içeriğinden sağlık tesislerinin YKD modeli vasıtasıyla inşa edilebileceği anlaşılmakla birlikte kanunda ve bu kanunun uygulama yönetmeliğinde terim olarak “YKD” kullanılmamış, bunun yerine diğer modellerinde de çatı kavramı olan “KÖİ modeli” ifadesine yer verilmiştir¹¹⁰. Her ne kadar kanun ve yönetmelikte “YKD” terimi kullanılmamış olsa da 6428 sayılı Kanun Tasarısı’nın gerekçesinde uygulanacak olan modelin “yap-kirala-devret finansman modeli” olduğu açıkça ifade edilmiştir¹¹¹. Eğitim öğretim tesisleri inşasına dair 652 sayılı KHK ve yurt yapımına ilişkin 351 sayılı Kanun’da ise YKD modelinin karşılığı olarak “*kiralama karşılığı*” ifadesi kullanılmıştır. Modeli karşılayan “*yap-kirala-devret*” terimine ise 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun’a 21.02.2013 tarihinde 6428 sayılı Kanun’la eklenen 8/A maddesinde yer verildiği görülmektedir¹¹².

¹⁰⁹ Bkz. II. Bölüm, I, D, 1.

¹¹⁰ Kanunda kullanılan ifade olmasına rağmen YİD, Yİ, İHD gibi diğer modelleri de kapsayan üst kavram “KÖİ” ifadesi yerine çalışmamızda kanunda genel çerçevesi çizilen model olan “YKD” terimine yer verilecektir.

¹¹¹ 6428 Sayılı Kanun Tasarısı, s.6.

¹¹² Yine, Hazine ve Maliye Bakanlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik’te de “yap-kirala-devret” ifadesine yer verilmiştir.

B. Modele İlişkin Mevzuat

1. Anayasa

1982 tarihli Anayasamızın 5. maddesinin¹¹³ yorumlanmasıyla devletin kamu hizmetlerinin sağlanmasında asli görevli olduğu çıkarımı yapılabilir¹¹⁴. Anayasa’da devletin bu asli görevini ne şekilde yerine getirebileceğini düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Her ne kadar KÖİ’ye dair Anayasa’da özel bir düzenleme bulunmasa da kamu hizmetlerinin görülmesinde KÖİ modellerinin kullanımını yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır.

Anayasamız kamu hizmetlerinin gördürülmesine yönelik idarece yapılan sözleşmelerin yürütülmesine ve bu sözleşmelerden doğacak olan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin önemli hükümler barındırmaktadır. Bu hükümler kamu hizmetlerinin imtiyaz hukuku alanından çıkartılması amacıyla 1999 yılında 4446 sayılı kanunla Anayasa’nın 47., 125. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle Anayasa’ya eklenmiştir¹¹⁵. 1999 yılında yapılan bu değişiklikler KÖİ modellerinin ülkemizde yargı organlarınca tam olarak benimsenmemesi, KÖİ sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi usullerine tabi olmaksızın işletilmesinin idari yargı denetiminden kaçınma olarak görülmesi ve bundan hareketle KÖİ modelleriyle yapılan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olarak nitelendirilerek idari yargı organları tarafından denetime tabi

¹¹³ **T.C. Anayasası md. 5:** “ Devletin temel amaç ve görevleri, (...) kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; (...) insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktadır.”.

¹¹⁴ **AYDIN**, s. 23.

¹¹⁵ **KESKİN S.**, s. 33.

tutulmasının sonucudur¹¹⁶. 1999'daki Anayasa değişikliği öncesi Anayasa Mahkemesi de idari yargı organları ile aynı düşünceyle 3996 sayılı Kanun'daki bu kanun çerçevesinde yapılacak olan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğuna ve imtiyaz olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin hükmü iptal etmişti¹¹⁷. 1999 yılında Anayasa'da yapılan değişikliklerle bu durum bertaraf edilmiş ve KÖİ modellerinin özel hukuk hükümlerine tabi olmasının önündeki engeller kaldırılmıştır.

İlk olarak bakıldığında, 1999 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle getirilen Anayasa m. 47/4'e göre, *“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”* Bu hükümle birlikte kanunla düzenlenmesi ön koşuluyla özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler vasıtasıyla kamu hizmetlerinin sunumu ve finansmanına özel sektör girişimcilerinin katılımının önü açılmıştır. Madde değişikliğiyle birlikte KÖİ modellerini idarenin üstün kamu gücünü kullandığı, özel hukuk hükümlerini aşacak nitelikte ayrıcalıklı ve üstün yetkilere sahip olduğu idari sözleşmeler hukuki rejimi yerine tarafların eşit konumda bulunduğu ve haliyle özel sektör girişimcisini yatırım yapmaya motive edecek özel hukuk rejimine tabi kılmak hedeflenmiştir.

Anayasa md. 125/I'de ise KÖİ modellerindeki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu fıkra 1999 yılında eklenen cümleye göre, *“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.”* Anayasaya eklenen bu hükümle

¹¹⁶ **YALÇIN, Fatma Ceren:** Kamu Özel İşbirlikleri, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2014, s. 56.

¹¹⁷ AYM, 09.12.1994 T., 1994/43 E., 1994/42-2 K. sayılı Karar, RG. 24.01.1995 T., 22181 S.; AYM, 28.06.1995 T., 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı Karar, RG. 20.03.1996 T., 22586 S.

birlikte KÖİ modellerine ilişkin imzalanan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebilmesinin önü açılmıştır.

Anayasa md. 155'te 1999 yılında 4446 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi kaldırılarak Danıştay'a kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içerisinde görüş bildirme görevi verilmiştir. Ancak KÖİ sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi oldukları için Danıştay'ın incelemesi ve yahut görüş bildirmesine tabi değildirler¹¹⁸.

2. Kanunlar ve Uygulama Yönetmelikleri

YKD modelinin ülkemizde uygulanmasına ilişkin ilk düzenleme, 2003 yılında uygulamaya alınan Sağlıkta Dönüşüm Programı çerçevesinde ülkemizin bir çok yerinde sağlık hizmetlerinde kaliteyi arttıracak modern şehir hastaneleri kurulması amacıyla 2005 yılında 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5396 sayılı Kanun'la eklenen Ek md. 7¹¹⁹ ile getirilmiştir¹²⁰. Ek md. 7¹²¹ sağlık tesislerinin özel hukuk kişilerine kiralama karşılığı yaptırılmasına veya yenilenmesine olanak sağlıyordu. Bu düzenleme ile birlikte, doksanlı yıllardan beri uygulanan YİD, Yİ, İHD modellerinin yanında dördüncü bir KÖİ modeli olarak YKD ülkemizde uygulama olanağı bulmuştur. Düzenlemenin bir yıl sonrasında ise “*Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbi*

¹¹⁸ Bkz. Danıştay 1. D., 2003/108 E., 2003/110 K. sayılı kararı

¹¹⁹ RG. 15.07.2005 T., 25876 S.

¹²⁰ ÇINAR, Naif Fıratcan/ TÜRKÖĞLU, Çağdaş/ TÛTÛNSATAR, Alper: “Kamu-Özel Ortaklığı/İşbirliği Modeli ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Hizmet Memnuniyetinin Ölçülmesi: Entegre Sağlık Kampüsleri (Şehir Hastaneleri İçin Bir Araştırma)”, SDÜSBED, C. 7, S. 29, 2017/4, s. 221.

¹²¹ Ek md. 7/I: “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 kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli bir süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.”

Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik”¹²² Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe sokulmuştur.

Yeni getirilen YKD modeli, Ek 7. maddedeki düzenlemede çok yüzeysel bir şekilde ele alınmıştı ve yönetmelikte düzenleme bulan birçok şeyin aslında kanunla düzenlenmesi gerekiyordu¹²³. Bu kanun kapsamında yapılan ihalelerin birçoğuna iptal davaları açılmış ve maddenin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası bir davada ciddi bulunarak Danıştayca somut norm denetimi vasıtasıyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiştir¹²⁴.

İhalelere açılan iptal davaların yanında ayrıca Ek 7. maddeye getirilen sert eleştirilere¹²⁵ çözüm önerisi bulma ve devam etmekte olan projelerin finansmanı kolaylaştırma amaçlarıyla birlikte uygulamada karşılaşılan sorunları çözen ve modeli daha nizami ve detaylı olarak ele alan ayrı bir kanun ihtiyacı doğmuştu. Bu sebeple, 3359 sayılı Kanunu’nun Ek 7. maddesi yürürlükten kaldırılarak yerine 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 2013 yılında yürürlüğe sokuldu.

¹²² RG. 22.07.2006 T., 26236 S.

¹²³ **KARAHANOĞULLARI, O.**, *Eksik İmtiyaz*, s. 186.

¹²⁴ Açılan davalar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **SÖZER**, s. 223-230; **ERBAŞ, Özgür/ YAVUZ, Cavit Işık/ İLHAN, Bayazıt**: Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, Türk Tabipleri Birliği, Ankara, 2012, s. 23-24.

¹²⁵ Ek md. 7 düzenlemesindeki özensizliği şu şekilde vurgulamıştır: ““Sağlık tesislerinin kiralama karşılığı yaptırılması” nitelemesiyle Türk hukuk sistemine eksik imtiyazı getiren Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na ek madde eklenmesi, hükümetin hazırladığı bir kanun tasarısının kabulü ile değil, bir kanun teklifinin kabulü ile gerçekleşmiştir. Bu elbette, hükümetin yasama sürecindeki bazı kolaylıklardan yararlanmak için kullandığı bir siyasi taktiktir. Bununla birlikte teklifin arkasında hükümetin olduğu siyasi gerçeği paranteze alındığında, sağlık kamu hizmetinin örgütlenmesi ve sunumunu köklü bir biçimde değiştirecek yeni hizmet üretme modelinin Sağlık Bakanlığı’nın incelenmiş, tasarlanmış, kurgulanmış, hesaplanmış, planlanmış bir çalışmasının ürünü olmadığını söyleyebiliriz. **KARAHANOĞULLARI O.**, *Eksik İmtiyaz*, s. 185-186.

Modeli daha detaylı bir şekilde ele alan ve salt YKD modeliyle sağlık tesislerinin yapılması ve yenilenmesine özgü düzenlemeleri içeren 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte YKD modeli sağlam bir yasal zemine kavuşturulmuştur. Bu kanunla birlikte “*kiralama karşılığı*” ifadesinden vazgeçilmiş, “*KÖİ yöntemi*” ismi ilk defa bir kanunda kullanılmıştır. Bu kanunun verdiği yetkiyle 2014 yılında Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği (6428 Uygulama Yönetmeliği) çıkarılmıştır¹²⁶.

351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nun 20. maddesine, 25.11.2010 tarih ve 6082 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle sekiz fıkra eklenmiş, Gençlik ve Spor Bakanlığı'na yetki verilerek yurt binası ve tesislerinin YKD modeliyle yapılabilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak YKD modeliyle gerçekleşen veya gerçekleşmesi planlanan bir yurt projesi henüz bulunmamaktadır. Ek madde 7'de olduğu gibi modeli açıklamayan yüzeysel bir düzenlemedir. Ayrıca, konuyla ilgili herhangi bir yönetmelik de çıkarılmamıştır.

YKD modeliyle eğitim tesislerinin yapımı ve yenilenmesi için ise 652 sayılı Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında KHK'da¹²⁷ düzenleme getirilmiştir. KHK'yla Millî Eğitim Bakanlığınca kırk dokuz yılı geçmeme şartıyla eğitim öğretim tesislerinin kiralama karşılığı özel sektöre yaptırılabilmesi olanaklı hale getirilmiştir. 2012 yılında KHK'nın verdiği yetkiyle Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik çıkarılmıştır. Ancak ülkemizde şu an için ilgili KHK kapsamında yapılan veya yapılması planlanan eğitim öğretim tesisi bulunmamaktadır.

¹²⁶ RG. 09.05.2014 T., 28995 S.

¹²⁷ RG. 14.09.2011 T., 28054 S.

C. Türkiye’de Uygulanan Diğer Kamu Özel İşbirliği Modellerinden Ayırt Edilmesi

Bir çatı kavram olarak KÖİ tasarlama, yapım, finansman, kiralama ve işletme gibi unsurların farklı farklı kombinasyonlarıyla sektörlerdeki ihtiyaçlara göre değişik modellerin oluşmasına imkan sağlayan esnek bir modeldir¹²⁸. İlgili kamu hizmetinin, sektörün, projenin, kamunun veya özel sektörün ihtiyaçlarına göre farklı kamu özel işbirliği alt modellerinin ortaya konabilmesi mümkündür¹²⁹. Ülkemizde uygulama alanı bulan KÖİ modelleri ise Yap-Kirala-Devret(YKD), Yap-İşlet-Devret(YİD), Yap-İşlet(Yİ) ve İşletme Hakkının Devri(İHD)’dir. Bu kısımda ise konumuzu oluşturan YKD’nin diğer KÖİ modelleri ile olan benzerlik ve farklılıkları ortaya konulmuştur.

1. Yap-İşlet-Devret (YİD)

YİD modeli, kamu idaresi ile özel sektörün yaptığı bir sözleşme çerçevesinde finansmanı özel sektör tarafından sağlanarak altyapı tesisinin inşa edilmesini, özel sektör tarafının yatırımının karşılığını alabileceği belirli bir süreyle altyapı tesisini işletmesini ve sözleşmenin süresinin sona ermesiyle birlikte tesisi bedelsiz ve çalışır vaziyette

¹²⁸ BAYAZIT, s.132.

¹²⁹ KEŞLİ, s. 266.

idareye devrini içeren modeldir¹³⁰. YİD modeli için “yatırım taahhütlü işletme hakkı verilmesi” ifadesi de kullanılmaktadır¹³¹.

YİD modelinin uygulama alanına ilişkin 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun¹³² md. 3/I-a’ya göre YİD modeli, “İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini” ifade etmektedir. YİD sözleşmesi kavramı ilk kez Türkiye’de geliştirilmiş bir kavramdır¹³³. Ülkemizde en yaygın¹³⁴ KÖİ modeli olan YİD modelinin başlıca uygulandığı alanlar olarak köprü, otoyol, tünel, enerji ve baraj projeleri sayılabilir¹³⁵.

¹³⁰ **UNCITRAL**: Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, United Nations, New York, 2011, s. 5; **DURAN, Lütfi**: “Yap-İşlet-Devret”, AÜSBFD, Prof. Muammer Aksoy’a Armağan, C.:XLVI, N.:1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 150. **KAPLAN, İbrahim**: “Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 19, S. 4, Aralık 1998, s. 9; **YILMAZ, Osman**: “Altyapı Projelerinin Finansmanında Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli”, Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme, (ed. Coşkun Can AKTAN, Dilek DİLEYİCİ, İstiklal Y. VURAL), Ankara, 2005, s. 150.

¹³¹ **SARISU**, s. 275.

¹³² RG. 13.06.1994 T., 21959 S.

¹³³ **YESCOMBE**, s. 7-8. Hatta, YİD kavramının isim babası dönemin T.C. Başbakanı Turgut Özal’dır. **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 8.

¹³⁴ KÖİ modellerinin ilk uygulananı ve temelidir. **GRIMSEY/LEWIS**, s. 410; **KALKINMA BAKANLIĞI**: Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, Ankara, 2017, s. 25. Türkiye’de en fazla kullanılan KÖİ yöntemidir. YİD modeliyle ülkemizde şu ana kadar 124 proje gerçekleştirilmiştir. (Veriler Kasım 2022’ye kadardır.) (Erişim: <https://www.sbb.gov.tr/koi-gostergeleri/>) (E.T.: 08.02.2023).

¹³⁵ YİD modelinin uygulama alanına ilişkin bkz. **3396 s. K. md. 2**: “Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo

İsimlerinden de anlaşılacağı üzere YKD modeli ile arasındaki temel fark, YİD modelinde tesisi meydana getiren yüklenici şirket projenin işletme aşamasında işleten ve kamu hizmetini gören konumundadır. YKD modelinde ise yüklenici şirket inşa ettiği tesisi kiraya vermektedir. Çekirdek kamu hizmeti ise bizzat idare tarafından yerine getirilmektedir. Zaten, YKD modeli özel sektöre bırakılması sakıncalı sonuçlar doğuracağından çekinilen eğitim-öğretim, sağlık gibi temel kamu hizmetlerinde kullanılma amacıyla düzenlenmiştir. YİD modelinin uygulandığı sektörler için ise bunu söyleyemeyiz. YİD modelinin uygulanabileceği alanların sınırlı sayıda olmadığı, kanunda sayılan alanlar dışında benzer yatırım ve hizmetlerde kullanılabileceği ilgi kanunda belirtilmiştir¹³⁶. Son olarak, YİD modelinde yüklenici geliri kullanıcılardan sağlarken YKD modelinde ise kamu idaresinden aldığı kira ve hizmet bedellerinden elde etmektedir¹³⁷.

2. Yap-İşlet (Yİ)

Yİ modelinde kamu idaresi ile özel sektör tarafı arasında yapılan sözleşme gereğince mülkiyeti özel sektör tarafına ait olacak olan tesis özel sektörcü finansmanı

tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyer tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.”

¹³⁶ KULAKSIZ, s. 18.

¹³⁷ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 26.

sağlanarak inşa edilmekte ve belirli bir süre boyunca işletilmektedir. Özel sektörcce sağlanan finansmanın geri dönüşü ise işletme faaliyeti esnasında sağlanan hizmetlerin kanunda ve sözleşmede belirlenen esaslar gereğince devlet tarafından satın alınması yoluyla gerçekleşmektedir¹³⁸.

Modelin düzenlendiği 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹³⁹ md. 2'ye göre Yİ modeli, “*Elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren modeli*” ifade etmektedir.

YİD modelinden ayrılan yönü ise işletme süresinin sonunda inşa edilen tesisin kamuya devredilmeyip özel sektör mülkiyetinde kalmaya devam etmesidir¹⁴⁰. Bazı yatırımların kullanım ömürleri yatırımın niteliği gereği sözleşme süresiyle sınırlıdır¹⁴¹. Yİ modeli, yatırımdan sözleşmede belirlenen işletme süresini aşan uzun vadeli bir fayda beklenmeyen, işletme süresinin sonunda tesisin kamuya devredilmesinin bir anlamı olmayacağı düşünülen projelerin YİD modeli yerine devir unsurunun bulunmadığı bir modelle gerçekleştirilmesinin daha doğru olacağı fikriyle ortaya çıkmış bir modeldir¹⁴².

Yİ modeli ülkemizde uygulaması çok az olan bir modeldir¹⁴³. Nitekim düzenleme bulduğu 4283 sayılı Kanun’a göre, Türk hukukunda modelin uygulamasının yalnızca

¹³⁸ BAYAZIT, s. 137.

¹³⁹ RG. 19.07.1997 T., 23054 S. Kanun halen yürürlükte olsa da 20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile fiilen uygulaması kalmamıştır. T.C. HAZİNE ve MALİYE BAKANLIĞI: Ülkemizde Uygulanan KÖİ Modelleri ve Yasal Altyapı, 2020, s. 3.

¹⁴⁰ KAPLAN, *Finans Modelleri*, s. 12; T.C. CUMHURBAŞKANLIĞI STRATEJİ ve BÜTÇE BAŞKANLIĞI: KÖİ Uygulamaları, 2018, s. 24.

¹⁴¹ İNCÜVEZ, s. 57.

¹⁴² BAYAZIT, s. 137; EVREN, s. 490.

¹⁴³ Günümüze kadar Yİ modeliyle gerçekleştirilmiş olan proje sayısı 5’tir. En fazla kullanılan model ise 124 projeye YİD’tir. Ardından ise 118 projeye İHD gelmektedir. Diğer modellere nazaran yeni olan YKD

elektrik üretimi için kurulan termik santraller için söz konusu olacağı belirtilmiştir. YİD modelinden ayrılan diğer bir yönü de burada söz konusudur. YİD modeline ilişkin herhangi bir sektör sınırlaması bulunmazken Yİ modeli bu alan ile sınırlandırılmıştır¹⁴⁴.

YKD modeli ile karşılaştırıldığında ise Yİ modelinde kamu hizmeti gören şirket üretilen elektriği TEAŞ'a satarak gelir elde etmektedir. YKD modelinde ise kamu hizmetini bizzat kamu idaresi gördüğünden yüklenici şirket idareden aldığı kira ve hizmet bedellerinden gelir elde etmektedir. Ayrıca, YKD modelinde sözleşmenin sonunda tesis idareye devredilmekteyken Yİ modelinde şirketin mülkiyetinde kalmaya devam etmektedir¹⁴⁵.

3. İşletme Hakkının Devri (İHD)

İHD¹⁴⁶, kamu ile özel sektör tarafı arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde kamuya ait bir tesisin işletme hakkının mülkiyet hakkı kamuda kalmaya devam edecek şekilde belirli bir bedel karşılığında belirli bir süreyle kısmen veya tamamen özel sektöre devredildiği modeldir¹⁴⁷. Sözleşme kapsamında özel sektöre bakım, onarım gibi bir

modeliyle ise yapılan proje sayısı 18'tir. (Veriler Kasım 2022'ye kadardır.) (Erişim: <https://www.sbb.gov.tr/koi-gostergeleri/>) (E.T.: 08.02.2023)

¹⁴⁴ KUBİLAY, s.73.

¹⁴⁵ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 25.

¹⁴⁶ İHD modelinin uygulama alanları için bkz. 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 4458 sayılı Gümrük Kanunu, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun.

¹⁴⁷ AKIN, Ümit: "Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri", Danıştay Dergisi Y:30, S:102, 2000, s. 31; AYANOĞLU, Taner: "İşletme Hakkının Devri Sözleşmeleri", İÜHF C. LXV, S. 1, 2007, s. 4; İşletme hakkının devrinde "yap" eksik unsurdur.

yükümlülük yüklenmesi halinde bu yükümlülükler özel sektörcce finansman sağlanmasını gerektireceğinden İHD modeli bir KÖİ yöntemi olarak değerlendirilecektir¹⁴⁸.

İHD ile YKD arasındaki fark ise açıktır. YKD modelinde özel amaçlı şirket mülkiyeti kendisine ait olmak üzere yeni bir tesis inşa etmekteyken İHD modelinde kamuya ait hali hazırda mevcut olan bir tesisin işletme hakkının özel sektöre devredilmesi söz konusudur¹⁴⁹.



Bu nedenle AYM tarafından “devral-işlet-devret” olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. AYM, 09.12.1994 T., 1994/43 E., 1994/42-2 K., RG. 24.01.1995 T., 22181 S.

¹⁴⁸ BAYAZIT, s. 181.

¹⁴⁹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 27.

İKİNCİ BÖLÜM

SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI HUKUKİ NİTELİĞİ UNSURLARI VE TARAFLARININ BORÇLARI

I. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİ

A. Tanım

YKD sözleşmelerinin öğretide ve uygulamada *proje sözleşmesi*, *uygulama sözleşmesi*, *KÖİ sözleşmesi* gibi diğer adlarla da anıldığı görülmektedir. Bu isimler tüm KÖİ modelleri için geçerli olarak kullanılabileceğinden çalışmamızda ayırt edicilik oluşturma açısından YKD sözleşmesi kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

YKD sözleşmesine ilişkin Türk hukukundaki ilk düzenleme 2005 yılında 3359 sayılı Sağlık Temel Hizmetleri Kanunu'na eklenen Ek md. 7'dir. Maddede YKD ismine ve tanımına yer verilmemiş, yalnızca sözleşmenin genel hatlarıyla düzenlenmesiyle yetinilmiştir. 6428 sayılı Kanun md. 1/2-ö'ye göre ise YKD sözleşmesi “*Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini*” ifade etmektedir¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Daha açıklayıcı bir kanuni tanıma EÖT Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. EÖT Yönetmeliği md. 4/1-25'e göre YKD sözleşmesi “*Yapım ve yenileme işlemleri ile ilgili olarak idare ile yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan, Hazineye ait taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak*

AYM ise 6428 sayılı Kanun'un tüm maddelerinin iptal edilmesine yönelik yapılan soyut norm denetimi başvurusunu sonuçlandırdığı kararında YKD sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır: *“KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir.”*¹⁵¹

Kamu idareleri tarafından YKD sözleşmeleri yasal mevzuat gereği ülkemizde yalnızca sağlık tesisleri, eğitim öğretim tesisleri ile yurt bina ve tesislerinin inşası için uygulanabildiğini belirtmiştik. Sağlık sektöründeki YKD sözleşmeleri ihaleyi kazanan özel sektör kişi veya kişilerince kurulan projeye özgü nitelikteki şirket ile kamu idaresi arasında imzalanan, yüklenici şirketin kendisi lehine sürekli ve bağımsız nitelikte üst hakkı tesis edilmiş bir taşınmaz üzerinde bir sağlık tesisinin finansmanını da sağlayarak inşa edilmesini ve daha sonrasında idareye sağlık hizmetinin sunulabilmesi için kiralanmasını, üzerine bırakılan yan hizmetleri yerine getirmeyi ve ticari hizmet alanlarını işletmeyi belirli bir bedel karşılığında taahhüt ettiği, sözleşmenin süresinin sona ermesiyle tesisi bedelsiz ve her türlü borç ve taahhütten ari bir şekilde, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir vaziyette kamu idaresine devretmekle sorumlu olduğu özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerdir¹⁵².

kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmek suretiyle bu taşınmazların devredilmesi hâlinde, üst hakkı sözleşmesine esas teşkil eden ve onun ayrılmaz bir parçası olan sözleşme ve eklerini” ifade etmektedir.

¹⁵¹ AYM, 01.04.2015 T., 2013/50 E., 2015/38 K., RG. 15.04.2015 T., 29327 S. Yüksek mahkemenin kararında YKD yerine kanunda ifade edilen şekliyle KÖİ'yi kullandığı görülmektedir. Ancak belirtildiği üzere KÖİ, tıpkı YKD gibi diğer tüm alt modelleri kapsayan bir üst kavramdır. Kararda kiralama unsuruna yapılan vurgudan anlaşılacağı üzere kastedilen yalnızca YKD sözleşmesidir.

¹⁵² **KEŞLİ**, s. 277; **YESCOMBE**, s. 12; **BAYAZIT**, s. 138.

YKD modeliyle inşa edilen sağlık tesisi projeleri kapsamında çok sayıda sözleşme imzalanmakla birlikte modelin temel işleyişini oluşturan ve projenin başat aktörleri ihtiyaç sahibi kamu idaresi ile yatırımcı şirketin arasındaki hukuki ilişkiyi ortaya koyan temel sözleşme YKD sözleşmesidir. YKD sözleşmelerinde genel olarak yatırım ve işletme dönemlerine ilişkin tarafların haklarının, borçlarının ve yükümlülüklerinin, proje kapsamında yüklenicinin yaptığı diğer sözleşmelere ilişkin hükümlerin, finansman sağlayanların müdahale hakkına ilişkin usul ve esasların, sözleşmenin feshi hallerinin, derhal fesih halinde doğacak tazminatların ve sorumlulukların, sözleşmenin sona erme hallerine ilişkin hükümlerin yer alması gerekmektedir¹⁵³.

Sağlık sektöründeki YKD sözleşmelerine şekil açısından bakıldığında ise ihale dokümanında belirtilmesi halinde sözleşmenin notere tescili ve onaylatılması zorunludur. Belirtilmemesi halinde ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır¹⁵⁴. Ayrıca, sözleşmenin Türkçe hazırlanması esastır, ancak Türkçenin yanında İngilizce dilinde de hazırlanması mümkündür. Ancak metinler arasında bir çelişki bulunması halinde Türkçe metin esas alınacaktır¹⁵⁵.

B. Sözleşmenin Tarafları

1. Özel Amaçlı Şirket (Proje Şirketi/Yüklenici)

Özel amaçlı şirket, belirli bir KÖİ projesini gerçekleştirmek amacıyla ihaleyi kazanan yüklenici tarafından o projeye özgülenerek kurulan anonim şirketi ifade

¹⁵³ Sözleşmede bulunması gereken hususlar ilişkin ayrıntılı düzenleme için bkz. 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 49.

¹⁵⁴ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 51/III, Benzer yönde düzenleme için bkz. EÖT Yönetmeliği md. 30/II.

¹⁵⁵ 6428 s. K. md. 4/XII, 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 48/I, Benzer yönde düzenleme için bkz. EÖT Yönetmeliği md. 49/I.

etmektedir¹⁵⁶. 6428 sayılı Kanun md. 1/II-o’da özel amaçlı şirket, “*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 tanımlanmaktadır. Tanımdan da çıkarılabileceği üzere, kanun koyucu YKD modeli ile yapılacak olan sağlık tesisi projelerinde projeye faaliyetlerine özgülenmiş bir şirketin kurulmasını zorunlu tutmuştur. Bu şirketin anonim şirket türünde olması da mecburidir. Projeye özgü şirketin kurulmasıyla proje açısından ayrı bir hukuki yapı kurulmakta ve projeye ilgisi olmayan yaşanabilecek olumsuz durumların projeye zarar vermemesi sağlanmaktadır¹⁵⁷. İhaleyi kazanan yükleniciler açısından da bu durumun genellikle proje kapsamındaki sorumluluklarını sınırlayacağından pozitif olduğunu söyleyebiliriz.

Uygulamada ihale üzerine bırakılan istekli tarafından ihale dokümanında belirtilmiş olan nitelikleri haiz bir özel amaçlı şirket kurması beklenmekte ve kurulmasıyla birlikte bu özel amaçlı şirket YKD sözleşmesini imzalamaya davet edilmektedir. Sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte kamu idaresinin muhatabı bundan sonra özel amaçlı şirket olmaktadır¹⁵⁸.

Bir ticaret şirketinin ehliyetinin salt esas sözleşmesinde yer alan işletmenin konusu ile sınırlı olduğu, işletmenin konusu dışında bir işlem yapamayacağı, yapması halinde bu işlemin yok hükmünde sayılacağı hususu şirketler hukukunda ultra vires ilkesi olarak adlandırılmaktadır¹⁵⁹. Mülga Ticaret Kanunun zamanında uygulama alanı bulan ultra vires ilkesi, 2011 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı Ticaret Kanunu ile

¹⁵⁶ YESCOMBE, s. 3.

¹⁵⁷ BAYAZIT, s. 37.

¹⁵⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 106.

¹⁵⁹ PULAŞLI, s. 56-57; POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 113; ALPER, Gizem: Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), İstanbul, 2013, s. 150-151; DİLAVER, Umut: Sermaye Şirketlerinde İşveren ve İşveren Vekili, Ankara, 2022, s. 120.

uygulanmasından vazgeçilmiştir. Bir anonim şirket olarak TTK'ya tabi olan özel amaçlı şirketi temsile yetkili olan kişilerin, işletme konusunun dışında kalan işlemleri yapmaları halinde bu işlem özel amaçlı şirketi TTK md. 371/I hükmü gereğince kural olarak bağlayacaktır. Ancak, özel amaçlı şirket işlemin muhatabı olan üçüncü kişinin işlemin işletme konusu dışında kaldığını biliyor veya bilebilecek durumda olduğunu ispat etmesi halinde işlemle bağlı olmaktan kurtulabilecektir¹⁶⁰. Ayrıca, özel amaçlı şirketin işletme konusu dışında kalan işlemler yapması, YKD sözleşmesinde kararlaştırılması halinde idarenin haklı nedenle derhal fesih hakkını doğurabilecektir¹⁶¹.

İhaleyi kazanan yüklenici olmakla birlikte proje kapsamında tüm sözleşme ilişkileri projeye özgü olarak kurulan bu özel amaçlı şirket tarafından kurulmaktadır ve yürütülmektedir¹⁶². Kamu idaresi ile imzalanan YKD sözleşmesinde karşı taraf ihale üzerine bırakılan yüklenici değil, projeye özgü olarak kurulan özel amaçlı şirkettir. Bunun yanında, diğer model aktörleriyle örneğin finansman sağlayanlarla kurulan kredi sözleşmesinin tarafı da yine ihaleyi kazanan yüklenici değil, özel amaçlı şirkettir.

Özel amaçlı şirket, YKD modeli ile yapılacak olan proje çerçevesinde imzaladığı sözleşmelerin her birinde farklı bir rolü üstlenmektedir. YKD sözleşmesi gereğince özel amaçlı şirket kamu idaresine karşı yüklenici, kiralayan ve hizmet sağlayan konumundadır. Model kapsamındaki diğer sözleşmelere bakıldığında özel amaçlı şirket, alt yüklenicilerle imzaladığı inşaat sözleşmesinde iş sahibi, finansman sağlayanlarla

¹⁶⁰ **ALIŞKAN, Murat:** “İşletme Konusu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, s. 211.

¹⁶¹ **KARAGÖZ, Dilek:** Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, 2019, s. 46.

¹⁶² **FARQUHARSON/ TORRES DE MÄSTLE/ YESCOMBE/ ENCINAS,** s. 58; **PEKGÜÇLÜ KARABULUT,** s. 107.

imzaladığı kredi sözleşmesinde kredi borçlusu, işletme bakım sözleşmesinin ise hizmet alan tarafı konumunda bulunmaktadır¹⁶³.

2. Kamu İdaresi (Sağlık Bakanlığı)

YKD sözleşmesinin bir tarafında ihtiyaç sahibi kamu idaresi bulunmaktadır. Sağlık tesislerinin yapımına ilişkin YKD modelinde idare, 6428 sayılı Kanun md. 1/II-f’de “(Sağlık) Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarının ilgili birimi ile taşra teşkilatlarına ait sağlık kurum ve kuruluşları” olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁴. YKD modeli çerçevesinde idare çekirdek kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin sunumunu gerçekleştirmekte, yüklenici tarafa sağlık tesislerin kullanımı karşılığında kira bedeli, yan hizmetlerin görülmesi nedeniyle hizmet bedeli ödemekte ve son olarak sözleşmenin süresinin sona ermesiyle tesisi devralmaktadır.

Kamu hizmetlerinin sunumunda devletin rolüne ilişkin anlayışın değişmesiyle birlikte KÖİ modelleriyle gerçekleştirilen projelerde idarenin temel işlevi kamu hizmetinin sunumuna katılan özel sektörü gözetim ve denetim olmuştur¹⁶⁵. Ancak ülkemizde uygulanan diğer KÖİ modellerden farklı olarak YKD modelinde idare çekirdek kamu hizmeti sunan taraf olduğundan sağlık hizmetinin sunumunda daha aktif rol alan taraftır. Özel amaçlı şirket çekirdek kamu hizmetini sunan taraf olmasa da hem sağlık tesisini inşa ettiği yatırım döneminde hem de yan hizmetleri görüp ticari alanların

¹⁶³ **GATTI, Stefano:** Project Finance In Theory and Practice: Designing, Structuring and Financing Private and Public Projects, Second Edition, Academic Press, 2012, s. 7.

¹⁶⁴ 652 sayılı KHK md. 23/III kapsamında yapılacak eğitim öğretim tesisi projeleri açısından idare Milli Eğitim Bakanlığı, 351 sayılı Kanun md. 20/VI kapsamında yapılacak yurt binası ve tesisleri açısından ise Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu’dur.

¹⁶⁵ **ÇİFCİ,** *Garantiler*, s. 15.

işlettiği işletme döneminde yaptığı işlerde kamu idaresinin gözetimi ve denetimi altındadır¹⁶⁶.

C. Model Kapsamında Kurulan Diğer Sözleşmeler

YKD modelinin işleyişine katılanlar YKD sözleşmesinin tarafları olan kamu idaresi ile özel amaçlı şirketten ibaret değildir. Model, daha önce ifade edildiği üzere karmaşık ilişkileri ihtiva eden bir sözleşmeler zinciridir¹⁶⁷. Genel hatlarıyla kamu idaresi ile özel amaçlı şirketin hak, borç ve ykmllklerni düzenleyen YKD sözleşmesinin yanında bu sözleşmenin eki niteliğinde olan veya bu sözleşmeye bağlı olarak özel amaçlı şirket tarafından yapılan iki veya çok taraflı diğer sözleşmeler bulunmaktadır. 6428 sayılı Kanun md. 1/2-’de diğer sözleşmeler, *“Sözleşme ile bağlantılı olarak yüklenici ile üçüncü şahışlar arasında imzalanan ve sözleşmeye aykırı hükümler ihtiva etmeyen sözleşmeleri”* ifade etmektedir. Öğretide temel sözleşme olan YKD sözleşmesi galaksi sözleşme, diğer sözleşmeler ise uydu (satellit) sözleşme olarak ifade edilmektedir¹⁶⁸.

Ciddi miktarlarda sermaye gerektiren sağlık tesisi projelerinde finansman sağlama borcunu üstlenen yüklenicinin gerekli olan tüm sermayeyi öz kaynaklarından karşılayabilmesi pratik açıdan pek mümkün gözükmediğinden finansman için kredi kuruluşlarına bařvurmaktadır¹⁶⁹. Finansman sağlayan bu kuruluşlar verdikleri kredinin geri ödenebilmesini güvence altına alma adına kredi verme koşullarını YKD sözleşmesine koymayı talep etmekte ve buna yönelik olarak YKD sözleşmesinin tarafları

¹⁶⁶ Bu durum 6428 sayılı Kanun md. 4/IV’te *“İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir.(...)”* şeklinde belirtilmiştir.

¹⁶⁷ YESCOMBE, s. 18; GÖKYURT, s. 61.

¹⁶⁸ KAPLAN, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 346.

¹⁶⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 65.

ile sözleşmenin eki niteliğindeki doğrudan anlaşmalar olarak adlandırılan sözleşmeyi imzalamaktadır¹⁷⁰. Bu sözleşmeyle birlikte finansmanın büyük bir bölümünü karşılayan finansman sağlayanlar YKD modelinin ayrılmaz bir parçası haline gelmektedir¹⁷¹. Ayrıca doğrudan anlaşmaların yanında finansman sağlayanlar özel amaçlı şirket ile kredinin bozulması maliyetinin karşılanabilmesi için hedging sözleşmeleri, sözleşme feshe uğraması ihtimaline karşı ise sigorta sözleşmeleri imzalamaktadır¹⁷².

Projeye özgü olarak ihaleyi kazananlar tarafından özel amaçlı şirket kurulmakta ihaleyi kazanan hissedarlar arasında hissedarlık sözleşmesi yapılmaktadır¹⁷³. Yüklenici şirket sağlık tesisini inşa etme borcunu bizzat kendisi yerine getirebileceği gibi işi idarenin onayıyla alt yüklenicilere de bırakabilir. Bu çerçevede yapım işini alt yüklenicilere bırakmak isteyen asıl yüklenici şirket alt yükleniciler ile inşaat sözleşmesi imzalamaktadır¹⁷⁴. Projenin işletme döneminde yan hizmetleri ifa etmesi ve ticari hizmet alanlarını işletmesi gereken özel amaçlı şirketin bunları da alt yüklenici şirketlere devretmesi mümkündür. Ayrıca mühendislik, teknik, hukuk, finans gibi alanlarda uzmanlık gerektiren YKD projelerinde bu kapsamda danışmanlık hizmeti alma yoluna gidebilirler¹⁷⁵. Yapılan diğer sözleşmeler kapsamında taraflar dışındaki modelin diğer aktörleriyle sözleşmenin tarafları arasında kurulan ilişkilere dair açıklamalar aşağıda yapılmıştır.

¹⁷⁰ GÖKYURT, s. 61.

¹⁷¹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 42; BAYAZIT, s. 41.

¹⁷² KARAGÖZ, s. 24.

¹⁷³ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 40.

¹⁷⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 283.

¹⁷⁵ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 42..

D. Diğer Sözleşmeler Kapsamında Modelin Diğer Tarafları

Projenin başarılı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için YKD modelinde taraf olan kamu idaresi ile projeyi gerçekleştirmek için ihaleyi kazanan(lar) tarafından kurulan özel amaçlı şirket dışındaki taraflar aşağıda ayrıntılı olarak incelenmek üzere şu şekilde sayılabilir: Proje kapsamında tesisin yapımı için yükleniciye kredi sağlayan finansman kuruluşları, tesisin bir kısmı veya tamamının yapımı işinin bırakıldığı alt yükleniciler, işletme aşamasında yapılması gereken işlerin bırakıldığı proje şirketine veya kamu idaresine finansman sağlayanlara hizmet veren danışmanlar¹⁷⁶. Özellikle kamu idaresi, özel amaçlı şirket ile finansman sağlayanlar arasındaki ikili ve üçlü ilişkiler YKD modelinin temelini oluşturan ağıdır.

1. Finansman Sağlayanlar

YKD modelinde projeye nakit akışı sağlamak ve bunu korumak projenin başarısı için en çok önem arz eden risk unsurlarından biridir¹⁷⁷. Finansmanın temin edilmesi proje şirketinin yükümlü olduğu edimlerden biridir. Nitekim bu durum 6428 sayılı Kanun md. 6/I’de “Yüklenici, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür...” düzenlemesine yer verilmiştir. 6428 sayılı Kanun’un gerekçesinde ise “...Kamu özel işbirliği modellerindeki, yüksek ölçekli kamu yatırımlarının finansmanının özel sektör tarafından sağlanarak hayata geçirilmesi esasına paralel olarak, madde ile,

¹⁷⁶ BAYAZIT, s. 37; ÇAKIR, s. 34 vd.

¹⁷⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 69.

Kanun kapsamında gerçekleştirilecek her türlü yatırım için gereken finansmanın yüklenici tarafından karşılanması öngörülmüştür...” şeklinde belirtilmiştir¹⁷⁸.

Projelerde finansman, proje şirketinin öz sermayesinin yanında finans kuruluşlarından alınan borçlarla karşılanmaktadır. Öz sermaye, projeye özgü kurulan şirkette hisse payı olan firmaların getirmiş oldukları ana parayı ifade etmektedir. Özel amaçlı şirket ile finansman anlaşması yaparak borç verenler ise finansman sağlayanlar (kreditörler) olarak adlandırılmaktadır¹⁷⁹. EÖT Yönetmeliği’nde finansörler “*projenin gerçekleşmesine yönelik olarak yükleniciye finansal kaynak sağlayan kuruluşlar*” şeklinde ifade edilmiştir.

6428 sayılı Kanun md. 6/I’in devamında “*...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.*” denilerek proje şirketinin en az %20 öz sermayesinin bulunması zorunlu tutulmuştur. Kanuni düzenleme ile asgari öz sermaye yüzdesi belirlenmiştir. Görüleceği üzere finansmanın büyük bir kısmı finansman sağlayan kuruluşlardan tarafından sağlanmaktadır. Projenin başarıya ulaşması ve iyi bir şekilde işletilmesi finansman sağlayanların verdikleri krediyi geri alabilmeleri için elzem niteliktedir¹⁸⁰. Bu nedenle finansman sağlayanlar kuruluşlar tarafından kredinin geri dönüşünü sağlayabilme adına YKD sözleşmesinin tarafları ile doğrudan anlaşmalar adı verilen bir sözleşmeyi imzalamakta ve YKD sözleşmesinin feshedilmesi riskine karşı sözleşmeyi ayakta tutmaya veya bunun mümkün olmaması halinde tazminat ile korunmaya yönelik çeşitli

¹⁷⁸ 6428 sayılı Kanun Tasarısı, s. 8.

¹⁷⁹ BAYAZIT, s. 40; YOUNG, s. 142.

¹⁸⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 67.

haklar elde etmektedir¹⁸¹. Doğrudan anlaşmalar ve bu sözleşme kapsamında finansman sağlayanların elde ettiği müdahale hakkı aşağıda incelenmiştir.

a. Doğrudan Anlaşmalar

Finansman sağlayanların bir projeye kredi vermeyi tercih etmeleri için projenin başarıya ulaşacağına, kredinin geri ödenebileceğine yönelik güven sağlanması gerekir. Bu güveni sağlamak amacıyla finansman sağlayanların YKD sözleşmesinin feshe uğraması riskine karşı proje kapsamındaki haklarını koruyabilme adına YKD sözleşmesinin tarafları olan idare ve özel amaçlı şirket ile finansman sağlayanlar arasında imzalanan üç taraflı anlaşmalara doğrudan anlaşma adı verilmektedir¹⁸². Doğrudan anlaşma, proje sözleşmesinin feshedilmesi tehlikesine karşı finansman sağlayanların sözleşme ilişkisine dahil olarak sözleşmenin devamını sağlamaya yönelik yapılan sözleşmedir. 6428 sayılı Kanun'un gerekçesinde doğrudan anlaşmalar “*şirket kurtarma operasyonu*” olarak ifade edilmiştir¹⁸³. Doğrudan anlaşmalar hukuki niteliği itibariyle geciktirici koşula bağlanmış sözleşmelerdir. Hüküm ve sonuçlarını ancak özel amaçlı şirketin temerrüde düşmesi nedeniyle asıl sözleşme olan YKD sözleşmesinin fesih tehdidi ile karşılaşması halinde doğurmaktadır.

Doğrudan anlaşmaların tanımına 6428 sayılı Kanun veya kanunun uygulama yönetmeliğinde yer verilmemiştir¹⁸⁴. EÖT Yönetmeliği'nde ise doğrudan anlaşma

¹⁸¹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 31.

¹⁸² BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 85; BAYAZIT, s. 40.

¹⁸³ 6428 sayılı Kanun Tasarısı, s. 23.

¹⁸⁴ Ancak 6428 sayılı Kanun'un gerekçesinde “*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.*” denilerek doğrudan anlaşmalara atıfta bulunulmuştur.

“...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...” şeklinde ifade edilmiştir. Her ne kadar düzenlemede doğrudan sözleşmenin tarafları olarak idare ile finansman sağlayanlar gösterilmişse de özel amaçlı şirket de bu anlaşmanın tarafıdır. Uygulamada çoğunlukla doğrudan anlaşmaların görüşmeleri YKD sözleşmesinin görüşmeleri ile yürütülmekte olup bu üç taraflı anlaşma YKD sözleşmesinin eki niteliğinde kabul edilmektedir¹⁸⁵.

Doğrudan anlaşmaların içeriğinde sadece YKD sözleşmesinin feshedilmesi riskine karşı finansman sağlayanların korunmasına yönelik hükümlere yer verilmektedir. Fesih riski altında sözleşmeye müdahale hakkı (*step-in right*), sözleşmenin sona ermesi halinde ödenecek tazminat ve idare tarafından finansman sağlayanlara verilecek teminata rıza gösterilmesi gibi projenin risk tehdidi altında girdiği durumlarda ayakta kalabilmesine yönelik hükümlere yer verilmektedir¹⁸⁶.

b. Müdahale Hakkı (Step-in Right)

Müdahale hakkı, YKD sözleşmesinde temerrüt halinin baş göstermesi halinde finansman sağlayanların projenin yönetimine dahil olmalarını sağlayan haktır¹⁸⁷. EÖT Yönetmeliği’nde¹⁸⁸ müdahale hakkına ilişkin olarak şu tanımlamaya yer verilmiştir: “İdare tarafından gerekli görüldüğü takdirde projenin gerçekleşmesine yönelik olarak

¹⁸⁵ YESCOMBE, s. 153.

¹⁸⁶ CLEWS, Robert: Project Finance for the International Petroleum Industry, First Edition, Academic Press, 2016, s. 40.

¹⁸⁷ YESCOMBE, s. 342; BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 117; BAYAZIT, s. 298.

¹⁸⁸ EÖT Yönetmeliği md. 4

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...”

Müdahale hakkı, finansman sağlayanların proje kapsamında vermiş oldukları kredinin geri dönüşünü güvenceye alan etkili yollardan biridir. Müdahale hakkının temel işlevi sözleşmenin ayakta tutulabilmesi için projeye yönetimine finansman sağlayanların karar vermesidir. Müdahale hakkına başvurulması durumunda özel amaçlı şirket pasif konuma getirilmekte ve kamu idaresi ile finansman sağlayanların direkt olarak proje yönetimine müdahil olmaktadır¹⁸⁹. Doğrudan anlaşmalar da adını buradan almaktadır. Zira doğrudan anlaşmalarda, teminatlar gibi dolaylı güvence sağlamamakta doğrudan taraf ile temasa geçme imkânı tanımaktadır¹⁹⁰. 6428 sayılı Kanun’da finansman sağlayanların müdahale hakkına yönelik olarak özel amaçlı şirketin temerrüde düşmesi halinde finansman sağlayanlar ile idarenin ortaklaşa özel amaçlı şirketin ortaklık yapısında değişikliğe gidebilecekleri düzenleme altına alınmıştır.

2. Hissedarlar (Sponsorlar)

Hissedarlar, diğer adıyla sponsorlar ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişilerdir. Bu kişiler, projeye özgü olarak özel amaçlı şirketi kuran, öz sermaye kaynağı getiren ve ayrıca projeyi yürüten kişilerdir¹⁹¹. Bu kişiler de kendi aralarındaki ilişkileri düzenlemek

¹⁸⁹ YESCOMBE, s. 155.

¹⁹⁰ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 118.

¹⁹¹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 40.

amacıyla birbirleri arasında hissedarlık sözleşmesi imzalamaktadırlar. Bu ortaklık, projenin kısımlara ayrılarak belirli kısımların belirli yüklenicilere bırakılması şeklinde organize oluyorsa konsorsiyum söz konusudur¹⁹². Projenin tamamının bütün yükleniciler tarafından ortak bir şekilde üstlenilmesi halinde ise Joint Venture söz konusu olmaktadır¹⁹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki projenin ettiği zarar öncelikle hissedarların getirmiş olduğu öz sermayeden karşılanacaktır. Finansman sağlayanlar ise yalnızca zararın öz sermayeyi aştığı durumlarda zarara uğramaktadırlar¹⁹⁴.

3. Alt Yükleniciler

6428 Uygulama Yönetmeliği md. 13'ten¹⁹⁵ anlaşılacağı üzere hem yatırım dönemindeki inşaat işinin hem de işletme dönemindeki yan hizmetlerin görülmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesi işleri idarenin onayıyla alt yüklenicilere devredilebilir. İnşaat işinin alt yükleniciye yaptırılması inşaat sözleşmesi vasıtasıyla sağlanır. Yan hizmetlerin sunumunda ise hizmet alım sözleşmesi söz konusudur. Ticari hizmet alanlarının işletilmesinde ise ürün kirası sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Asıl yüklenicinin işi alt yükleniciye yaptırması idareye karşı sözleşmesel sorumluluğunu

¹⁹² **KÖKSAL, Tunay/ MÜMİNOĞLU GÜNERİ, Müjde:** FIDIC ve Türk Hukuku Çerçevesinde İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2019, s. 176.

¹⁹³ **KAPLAN, İbrahim:** İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture, B.3, Ankara, 2013, s. 22.

¹⁹⁴ **FARQUHARSON/ TORRES DE MÄSTLE/ YESCOMBE/ ENCINAS,** s. 143.

¹⁹⁵ **6428 Uygulama Yönetmeliği md. 13:** “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.”

ortadan kaldırmaz¹⁹⁶. Alt yükleniciye yaptırılan iş nedeniyle herhangi bir zarara uğrayan idarenin alt yüklenicinin sözleşmesel sorumluluğuna gitme imkanı bulunmamaktadır.

Genel kural olarak sözleşmelerde alt sözleşme yapabilmek karşı tarafın önceden vereceği izne (rıza) tabi kılınmıştır. Bu genel kural sağlık tesisleri açısından akdedilen YKD sözleşmelerinde de geçerlidir. Zira, ihale dokümanında alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilip verilmeyeceği hususunun belirtileceği öngörülmüştür. Diğer sözleşmelerden ayrılan yön olarak ise YKD sözleşmelerinde idarenin alt yüklenici ile yapılan sözleşmeyi ayrıca onaylaması gerekir. Kısaca, YKD sözleşmelerinde işin alt yükleniciye bırakılabilmesi için hem önceden idarenin izni hem de sonradan onayı gerekmektedir.

4. Danışmanlar

Yapılan projelerin uzmanlık gerektirmesi nedeniyle YKD sözleşmesinin iki tarafının da hatta finansman sağlayanların da projenin farklı aşamalarında hukuk, finans, sigorta, mühendislik ve gerekli olabilecek diğer alanlarda danışmanlık hizmeti almaları söz konusu olabilir¹⁹⁷. Kamu idarelerinin proje tasarımı ve uygulanması, işletme, hukuk, mühendislik ve benzeri alanlarda danışmanlık hizmetine başvurması mümkündür¹⁹⁸. Nitekim, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı'nın danışmanlık hizmeti alımına yönelik çok sayıda ihaleye çıktığı ve YKD modeliyle yapılan her sağlık tesisi projesi için ayrı müşavirlik hizmeti sözleşmesi imzaladığı görülmektedir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ BAYAZIT, s. 225.

¹⁹⁷ BAYAZIT, s. 41; YOUNG, s. 143.

¹⁹⁸ 6428 Uygulama Yönetmeliği m. 4/I-e, benzer yönde hüküm için bkz. EÖT Yönetmeliği m.4/I-3

¹⁹⁹ ÇAKIR, s. 35.

Projenin başarıya ulaşabilmesi için özel amaçlı şirket, projenin çeşitli aşamalarında farklı alanlarda danışmanlık hizmeti alma yoluna gidebilir. Özel amaçlı şirket, örneğin proje ve finansman dokümantasyonun hazırlanmasında hukuk danışmanlarından; proje finansmanının sendikasyonu ile ilgili olarak finans danışmanlarından; projenin tasarlanması, inşa edilmesi, işletilmesi aşamalarında mühendis danışmanlardan; projenin sigorta programıyla ilgili olarak risk yönetim danışmanı ya da sigorta komisyoncusundan danışmanlık hizmeti alabilir²⁰⁰.

Finansman sağlayanlar da proje kapsamında danışmanlık hizmetine başvurabilirler. 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 58/II çerçevesinde finansman sağlayanların idarenin izin vermesi halinde denetim mekanizması kurma yetkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede finansman sağlayanların bağımsız bir teknik denetçi olarak görev yapması ve proje kapsamında danışmanlık hizmeti sunması amacıyla bir mühendislik firmasıyla sözleşme imzalaması mümkündür²⁰¹.

E. Hukuki Niteliği

YKD sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli borç ilişkisi doğuran, özel hukuk hükümlerine tabi, belirli süreli ve kombine tipli bir karma sözleşmedir.

1. Belirli Süreli Bir Sözleşmedir

Kira ilişkisinin taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesiyle herhangi bir bildirim gerek olmaksızın sona erdiği sözleşmeler belirli süreli sözleşmelerdir²⁰². Sağlık

²⁰⁰ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 42.

²⁰¹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 42.

²⁰² KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2021, s. 232. Bkz. TBK md. 300/II.

tesisi inşası için imzalanacak olan YKD sözleşmelerinde azami süre sabit yatırım dönemi hariç tutularak otuz yıl olarak belirlenmiştir²⁰³. Uygulama yönetmeliğinde sözleşmenin süresinin hem ihale şartnamesinde belirtileceği hem de sözleşmede yer alacak hususlardan olduğu düzenlenmiştir. Sözleşme süresinin sabit yatırım dönemi hariç tutularak belirlenmesi sözleşmenin belirli süreli bir sözleşme olması özelliğine halel getirmemektedir. Zira, YKD sözleşmesi çerçevesinde yatırım dönemi için de belirli bir sürenin öngörülmesi gerekmektedir. Sözleşmenin süresi yatırım dönemi ve işletme dönemi için belirlenen sürelerin toplamıdır ve bu toplam sürenin kanunda öngörülen otuz yıllık süreyi aşması mümkündür.

2. Özel Hukuk Sözleşmesidir

Daha önce de belirttiğimiz üzere Anayasa md. 47/IV'e 1999 yılında eklenen fıkıyla birlikte kanunda belirtilmesi ön koşuluyla kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk kişilerine özel hukuk sözleşmeleri vasıtasıyla yaptırılabilmesi düzenlenmiş ve bu konuda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır. Böylelikle, KÖİ sözleşmelerinin özel hukuka tabi kılınabilmesinin de önü açılmıştır.

6428 sayılı Kanun md. 4/I²⁰⁴ ve 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 51/2'de²⁰⁵ YKD sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki kanuni düzenleme gereğince sağlık tesisi

²⁰³ **6428 s. K. md. 1/I:** “...sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere...”
Bu azami süre eğitim öğretim tesisleri ile yurt binası ve tesisleri için ise kırk dokuz yıl olarak öngörülmüştür. Bkz. 652 s. KHK 23/I-ç; 351 s. K. md. 20/VII.

²⁰⁴ **6428 s.K. md 4/I:** “Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yıl geçmemek üzere idarece belirlenir.”

²⁰⁵ **6428 Uygulama Yönetmeliği md. 51/2:** “Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.”

projeleri açısından YKD sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna ve uyumsuzluk halinde adli yargı kolunun görevli olacağına şüphe yoktur. Her ne kadar kanunda açık bir şekilde YKD sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu düzenlenmiş olsa da öğretide karşı yönde çeşitli görüşler bulunması sebebiyle aşağıda YKD sözleşmesinin hukuksal rejimi yönünden hukuki niteliği ve hangi hukuki rejime tabi olacağı idari sözleşme ölçütleri göz önüne alınarak irdelenmiştir.

İdarenin akdettiği sözleşmeler, tabi oldukları hukuki rejime göre sınıflandırıldığında idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere iki türe ayrılabilirler²⁰⁶. Sözleşmenin niteliğine göre sözleşmeye uygulanacak hukuki rejim ve uyumsuzluk halinde görevli yargı kolu değişeceğinden sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi hususu önem arz etmektedir²⁰⁷. Zira, kamu idaresi özel hukuk sözleşmelerinde karşı tarafla eşitler arası bir ilişki içerisindeyken idari sözleşmelerde ise sözleşmenin karşı tarafından daha üstün ve daha ayrıcalıklı bir konumdadır²⁰⁸.

Kamu idarelerinin akdettikleri sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinde mi yoksa özel hukuk sözleşmesi niteliğinde mi olduğu konusunda içtihadı ölçüt ve kanuni ölçüt olmak üzere iki tür ölçütten yararlanılmaktadır²⁰⁹. İçtihadı ölçüte göre²¹⁰ bir sözleşmenin

²⁰⁶ **TEKİNSOY, Ayhan:** “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *AÜHFD*, C. 55, S. 2, 2006, s. 183.

²⁰⁷ **ÇAL, Sedat:** “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2010, s. 225.

²⁰⁸ **BAYAZIT**, s. 146.

²⁰⁹ **ODYAKMAZ, Zehra:** “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, Haziran 1998, s. 13-14.

²¹⁰ “Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu takdirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların idareye kamu gücünden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle, sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekir. Özel hukuk sözleşmelerinde düşünülmesi imkansız bile olan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmeleri ötekilerden ayıran en temel, en belirgin özelliktir... İdarenin bir sözleşmesinde, idareye özel hukuk sözleşmelerindekileri aşan

idari sözleşme niteliğinde sayılabilmesi için sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi olması (organik ölçüt), sözleşmenin konusunun kamu hizmeti niteliğinde olması (maddi ölçüt) ve kamu idaresinin sözleşmenin diğer tarafına göre üstün konumda bulunması başka bir deyişle sözleşmede karşı tarafa tanınmayan özel hukuk hükümlerini aşan²¹¹ ayrıcalıkların kamu idaresi için öngörülmesi (biçimsel ölçüt) gerekmektedir²¹². Kanuni ölçüt ise sözleşmenin niteliğinin bir kanun hükmüyle belirlenmesidir. Bu belirleme doğrudan sözleşmenin niteliğinin kanunda belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi tabi olduğu hukuki rejimin gösterilmesi ya da uyumsuzluk halinde hangi yargı kolunun görevli olacağının belirtilmesi şeklinde de olabilir²¹³.

YKD sözleşmeleri içtihadı ölçüte göre değerlendirildiğinde, taraflardan birinin kamu idaresi olduğu organik ölçütün sağlandığı; bunun yanında sözleşmenin konusunun sağlık, eğitim ve yurt yapımı kamu hizmetlerine ilişkin olduğu maddi ölçütün de sağlandığı; kamu hizmetinin nitelikli ve kesintisiz bir şekilde sunumunu sağlamaya yönelik olarak idarenin sözleşmenin diğer tarafını denetim ve gözetim yetkisi

bazı üstünlük ve ayrıcalıkların tanınmış olması, o sözleşmenin bir idari sözleşme sayılmasına yol açmaktadır... Bu durum, idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması, ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, re'sen hareketle imtiyaza el koyma gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur; özel hukuku aşan koşulların varlığının işareti olarak; sözleşmede kamu gücünün belirtilmiş olması, tek yanlı hareket yetkisinin ve zora dayanan önlemler alma gücünün mevcut bulunması aranır.” (Yargıtay HGK, 14.02.2007 T., 2007/4-81 E., 2007/78 K. sayılı kararı) (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T.: 28.05.2023).

²¹¹ Öğretide bazı yazarlar, sözleşmenin özel hukuku aşan boyutlarının olmasının günümüzde kesin bir ölçüt olarak kullanılamayacağını belirtmektedir. Nitekim, sözleşme serbestisi çerçevesinde özel hukuk sözleşmelerinde de sözleşmenin bir tarafına kanuna ve emredici hükümlere aykırı olmayacak şekilde özel hukuk hükümlerini aştığı söylenen üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin verilebilmesi mümkündür. **TEKİNSOY**, s. 204; **BUZ, Vedat**: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007, s. 58-59.

²¹² **BOZ**, s. 293; **AYDIN**, s. 50; **BAYAZIT**, s. 115. Öğretideki bir görüşe göre taraflardan birinin kamu idaresi olması ve diğer iki şarttan birisinin varlığı sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için yeterli görülmektedir. **GÖZLER, Kemal**: İdare Hukuku Dersleri, B. 3, Bursa, 2005, s. 383.

²¹³ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 63.

çerçevesinde YKD sözleşmelerinde özel hukuku aşan hükümlere²¹⁴ yer verilerek kamu idaresinin daha üstün konumda tutulduğu biçimsel ölçütün de sağlandığı söylenebilecektir.²¹⁵ Bu açıklamalar sonucunda, içtihadi ölçüt nazara alındığında YKD sözleşmesinin idari sözleşmelerin tipik özelliklerini yansıttığı görülmektedir. Ancak maddi açıdan idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı söylenebilecekse de 6428 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan YKD sözleşmeleri, Anayasanın verdiği takdir yetkisiyle kanun koyucu tarafından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmıştır ve kanuni ölçüt gereğince idari sözleşme olarak değerlendirilmeleri mümkün olmayıp özel hukuk sözleşmeleridir ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda adli yargı²¹⁶ kolu görevlidir²¹⁷.

AYM de YKD sözleşmesinin maddi açıdan idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı ancak şekli açıdan ise anayasanın sağladığı takdir yetkisiyle kanuni ölçüt vasıtasıyla özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı görüşündedir. Nitekim 6428 sayılı Kanun'a ilişkin değerlendirmede bulunduğu bir kararında yüksek mahkeme tarafından

²¹⁴ 6428 sayılı Kanun'dan özel hukuk hükümlerini aşan düzenlemelere kamu idaresinin tüm aşamalarda yükleniciyi denetleme yetki ve görevi (md. 4/IV), hazineye ait olan taşınmazların özel hukuk kişisine bedelsiz devri (md. 2/I), bazı harç ve vergilerden muaf veya istisna tutulma (md. 9) örnek olarak verilebilir.

²¹⁵ **BOZ**, s. 294-295; **AYDIN**, s. 50-51.

²¹⁶ KÖİ sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların kamu hizmetlerinin temel mantığına uzak olan adli yargı hakimlerine bırakılması öğretide bazı yazarlarca eleştirilmekte idarenin özel hukuku aşan yetkilerle donatıldığı ve kamu hukukunun uygulanmasının gerektiği bu uyuşmazlıklarda idari yargı kolunun görevli olmasının kamu menfaatinin bir gereği olduğu savunulmaktadır. **GÜRKAN**, s. 181; **TEKİNSOY**, s. 191-192; **AYDIN**, s. 51.

²¹⁷ **BAYAZIT**, s. 161. Danıştay 13D., 22.11.2011 T., 2011/3899 E., 2011/5211 K. sayılı kararında “Kayseri Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri İle Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi 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.” denilmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T: 30.05.2023)

“...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.” denilmiştir²¹⁸. AYM'nin sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim ile niteliği arasında bir ayrıma gittiği görülmektedir²¹⁹. Yüksek Mahkeme bu kararında YKD sözleşmesinin içeriği ve gösterdiği özellikler bakımından niteliğinin idari sözleşme olduğunu belirtmekte ancak Anayasa md. 47/IV'ün cevaz vermesi nedeniyle sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmasının önünde bir engel bulunmadığını vurgulamıştır.

Öğretide AYM'nin bu kararını eleştiren bir görüşe göre²²⁰ ise YKD sözleşmesi içtihadi ölçüte göre de idari sözleşme niteliğini taşımayacaktır. Yazara göre, yüklenici taraf YKD modelinde çekirdek kamu hizmetini değil, yan hizmetleri görmektedir ve bunların kamu hizmeti olarak değerlendirilmemesi gerekir. Ayrıca, yazar kamu idaresinin denetleme yetkisini ve belirli performans ölçütleri çerçevesinde kesinti yapabilmesini idareye verilen özel hukuku aşacak boyutta ayrıcalıklı yetkiler olarak değerlendirmekten ziyade sözleşmedeki hizmet unsurunun bağımlılık unsuru bağlamında düşünülmesi gerektiğini savunmaktadır²²¹. Bu gerekçeye argüman olarak finansman sağlayanların da 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 58/II çerçevesinde idareden izin alarak da olsa özel

²¹⁸ AYM, 25.04.2015 T., 2013/50 E., 2015/38 K., RG. 25.04.2015, S. 29327.

²¹⁹ GÖKYURT, s. 100.

²²⁰ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 63 vd.

²²¹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 65.

amaçlı şirket üzerinde denetim mekanizması kurabilmesi örnek verilebilir. Ayrıca, YKD sözleşmesiyle aynı unsurları taşıyan bir sözleşmeyi sözleşenlerden birisi kamu tüzel kişisi olmasına gerek olmaksızın özel hukuk tüzel kişilerinin yapmalarının önünde sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde hiçbir engel bulunmamaktadır. Tarafların ikisinin de özel hukuk kişisi olduğu bu sözleşmede kanunda idareye tanınan tek taraflı yetkilerin de bir tarafa verilmesinin ve sözleşmedeki eşitlik dengesinin bir taraf lehine bozulmasının önünde sözleşme serbestisi çerçevesinde engel bulunmadığı söylenebilir²²².

Her ne kadar yazar YKD sözleşmesinin çekirdek kamu hizmetinin özel sektör tarafından yerine getirilmediğinden bahisle içtihadı ölçüte göre de idari sözleşme niteliğinde olamayacağını belirtse de ölçüte göre sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesiyle ilgili olması yeterlidir ve ayrıca kamu hizmetinin özel sektöre görülmesi şart değildir. Ayrıca, çekirdek kamu hizmetinin idare tarafından yerine getiriliyor olması YKD'yi diğer KÖİ modellerinden ayıran temel yöndür ancak sırf bu nedenle tipik bir KÖİ sözleşmesi olan YKD sözleşmesini diğer KÖİ sözleşmelerinden niteliği yönünden ayırmanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

KÖİ sözleşmelerine ilişkin genel bir kanun²²³ bulunmadığından bir KÖİ sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olması tercih ediliyorsa her bir model ve sektöre ilişkin kanunda bunun ayrıca açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Düzenlemenin kanun yerine CBK veya yönetmelikle yapılması anayasanın amir hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Kanunda açıkça düzenleme bulunmayan hallerde

²²² **BUZ**, s. 58.

²²³ Tüm KÖİ modellerine ilişkin ortak düzenlemelerin yer aldığı genel bir kanun yapılması amacıyla hazırlanan Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Taslağı'nın tanımlara ilişkin 3. maddesinin e bendinde yapılacak olan KÖİ sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. Ancak ilgili taslak kanunlaşmamıştır.

içtiḥadı ölçütler esas alınarak sözleşme idari sözleşme olarak nitelendirilebilecektir²²⁴. Örneğin, YKD modeliyle eğitim öğretim tesisleri yapımına ilişkin KHK’da sözleşmenin niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. EÖT Yönetmeliği md. 4/I-25’te ise ilgili sözleşmenin özel hukuk hükümlerine göre yapılacağı düzenlenmiştir. Anayasa hükmü gereğince özel hukuk hükümlerine tabi olduğu ancak kanunla belirlenebileceğinden eğitim öğretim tesisleri açısından yapılacak olan YKD sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğinde olacağı öğretilde belirtilmektedir²²⁵. Ayrıca son olarak belirtmek gerekir ki kamu idaresi ile özel sektör tarafını eşit konuma getirme amacıyla özel hukuk rejiminin bilinçli olarak tercih edildiği görülmekle birlikte KÖİ yöntemleri için bu bir zorunluluk değildir²²⁶.

3. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Bir Sözleşmedir

Borçlu tarafından yapılan ifaya yönelik eylemler ya da ifa hazırlıkları borçlu açısından uzun bir vakit alıyor olsa bile, alacaklı yönünden ifa tek bir davranışla bir defada yerine getiriliyorsa ani edimli borç söz konusudur²²⁷. Örnek olarak, eser sözleşmesinde yüklenicinin ifayı gerçekleştirebilme adına yaptığı ifa yönelik eylemler ve hazırlıklar uzun bir süreci kapsasa da iş sahibinin menfaati ancak eserin teslim ile gerçekleşeceğinden ani edimli borç söz konusu olacaktır²²⁸. Alacaklının edim sonucuna

²²⁴ **GÜRKAN**, s. 94; **BOZ**, s. 295.

²²⁵ **BAYAZIT**, s. 118, dn. 477.

²²⁶ Nitekim, Fransa’da KÖİ sözleşmeleri idari sözleşme niteliğinde düzenlenmiştir. **GÖKYURT**, s. 117.

²²⁷ **EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 22, Ankara, 2017, s. 107-108; **KILIÇOĞLU, Ahmet**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 24, Ankara, 2020, s. 8.

²²⁸ **KOCAĞA, Köksal**: İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s. 54. Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmeleri de kural olarak ani edimli olmakla birlikte sürekli borç ilişkilerine dair hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğine dair Yargıtay İBK 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. sayılı kararında:

ulaşarak menfaatinin gerçekleşebilmesi, borçlunun zaman içinde sürekli bir davranışını gerektirmesi halinde ise sürekli bir borç ilişkisi söz konusu olur.

YKD sözleşmesi, ani edimli bir borç olan tesisin inşa edilmesi yanında kira, işletme hakkı verilmesi, finansman sağlanması gibi borçlunun borcunu ancak sürekli bir davranışla yerine getirebildiği ve alacaklının menfaatinin sağlanmasının zamana yayıldığı unsurları da haizdir. O halde, YKD sözleşmesinin sürekli borç ilişkisini ihtiva eden bir sözleşme olduğuna ve sürekli borç ilişkilerine özgü hükümlerin YKD sözleşmesine ilişkin uyumsuzluklarda göz önüne alınması gerektiğine şüphe yoktur.

4. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

İki tarafın da birbirine karşı asli edim yüklendiği tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin asli edimi, diğer tarafın asli ediminin sebep ve karşılığını oluşturmaktadır ve edimler arasında tam anlamıyla bir karşılıklılık söz konusudur²²⁹. YKD sözleşmesi finansman sağlanması, tesisin inşa edilmesi gibi yatırım gerektiren unsurların yanında aynı zamanda kiraya verme, yan hizmetlerin sunulması, ticari hizmet alanlarının işletilmesi gibi gelir getiren unsurları da ihtiva etmektedir. Yapılan yatırımın geri dönüşü gelir getiren bu unsurlar yoluyla sağlanmaktadır. Bu durum aynı zamanda YKD sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olma

”İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yüzünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde inşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşımaktadır.” denilmiştir. (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T.: 20.05.2023).

²²⁹ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, B. 15, İstanbul, 2017, s. 333; EREN, Genel Hükümler, s. 211.

niteliğini ortaya koymaktadır. YKD sözleşmelerinde özel amaçlı şirketin finansman sağlayarak tesisi inşa etmesinin karşılığı olarak idare özel amaçlı şirkete kiraladığı tesis için kira bedeli, yan hizmetlerin sunumundan ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinden ötürü hizmet bedeli almasını taahhüt etmektedir. Sözleşmenin de adından hareketle kısaca, yüklenicinin “*yap-kirala*” borcuna karşılık olarak idarenin bedel ödeme borcunun bulunduğu söylenebilir²³⁰.

5. Kombine Tipli Karma Sözleşmedir

Sözleşmeler, TBK veya herhangi bir özel kanunda düzenlenip düzenlenmediğine göre isimli veya isimli sözleşmeler ikiye ayrılmaktadır. Bir sözleşmenin adı, en önemlisi sözleşmenin tipini ortaya koyan esaslı unsurları ve genel çerçevesiyle bile olsa tarafların hak ve borçları TBK veya başka bir kanunda düzenleme bulmuşsa, bu sözleşme isimli sözleşme olarak adlandırılır. Bu şekilde düzenlenmemiş olan sözleşmeler ise isimli sözleşme olarak adlandırılmaktadır²³¹. Bir sözleşmenin yalnızca adının kanunda geçiyor olması onun isimli sözleşme olarak adlandırılabilmesi anlamına gelmemektedir²³².

Sosyal ve ekonomik gereklilikler bireyleri kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerden farklı sözleşmeler yapmaya itmekte bunun sonucunda taraflar TBK m. 26’da düzenleme bulan sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde kanunda düzenlenmeyen

²³⁰ BAYAZIT, s. 55.

²³¹ KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme) B. 2, Ankara, 2013, s. 3; EREN, Fikret: “İsimli Sözleşmelerin Genel Teorisi”, Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimli Sözleşmeler Sempozyumu, Ankara, 2022, s.13; YÜCER AKTÜRK, İpek: İsimli Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, 2016, s.34.

²³² KUNTALP, s. 4; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.8, Ankara,2020, s. 945-946; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, B.5, İstanbul, 2020, s. 4; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.13, Ankara, 2020, s. 59.

isimsiz sözleşmeler kurmaktadırlar²³³. YKD sözleşmeleri de altyapı projelerinin finanse edilmesinde alternatif yöntemlere başvurma ihtiyacının sonucu olarak ortaya çıkmış bir isimsiz sözleşmedir. YKD modeli ile sağlık tesisleri yapımına ilişkin 6428 sayılı Kanunda yalnızca tarafların asli borçları belirtilmekle birlikte tarafların borçlarının hüküm ve sonuçlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Nitekim, sözleşmenin adına bile kanunda yer verilmemektedir. Yine, YKD modeli ile yurt yapımına ilişkin kanunda ve eğitim öğretim tesisleri yapımına ilişkin KHK'da da YKD sözleşmesinin isimli bir sözleşme olarak nitelendirilebilmesine olanak sağlayacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle, YKD sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğunu söyleyebilmekteyiz.

YKD sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğu konusunda öğretide fikir birliği bulunmakla birlikte isimsiz sözleşmelerin hangi alt kategorisine girdiği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Öğretideki bazı yazarlara göre²³⁴ YKD sözleşmesi bir karma sözleşmedir, diğer görüş sahiplerine göre²³⁵ ise kendine özgü bir yapısı olan (sui generis) bir sözleşmedir. Azınlıkta kalan bazı görüş sahiplerine göre²³⁶ ise KÖİ sözleşmeleri bileşik sözleşmelerdir. KÖİ sözleşmelerinin tamamına yönelik veya YKD sözleşmesiyle hukuki nitelik açısından benzerlik kurulabilecek YİD sözleşmeleriyle ilgili görüşler de dikkate alınarak sağlık sektörü açısından YKD sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere gerekçeleriyle birlikte aşağıda yer verilmiştir. Daha sonrasında ise konuyla

²³³ **OKTAY, Saibe:** “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 266-267. **EREN,** *İsimsiz* s.14; **YÜCER AKTÜRK,** s. 34; **GÜMÜŞ,** s. 3-4; **EREN,** *Özel Hükümler*, s. 946.

²³⁴ **AYDIN,** s. 52; **ÇAKIR, H. Melih:** Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, İstanbul, 2015, s. 468; **KARAGÖZ,** s. 34; **KEŞLİ,** s. 109 vd.

²³⁵ **BARKAN TEREYAĞOĞLU,** s. 58-59.

²³⁶ **ERSÖZ, Melis:** Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnerships Uygulamaları, İstanbul, 2010, s. 45.

ilgili kendi değerlendirmelerimiz aktarılmıştır. Öncelikle ise kısaca isimsiz sözleşme kategorilerinden bahsedilmiştir.

a. İsimsiz Sözleşme Türleri

İsimsiz sözleşmeler, öğretilerdeki bir görüşe göre iki türe ayrılmaktadır: Karma sözleşmeler ve kendine özgü bir yapısı olan sözleşmeler (*sui generis sözleşmeler*).²³⁷ Bileşik sözleşmeleri de isimsiz sözleşme olarak adlandıran çok sayıda yazar bulunmaktadır²³⁸.

Dar anlamıyla karma sözleşmelerde, taraflar kanunda düzenleme bulan iki veya daha fazla isimli sözleşmenin asli edimlerini kanunun öngörmediği şekilde kısmen ya da tamamen bir araya getirmekte ve karma sözleşmeyi meydana getiren isimli sözleşme tiplerinin asli edimleri bağımsızlıklarını kaybederek bir bütün olan yeni ve farklı tek bir sözleşmeyi oluşturmaktadır²³⁹. Geniş anlamda ise karma sözleşmeler isimli sözleşmelerin yanında isimsiz sözleşmelere ait unsurların da kanunda öngörülmeven şekilde bir araya getirilmesiyle oluşabilir. Ancak bu durumda karma sözleşmelerin aşağıda göreceğimize kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden ayırt edilebilmesi mümkün değildir²⁴⁰. Bu nedenle karma sözleşmelerin dar anlamıyla anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Karma sözleşmeler de kendi içerisinde üçe ayrılmaktadır: Çifte tipli karma sözleşmeler, bileşik edimli (kombine) karma sözleşmeler, eklemlı (kaynaşık) karma sözleşmeler. Kanunda düzenleme bulan isimli sözleşmelerin asli edim unsurlarının karma sözleşmenin taraflarınca karşılıklı olarak taahhüt edilmesiyle bir mübadele ilişkisinin

²³⁷ KUNTALP, s. 13; EREN, *İsimsiz*, s. 16; YÜCER AKTÜRK, s. 41.

²³⁸ Bkz. OKTAY, s. 272; GÜMÜŞ, s. 5; ARAL/AYRANCI, s. 62, KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 30.

²³⁹ KUNTALP, s. 157; EREN, *İsimsiz*, s. 17; ARAL/AYRANCI, s. 63.

²⁴⁰ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 6; OKTAY, s. 272.

oluşturulması söz konusu ise çifte tipli karma sözleşme söz konusudur²⁴¹. Çifte tipli karma sözleşmenin hukukumuzdaki en yaygın uygulama bulan örneği ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflardan biri eser sözleşmesinin asli edim unsuru olan yüklenicinin eseri meydana getirme ve meydana getirilen eseri teslim borcunu üstlenirken, diğer taraf da bunun karşılığında satım sözleşmesinin asli edim unsuru olan satıcının mülkiyeti devir borcunu üstlenmektedir²⁴².

Taraflardan birinin iki veya daha fazla isimli sözleşmenin asli edim unsurunu borçlandığı, sözleşmenin diğer tarafının ise bunun karşılığında genellikle bir miktar parayı ödemeyi üstlendiği durumlarda ise bileşik edimli (kombine) karma sözleşme söz konusu olmaktadır²⁴³. Bileşik edimli karma sözleşmeye pansiyon sözleşmesi örnek olarak verilebilir. Pansiyon sözleşmesinde pansiyon sahibi müşterinin bedel ödeme borcu karşılığında kira sözleşmesinin asli bir unsuru olan oda tahsisini, satım sözleşmesinin asli bir unsuru olan yemek ve kahvaltı sağlamayı ve son olarak hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak odanın temizlenmesini üstlenmektedir²⁴⁴.

Eklemlı (kaynaşık) karma sözleşmeler, adından da anlaşılacağı üzere taraflardan en az biri farklı isimli sözleşmelerin asli edim unsurlarını ayrılmaz bir bütün halinde tek bir edim olarak homojen bir yapıda üstlenmekte, farklı isimli sözleşmelere ait asli edimleri tek bir edimde kaynaştırmaktadır²⁴⁵. Bunun en tipik örneği ise, karma bağışlama sözleşmesidir. Karma bağışlama sözleşmesinde bağışlama kastıyla birlikte sözleşme konusu şey gerçek değerinin altında bir fiyata satılmaktadır. Böylece bağışlayan-satıcı

²⁴¹ YÜCER AKTÜRK, s. 49; EREN, *İsimsiz*, s. 18; GÜMÜŞ, s. 8.

²⁴² KILIÇOĞLU, *Borçlar Özel*, s.26; ÖZ, **Turgut**: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2016, s. 6.

²⁴³ YÜCER AKTÜRK, s. 48; OKTAY, s. 274.

²⁴⁴ ARAL/AYRANCI, s.64; KILIÇOĞLU, *Borçlar Özel*, s. 29; EREN, *Özel Hükümler*, s. 955.

²⁴⁵ GÜMÜŞ, s. 8; ARAL/AYRANCI, s. 65; EREN, *Özel Hükümler*, s. 956.

tarafın asli ediminde bağışlama kastı ile alacak edinme kastı kaynaşmakta ve homojen tek bir asli edimi oluşturmaktadır²⁴⁶.

İsimsiz sözleşmelerin diğer bir türü olan kendine özgü bir yapısı olan sözleşmeler ise karma sözleşmelerden farklı olarak kelimenin tam anlamıyla yeni bir oluşum gösteren sözleşmelerdir. Zira, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, sözleşme özgürlüğü bir sonucu olarak kısmen veya tamamen kanunda düzenleme bulan sözleşme tiplerinin hiç birinde yer almayan unsurlardan meydana gelmektedir²⁴⁷. Karma sözleşmelerden ayrılan yönü de burada yatmaktadır. Kendine özgü bir yapısı olan sözleşmelerin karma sözleşmelerden ayırt edilebilmesini sağlayan yönü sözleşmeyi oluşturan tipik edimler arasında özgün bir içsel bağılılığın bulunması değil, direkt olarak sözleşmenin içerdiği unsurların isimli sözleşmelerin hiçbirinde gözlemlenemeyen özgün unsurları içermesidir²⁴⁸.

Bileşik sözleşmeler ise esasında özel bir sözleşme türü değildir. İki veya daha fazla bağımsız sözleşmenin bağımsız niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği şekilde aynı sözleşme içerisinde varlık ve geçerliliklerinin birbirine bağlanmasıyla oluşan sözleşmelerdir²⁴⁹. Bileşik sözleşmeleri atipik kılan karma sözleşmelerdeki gibi kanunda düzenlenen sözleşmelere ait unsurların kanunun öngörmediği biçimde bir araya getirilmesi değil, isimli veya isimsiz sözleşmelerin bağımsızlıklarını koruyarak kanunda öngörülmeyen bir şekilde birbirlerine bağlanmalarıdır²⁵⁰.

²⁴⁶ YÜCER AKTÜRK, s. 51; EREN, *İsimsiz*, s. 20.

²⁴⁷ ARAL/AYRANCI, s. 62; KILIÇOĞLU, *Borçlar Özel*, s. 18.

²⁴⁸ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 9.

²⁴⁹ EREN, *Özel Hükümler*, s. 964.

²⁵⁰ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 5.

b. İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanmasında Uygulanacak Hukuk

Öncelikle isimsiz sözleşmelerde isimli sözleşmelere nazaran eksik olan özel hükümlerdir. TBK'daki genel hükümler isimsiz sözleşmelere de uygulanabilecektir²⁵¹. Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin ortaya konması sözleşmenin uygulanmasında uyumsuzluk çıkması halinde uygulanacak kuralların tespit edilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Sözleşmenin kendine özgü bir yapısı olan bir sözleşme olarak nitelenmesi halinde kanunda düzenleme bulan sözleşme tiplerine ait olmayan unsur veya unsurları kısmen veya tamamen ihtiva ettiğinden hakim görüş hakim TMK md. 1/II gereğince hâkimin hukuk yaratmasıdır²⁵². Kendine özgü bir yapısı olan sözleşmelerin tam aksine bağımsız bir şekilde kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerini ihtiva eden bileşik sözleşmelerde uyumsuzluk hangi sözleşmeye ilişkinse ona ilişkin kurallar uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulur²⁵³.

Karma sözleşmelere uygulanacak hukuk noktasında ise farklı görüşler bulunmaktadır. Soğurma (imtisas) teorisine göre bir karma sözleşmede hangi tip baskınsa uyumsuzluk halinde ona ait kuralların uygulanması gerekir. Zira bu görüşe göre hâkim olan edim diğer unsurları kendisi içerisinde eritir²⁵⁴. Birleştirme (terkip) teorisine göre ise karma sözleşmelere uyumsuzluk hangi unsura ilişkinse o unsura ilişkin hükümler uygulanmalıdır²⁵⁵. Kıyas teorisine göre ise isimli sözleşmelere ait hükümler karma sözleşmelere doğrudan doğruya uygulanamaz. Ancak her iki olay arasında benzerlik bulunması koşulunun varlığı halinde bu hükümlerin kıyasen uygulanması mümkün

²⁵¹ OKTAY, s. 275.

²⁵² KUNTALP, s. 294; ARAL/ AYRANCI, s. 70; GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 11.

²⁵³ EREN, *Özel Hükümler*, s. 967.

²⁵⁴ KUNTALP, s. 228; ARAL/ AYRANCI, s. 68; GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 12.

²⁵⁵ EREN, *İsimsiz*, s. 22.

olabilir²⁵⁶. Son olarak ise yaratma teorisine göre hâkim karma sözleşmeye uygulanacak kuralı TMK 1/II gereğince örf ve âdet kuralının bulunmaması halinde kendisi yaratmalıdır²⁵⁷.

c. YKD Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Hakkında Görüşler

Öğretideki bir görüşe göre²⁵⁸ TBK’da düzenlenen eser, kira ve hizmet sözleşmelerinin unsurlarına sahip olduğundan YKD sözleşmesi karma sözleşme niteliğindedir. Benzer görüşe sahip bir diğer yazara göre²⁵⁹ YKD sözleşmelerinde sözleşmenin bir tarafında özel amaçlı şirket TBK’da düzenlenen eser ve kira sözleşmelerinin asli edimlerini taahhüt ederken, sözleşmenin diğeri tarafı idare bunun karşılığında tek bir asli edim borcu olan kullanım bedeli ödeme borcunu üstlenmektedir. Bu nedenle yazara göre sözleşmenin kombine tipli karma sözleşme olarak değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay da YKD sözleşmesiyle hukuki nitelik açısından benzerlik kurulabilecek YİD sözleşmelerinin karma sözleşme niteliğinde olduğu görüşündedir²⁶⁰. Ayrıca Yargıtay bir kararında belediyenin ve özel sektör kişinin taraf

²⁵⁶ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 13; EREN, *Özel Hükümler*, s. 959.

²⁵⁷ KUNTALP, s. 233; EREN, *İsimsiz*, s. 24; YÜCER AKTÜRK, s.107.

²⁵⁸ AYDIN, s. 52; ÇAKIR, s. 468.

²⁵⁹ KARAGÖZ, s. 34.

²⁶⁰ “... taraflar arasındaki kira sözleşmesinin, akdedildiği andan itibaren özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğunu, bu nedenle uyumsuzlığa özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiğini, sözleşmenin sona erdirilmesini gerektiren nedenlerin somut olayda mevcut olmadığını, esasen taraflar arasındaki sözleşmenin kira değil, yap-işlet-devret modelinde karma bir sözleşme olması nedeniyle 2886 sayılı Kanunun uygulama yerinin bulunmadığını...” (Yargıtay 13.HD, 09.06.1998 T., 1998/4614 E., 1998/5241 K. sayılı kararı) (legalbank.net) (E.T.: 03.06.2023).

olduğu kira ve eser unsurlarını ihtiva eden bir sözleşmeyi de karma sözleşme olarak nitelendirmiştir²⁶¹.

KEŞLİ'ye göre²⁶² de KÖİ sözleşmeleri TBK'da düzenlenen sözleşme tiplerinin ana unsurlarını ihtiva etmesi nedeniyle kural olarak karma sözleşme niteliğindedir. Bir tarafın yapım ve kiralamayı üstlendiği diğer tarafın ise bunun karşılığında bedel ödediği KÖİ sözleşmelerini ise kombine tipli karma sözleşme olarak adlandırmaktadır. Bununla birlikte yazara göre bir sözleşmenin tipik edimlerinin içeriğinde ya da yüklenilme biçiminde değişiklik yapılmasıyla sözleşmenin tipikliğini kaybetmesi ve sui generis nitelikte bir KÖİ sözleşmesinin yapılabilmesi de mümkündür²⁶³. Benzer bir görüşe göre²⁶⁴ de KÖİ çok sayıda alt model içermektedir ve gereksinimler doğrultusunda günden güne modeller gelişmektedir. KÖİ sözleşmelerinin karma veya sui generis nitelikte yapılabilmesi mümkündür.

Öğretideki diğer bir görüşe göre²⁶⁵ ise KÖİ projelerinde kurulan hukuki ilişkide plan, inşa, işletme gibi farklı aşamaların mevcut olduğu ayrıca eser, hizmet, kira gibi farklı unsurların bir araya getirildiği görülmektedir. Bu nedenle taraflar arasındaki hukuki ilişki tek bir sözleşmeye hasredilemez. KÖİ sözleşmelerinin bileşik sözleşmeler olduğunun kabulü gerekir.

²⁶¹ “...Bu sözleşmeye göre davalı turistik tesisi inşa etmiş ve davacı belediye sözleşme hükümleri uyarınca davalı lehine 15 yıl süreli üst hakkı tesis etmiş ve bu tapuya geçirilmiş ve bundan sonra davalı üst hakkını ipotek ederek davaya dahil edilen ... Bankası'ndan kredi almıştır. Taraflar arasındaki sözleşme bu hali ile yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir...” (Yargıtay 3. HD, 24.02.1987 T., 1986/12595 E., 1987/2236 K. sayılı kararı) (legalbank.net) (E.T.:03.06.2023).

²⁶² KEŞLİ, s. 109 vd.

²⁶³ KEŞLİ, s. 111.

²⁶⁴ KUBİLAY, s. 63.

²⁶⁵ ERSÖZ, s. 45 vd. Bir diğer yazar da YİD sözleşmelerini bileşik sözleşmeler olarak nitelemiştir. Bkz. SİRMEN, Lale: “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara, 1996, s. 11.

Bir diğerk görüŖe göre²⁶⁶ kira, hizmet ve üst hakkı sözleşmelerinin asli edimlerini kanunda öngöröldüğü şekilde ihtiva eden YKD sözleşmesi eser sözleşmesini ise bütün tipik unsurlarıyla olduğı gibi içermemektedir. Ayrıca, işletme unsuru, finansman unsuru ve bu çerçevede finansman sağlayanlarla yapılan doğrudan anlaşmaların içerdığı unsurlar kanunlarda düzenlenen sözleşmelerde yer alan tipik unsurlardan olmadığından YKD sözleşmesi sui generis nitelikte bir sözleşmedir. Aynı yazarın diğerk bir gerekçesi ise karma sözleşmelerdeki uyuşmazlıklar için ortaya konan çözümlerin YKD sözleşmesinin yapısına uymamasıdır. Bu duruma yazar YKD sözleşmesindeki inşa etme unsuruna sadece eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının yanlış olacağını örnek olarak vermektedir. Yazar, kendine özgü yapısı olan sözleşmelerdeki hukuk yaratma çözümünün benimsenmesinin daha adil olacağı kanısındadır²⁶⁷.

YİD sözleşmeleri için yapılmış olan bir değerlendirme olsa da görüşün dayanak noktasının YKD sözleşmeleri için de aynı olması nedeniyle dikkate alınması gereken bir diğerk görüŖe göre²⁶⁸ ise YİD sözleşmeleri iki isimli sözleşmenin tipik unsurlarının kanunun öngörmediğı şekilde bir araya getirilmesinden daha fazlasını ifade etmektedir. Finansman sağlama unsuru, özel amaçlı şirketin asli borçlarından biridir ve kanunda düzenlenen sözleşmelerden birinin tipik edimi değildir ve sözleşmeye özgünlük katmaktadır. Bu görüş sahiplerine göre finansman sağlama unsuru sözleşmedeki diğerk tipik edimlere sirayet etmekte, onların içeriğini değiştirmekte ve sözleşmedeki hukuki yapıyı sözleşmeye has kılmaktadır. Bu nedenle YİD ve finansman unsurunu aynı şekilde ihtiva eden YKD sözleşmeleri kendine özgü yapısı olan sözleşme niteliğindedir. BAYAZIT'a göre de KÖİ sözleşmelerinin hukuki niteliğı belirlenirken finansman

²⁶⁶ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 58-59.

²⁶⁷ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 59.

²⁶⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 110 vd.; İNCÜVEZ, s. 133 vd.

unsurunun sözleşmedeki diğer asli edimlerin içeriğini değiştirip değiştirmediğini bakılması gerekmektedir²⁶⁹.

d. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Bu kısımda yukarıda belirttiğimiz görüşlere eleştirilerimiz ve katkılarımız çerçevesinde YKD sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerimizi aktaracağız.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki bileşik sözleşmelerde birbirleriyle işlevsel olarak bağlanan sözleşmeler bağımsız olarak varlıklarını korumaya devam etmektedirler. Ancak YKD sözleşmesindeki eser, kira gibi unsurlar açısından bağımsızlıklarını koruyan ayrı sözleşmeler olduklarını söyleyebilmek mümkün değildir. YKD sözleşmesinde bu unsurlar bağımsızlıklarını yitirerek bir bütünün tamamlayıcı parçaları haline geldiklerine şüphe yoktur. Zira, eser sözleşmesindeki bedel ödeme borcu, YKD sözleşmesinde bulunmamaktadır. Gerçekten de YKD sözleşmesinde yüklenici şirket inşa ettiği sağlık tesisinin karşılığında inşaatı tamamladığı anda herhangi bir ücret almamaktadır. Yüklenici şirkete yaptığı işin karşılığı inşa ettiği sağlık tesisi kiralanarak kira bedelleriyle ve işletme döneminde kendisine bırakılan işlerden elde ettiği gelirle sağlanmaktadır.

Bileşik sözleşme olarak nitelendirilmesini mümkün görmediğimiz YKD sözleşmesi için geriye karma sözleşme ve kendine özgü bir yapısı olan sözleşme seçenekleri kalmaktadır. Karma sözleşmelerin geniş anlamıyla ele alınması halinde isimli sözleşmelerin yanında isimsiz sözleşmelerin de tipik unsurlarını ihtiva edebileceği, isimsiz sözleşmelere ait unsurların isimli sözleşmelere ait unsurlarla kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya getirilmesi halinde de karma sözleşmelerin meydana

²⁶⁹ BAYAZIT, s. 64.

geleceği ifade edilmektedir. Ancak karma sözleşmelerin geniş anlamıyla ele alınması halinde kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinde yer almayan özgün unsurları ihtiva eden kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ile arasındaki fark silikleşecek, ayırt edilmeleri çok zor hale gelecektir²⁷⁰. Ayrımın anlamsız hale gelmemesi için karma sözleşmelerin dar anlamıyla anlaşılması gerekmektedir.

İlk bakışta YKD sözleşmesi adından da anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinin tipik edimi eser meydana getirme unsurunu ve kira sözleşmesinin tipik edimi kiraya verme unsurunu içermektedir. Bu tipik edimlerin kanunun öngörmediği şekilde bir araya getirildikleri görülmektedir. Gerçekten de yüklenici şirket hem sağlık tesisini inşa etmeyi hem de inşa ettiği sağlık tesisini idareye kiraya vermeyi ve ayrıca işletme döneminde üzerine bırakılan yan hizmetleri yerine getirmeyi üstlenmektedir. Bunun karşılığında ise idare kullanım ve hizmet bedellerinin toplamından oluşan sözleşme bedelini ödemeyi üstlenmektedir. Görüleceği üzere, bir tarafın kanunda düzenlenen sözleşme tiplerindeki tipik edimlerden iki veya daha fazlasını üstlendiği, diğer tarafın ise bunun karşılığında bir miktar para ödemeyi borçlandığı kombine tipli karma sözleşmeler YKD sözleşmesinin tipine uymaktadır. Zaman yönünden ise inşa borcu ile kiraya verme borcunun ayrı zamanlarda gerçekleşiyor olması da YKD sözleşmesinin kombine tipli bir karma sözleşme olarak değerlendirilmesinin önünde bir engel olarak düşünülemeyecektir.

YKD sözleşmesinin bir kombine tipli karma sözleşme olduğu kanaatine varmış olsak da sözleşmedeki finansman sağlama unsuru nedeniyle YKD sözleşmesini kendine özgü bir yapısı olan sözleşme olarak değerlendiren görüşleri incelemek ve argümanlarına cevap vermek gerekir.

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, YKD sözleşmesinde finansman sağlama borcunun sözleşmedeki diğer edimlere sirayet ederek bu edimlerin içeriğini değiştirdiğini

²⁷⁰ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 6; OKTAY, s. 272.

savunmaktadır²⁷¹. Böylece, yazara göre YKD sözleşmesinde kendine has bir hukuki yapı oluşmaktadır. Ancak yazarın²⁷² kendisinin de belirttiği üzere yüklenici şirket üzerine bırakılan finansman sağlama borcunu yerine getirmemesi halinde bu borcun ifası idare tarafından doğrudan talep edilememektedir. İdarenin talebi sağlık tesisinin inşa edilmesine ilişkin olabilecektir. Her ne kadar YKD sözleşmesinin ortaya çıkış amacı açısından finansmanın özel sektör tarafından sağlanması çok önem arz ediyor olsa da ifası talep dahi edilemeyen bir borcun sözleşmenin niteliğini belirlediğini söylemek doğru olmayacaktır. Burada, eser sözleşmesinden farklılaşan bir yön bizce bulunmamaktadır. Zaten yazar da finansman sağlanması borcuna ilişkin münferit bir aykırılığın olamayacağını, uyuşmazlık çıkması halinde bunun inşa borcuyla ilişkin olarak çıkabileceğini belirtmiştir.

Çifte tipli bir karma sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belirli yönlerden özellikle amaç yönünden YKD sözleşmesi ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arazi sahibi arazisi üzerinde bir inşaatı gerçekleştirecek finansmana sahip olmadığından arazinin mülkiyetini yükleniciye devretmekte (taşınmaz satışının tipik unsuru), inşaat yapacak finansmana sahip ancak arazisi bulunmayan yüklenici ise arazinin mülkiyetinin devri karşılığında arazi üzerinde bir yapı inşa etmeyi ve inşa edilen yapıdaki bağımsız bölümlerden belirli bir bölümünü iş sahibine teslim etmeyi (eser sözleşmesinin tipik unsuru) taahhüt etmektedir²⁷³. Görüleceği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sonucunda herhangi bir harcama yapmaksızın arazi sahibi taşınmaz sahibi olmaktadır. YKD sözleşmesi tarafına

²⁷¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 110 vd.

²⁷² “...yatırım sahibinin ifa menfaati gereği, finansman borcunun ifasını talep etmesinin mümkün olmayacağı, sadece inşa, bakım, onarım ve devir borçlarının ifasının talep edilebileceği, bu borçların ifası kapsamında finansman borcunun da zaten ifa edilmiş olacağı dikkate alınarak, yatırımcının finansman borcuna münferit aykırılığından söz edilemeyecektir.” Bkz. **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 208.

²⁷³ **ÖZ**, s. 6.

geldiğimizde ise sağlık tesisleri gibi büyük çaplı inşaat projelerinde kullanılan YKD sözleşmesinde de amaç benzerdir. Sözleşmeyle amaçlanan kamu idaresi tarafından ilk başta herhangi bir masraf yapılmaksızın sağlık tesisine kavuşmaktır. Buradan anlaşılabacağı üzere finansmanın başkası tarafından sağlanması amacıyla sözleşmeler imzalanmaktadır ancak bu durum sözleşmenin niteliğini etkilememektedir. Zaten eser sözleşmesinde de olağan olan ifanın gerçekleşmiş olacağı teslim anına kadar iş sahibi tarafından herhangi bir ödemenin yapılmaması olduğundan eseri meydana getirirken yapılan harcamaların finanse edilmesi kural olarak yüklenici tarafından gerçekleştirilmektedir.

BARKAN TEREYAĞOĞLU, finansman sağlayan kuruluşların da hukuki ilişki içerisinde yer aldığını ve finansman sağlayanlara tanınan müdahale hakkının sözleşmeyi kendine özgü bir yapısı olan sözleşme haline getirdiğini belirtmektedir²⁷⁴. Finansman sağlayan kuruluşlarla kredi borcu kapsamında özel amaçlı şirket, borç üstlenilmesi kapsamında ise idarenin muhatap olduğu doğrudur. Ancak, bu durum yüklenici şirket ile idare arasındaki inşa ve kira ilişkisini doğrudan doğruya ilgilendirmemektedir. Finansman sağlayanlara tanınan müdahale hakkı YKD sözleşmesinin önemine binaen sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik bir prosedürden ibarettir. Bu prosedür işletilmesine rağmen sözleşmenin kurtarılamayacağı anlaşılması halinde idare sözleşmeyi kendi başına feshetme hakkına sahiptir. Müdahale hakkının bir asli edim borcu olduğunu söylemek hatta bir borç olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir sözleşmeye ise hukuki niteliğini içerdiği asli edim borçları vermektedir. Bu da YKD sözleşmesinde inşa ve kira asli edim borçlarıdır.

Yazar ayrıca finansman sağlayanlarla kurulan hukuki ilişki sebebiyle TBK özel hükümlerdeki hükümlerin uygulanmasının adil olmayacağını belirtmektedir. Hakimin hukuk yaratması yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesi yoluna gidildiği kendine özgü

²⁷⁴ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 59.

bir yapısı olan sözleşme olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağı görüşündedir²⁷⁵. Ancak TBK özel hükümlerdeki ilgili hükümler zaten YKD sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. YKD sözleşmesinin niteliğine uygun olmaması halinde hakim zaten en son ihtimalde hakim hukuk yaratması müessesine başvurarak dahi uyuşmazlığı çözebilecektir. Karma sözleşme olarak nitelendirilmesi buna engel değildir. Sözleşmenin hukuki niteliği sözleşmenin içerdiği asli edim borçları değerlendirilerek belirlenmelidir.

Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi uygulanacak hükümlerin tespiti açısından önem arz etmektedir. Yaptığımız açıklamaların neticesinde YKD sözleşmesinin bir kombine tipli karma sözleşme niteliğinde olduğu görüşüne katılmaktayız. Bu çerçevede sözleşme kapsamında çıkan uyuşmazlıklara, uyuşmazlık hangi edim unsuruna ilişkinse ona ait hükümler YKD sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Uyuşmazlığa ilişkin sağlık sektöründeki YKD mevzuatında düzenleme bulunması halinde ise bunun TBK özel hükümlerine göre öncelikle uygulanacağı aşikârdır.

F. Sözleşmenin Unsurları

1. Finansman Sağlama Unsuru

Öncelikle finansman kavramını tanımlamak gerekirse, finansman geniş anlamıyla bir işletmenin gerçekleştireceği iş veya proje kapsamında ihtiyaç duyduğu sermayenin para veya benzeri vasıtalarla sağlanmasıdır²⁷⁶. Para benzeri vasıtaların içerisine nakit kredi kullanılmasından farklı özellikler gösteren finansal kiralama (leasing), factoring,

²⁷⁵ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 56.

²⁷⁶ YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2011 s. 434.

forward, futures gibi modeller girmektedir. YKD projelerinde ise nakit kredi kullanılmaktadır.

Sözleşmenin yapılmasındaki temel amaç yönünden değerlendirildiğinde YKD sözleşmesindeki en önemli unsurun finansman sağlama unsuru olduğu söylenebilir. Zira, KÖİ modellerinin çıkış noktası sıklıkla bahsettiğimiz üzere kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesi konusunda kamu bütçelerinin yetersiz kalışı nedeniyle ortaya çıkan finansman ihtiyacının karşılanması amacıdır. YKD modeli gerçekleştirilecek olan projelerde finansmanın özel sektör tarafından sağlanmasına imkân tanımaktadır. Bu yönüyle de anahtar teslimi inşaat sözleşmelerine alternatif olmaktadır²⁷⁷. YKD modelinin sunduğu alternatif finansman yöntemi tercih edilmesi halinde sadece yapım ve ücret unsurlarından oluşan anahtar teslimi inşaat sözleşmesinin aksine yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim ettiğinde inşaat için yaptığı masrafları ve ücretini talep etmeyecek, finansmanın geri dönüşü uzun bir vadeye yayılacaktır.

YKD sözleşmesinde finansmanın bulunmasının sorumluluğu kural olarak yatırımcı özel amaçlı şirkete yüklenmiştir²⁷⁸. Bulunan finansmanın geri dönüşü ise inşa edilen sağlık tesislerinin idare tarafından sağlık kamu hizmetini ifa etmek üzere belirli bir bedel karşılığında kiralanması ve ayrıca yüklenici şirketin sağlık hizmeti dışında kalan yan hizmetleri belirli bir bedel karşılığında görmesi ile ticari hizmet alanlarını işletmesi yoluyla sağlanmaktadır.

6428 sayılı Kanun md. 6'ya göre YKD modeli kapsamında yapılacak olan sağlık tesisi projelerinde asgari öz sermaye oranı yatırım dönemi boyunca sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının %20'si olarak belirlenmiştir. Azami bir sınır ise

²⁷⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 62.

²⁷⁸ 6428 s. K. md. 4/II, 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 66/I. Uygulamada KÖİ projelerinde finansman riski tamamen özel amaçlı şirketin üzerine bırakılmamaktadır. Hazine garantileri ve borç üstlenimi yoluyla kamu idaresi de finansman riskinin bir kısmı üstlenmektedir. GÖKYURT, s. 93.

öngörülmemiştir. Şirketin proje kapsamında gerekli olan tüm finansmanı öz kaynaklarından karşılamasının önünde teorik olarak yasal bir engel bulunmamaktadır²⁷⁹. Ancak pratik açıdan bakıldığında YKD modeli çerçevesinde yapılacak olan sağlık tesisleri büyük çaplı yatırımlar gerektirdiğinden sadece şirketin öz kaynakları yeterli gelmeyecektir²⁸⁰. Bu nedenle, özel amaçlı şirket projeden düzenli gelir elde etmeye başlayıncaya kadar projede nakit akışını sağlayabilme ve finansman riskini kredi verenlerle paylaşabilme amacıyla bankalar ve uluslararası finans kuruluşlarından kredi temin etme yoluna başvurmaktadır²⁸¹.

Sözleşmenin süresi sonunda sağlık tesisini borçlardan ve taahhütlerden arı bir şekilde kamu idaresine devretmekle yükümlü olan özel amaçlı şirketin kullandığı kredilerde vadelerin sözleşmenin süresini aşmaması önem arz etmektedir²⁸².

Öğretide YKD sözleşmesini bir sui generis sözleşme olarak nitelendiren görüş sahiplerine göre YKD sözleşmesinde taraflar arasındaki ilişkinin temelini oluşturan finansman unsuru sözleşmenin taraflarının menfaat çatışmalarının çözülmesinde asli unsur olarak dikkate alınması gerekmektedir²⁸³. Bu görüş sahiplerine göre, finansman sağlama unsuruyla farklı sözleşme tiplerinde sözleşmenin amacı olarak karşılaşılsa da kanunlarda düzenlenen sözleşme tiplerindeki tipik edimlerle herhangi bir benzerlik göstermemekte ve tek başına kanunlarda düzenlenmiş bir sözleşme tipi olarak değerlendirilememektedir. Buna göre, bu tipik olmayan unsur sözleşmedeki yapım, kira gibi diğer unsurların içeriğine de sirayet etmekte ve YKD sözleşmesindeki hukuki yapıyı

²⁷⁹ **KARAGÖZ**, s. 31.

²⁸⁰ Ancak ihale aşamasında idareler genellikle yüksek öz sermaye taahhüdünden bulunan ihale isteklilerini tercih etmektedir. Bunun nedenleriyle ilgili açıklamalar için bkz. **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 66, dn. 115.

²⁸¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 65.

²⁸² **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 65-66.

²⁸³ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 55.

başkalaştırarak kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır²⁸⁴.

2. Yapım Unsuru

Altyapı tesislerinin tamamen özel sektör finansmanı ile inşa edilerek veya restore edilerek²⁸⁵ kamuya kazandırılmasını amaçlayan KÖİ modellerinin tamamında yapım unsuru mevcut olduğu söylenebilir²⁸⁶. Adından da anlaşılacağı üzere YKD sözleşmesinin ilk aşamasını tesisin yapımı oluşturmaktadır. YKD sözleşmeleri klasik kamu alımlarındaki farklı olarak yalnızca yapım unsurunu içermemektedir. Tesisin yapımı aşaması kamu hizmetinin sunumu için bir ön aşama niteliğindedir²⁸⁷.

Sağlık sektöründe YKD modeline geleneksel yollara nazaran çok daha hızlı bir şekilde nitelikli ve modern sağlık tesislerinin yapımının gerçekleştirilebilmesi için başvurulmaktadır²⁸⁸. 6428 sayılı Kanun kapsamında yüklenicinin meydana getirebileceği eserler, Sağlık Bakanlığı'nca gereksinim duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri ya da ileri seviyede teknoloji veya ciddi mali kaynak ihtiyacı duyulan bazı hizmetlerin yerine getirilebilmesi için yapılacak tesislerdir²⁸⁹. YKD modeliyle sağlık

²⁸⁴ **İNCÜVEZ**, s. 113.

²⁸⁵ Mevcut bir yapının yenilenmesi de eser unsuru kapsamında değerlendirilmektedir. **EREN, Özel Hükümler**, s. 603.

²⁸⁶ **KEŞLİ**, s. 119.

²⁸⁷ **GÖKYURT**, s. 99.

²⁸⁸ **KARASU**, *Sağlık Hizmetleri*, s. 212.

²⁸⁹ 652 sayılı KHK kapsamında eğitim öğretim tesisleri, 351 sayılı Kanun kapsamında yurt bina ve tesisleri YKD modeliyle yapılabilecek eserlerdir.

sektöründe yapılabilecek tesislere hastaneler, laboratuvarlar ve halk sağlığı merkezleri örnek olarak verilebilir²⁹⁰.

EÖT Yönetmeliği'nde yapım aşaması için üç yıllık bir azami süre öngörülmüştür²⁹¹. Sağlık sektörü için ise ne kanunda ne de yönetmelikte azami bir süre öngören bir hükme yer verilmemiştir. 6428 sayılı Kanun'da yalnızca tesisin inşa edildiği sabit yatırım döneminin süresinin sözleşmede belirtileceği ve işletme dönemi için öngörülen azami süre olan otuz yılın hesabında hariç tutulacağı belirtilmiştir.

Yapım aşamasının hızlı bir şekilde tamamlanması yalnızca kamu yararını amaçlayan ihtiyaç sahibi kamu idaresinin değil, aynı zamanda yaptığı yatırımın karşılığını almak isteyen yatırımcı şirketin de menfaatinedir²⁹². Zira, 6428 sayılı Kanun'a göre işletme dönemine geçilene kadar yatırımcı şirkete herhangi bir ödeme yapılmayacaktır. Ayrıca, inşaatın bir an önce bitirilmesini sağlayabilmek adına sözleşmeye yapım aşamasının erken bitirilmesi halinde yükleniciye prim verilmesine ilişkin hükümler koyulması tercih edilebilmektedir²⁹³.

YKD sözleşmesindeki yapım unsuru eser sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir. YKD sözleşmesinde kamu idaresi yapım unsuru bakımından iş sahibi, özel amaçlı şirket ise yüklenici konumundadır. Eser sözleşmesi TBK md. 470'de "*...yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" olarak tanımlanmıştır. Kanuni tanımdan da hareketle, eser sözleşmesini iş sahibinin ücret ödeme vaadine karşılık olarak, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi

²⁹⁰ KARAGÖZ, s. 27.

²⁹¹ EÖT Yönetmeliği md. 33/III.

²⁹² GÖKYURT, s. 85.

²⁹³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 79 dn. 135.

ve onu teslim etmeyi yüklediği sözleşme olarak tanımlayabiliriz²⁹⁴. Eser sözleşmesinin unsurları bir eserin meydana getirilmesi, bedel ve tarafların karşılıklı anlaşmasıdır²⁹⁵.

YKD sözleşmesinin eser sözleşmesinden farklılaştığı nokta ise eserin meydana getirilmesinin karşılığında bir ücret alacağının doğmamasıdır. YKD sözleşmesinde ücret alacağının yerini inşa edilen tesisin idareye kiralanması ve yan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari alanların işletilmesi yoluyla gelir elde etme imkanının sağlanması almaktadır²⁹⁶. Zira YKD modeli de diğer tüm KÖİ modelleri gibi finansmanını kendi içerisinde ihtiva eden bir modeldir. Bu söylenilen şu anlama gelmektedir: YKD sözleşmesi kapsamında meydana getirilen eser alelade bir eser değildir, işletilmesi yoluyla gelir getiren bir işletme tesisidir²⁹⁷. Her ne kadar sağlık hizmeti kar amacıyla ifa edilmiyorsa da her yıl kamu bütçesinde sağlık hizmetleri için ödenek ayrılmakta ilgili sağlık tesisinde görülen sağlık hizmetinin miktarına göre Sağlık Bakanlığı'na sağlık tesisine ödenek aktarılmaktadır. Bu durumda da gelir getiren bir işletme olarak değerlendirilmesini gerektirir²⁹⁸. Bu unsur açısından illa da son kullanıcıdan doğrudan hizmetin karşılığının alınmasını aramak gerekmemelidir.

3. Kira Unsuru

Ülkemizde uygulanan diğer KÖİ modellerinde finansmanın geri dönüşü için işletme hakkının özel sektöre verilmesi söz konusu iken sadece YKD modelinde kiralama

²⁹⁴ **BÜYÜKAY, Yusuf:** Eser Sözleşmesi, B. 3, Ankara, 2019, s. 33; **YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), B. 12, İstanbul, 2012, s. 507.

²⁹⁵ **GÜMÜŞ, Özel Hükümler,** s. 332.

²⁹⁶ **BARKAN TEREYAĞOĞLU,** s. 42.

²⁹⁷ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT,** s. 73.

²⁹⁸ **BARKAN TEREYAĞOĞLU,** s. 50.

unsuruna yer verilmiştir. Sağlık ve eğitim gibi kamu hizmetinin tamamen özel sektöre bırakılmasından çekinilen sektörlerde YKD modeli çerçevesinde yapılan tesisin sözleşme süresi boyunca çekirdek kamu hizmetinin görülmesi için yüklenici şirket tarafından idareye kiralanması söz konusudur. Yatırımcı özel şirketin yaptığı yatırımın geri dönüşünün aracı kiralama unsurudur²⁹⁹.

Kamu arazisi üzerinde lehine kurulan üst hakkı çerçevesinde yapmış olduğu sağlık tesisinin maliki olan özel amaçlı şirket kiraya veren konumundadır. Çekirdek hizmeti gören idare ise kiracıdır.

Öğretide taraflar arasındaki kira ilişkisinin adi kira niteliğinde mi yoksa ürün kirası niteliğinde mi olduğu hususu tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekirse kira sözleşmeleri TBK’da sözleşmenin konusuna göre adi kira (TBK md. 299-338), konut ve çatılı iş yeri kirası (TBK md. 339-356) ve ürün kirası (TBK md. 357-378) olarak üçe ayrılmaktadır. TBK md. 299’a göre kira sözleşmesi “...kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanımıyla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanarak kira sözleşmesinin bu türlerinin tamamını kapsayacak şekilde bir tanıma yer vermeye çalışılmıştır³⁰⁰. İlgili madde de göz önüne alınarak adi kira sözleşmesi kiraya verenin bir eşyanın kullanımını belirli bir kira bedeli karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmelerdir³⁰¹. Kira sözleşmesinin unsurları kullanılması amacıyla bir şeyin devri, kira bedeli ve taraflar arasında anlaşma olarak sayılabilir³⁰².

²⁹⁹ **KEŞLİ**, s.162.

³⁰⁰ Ancak öğretide başarısız bir tanım olduğu belirtilmektedir. Zira ürün getiren haklar da ürün kirasının konusu olabilir ancak yasal tanımda bu husus atlanmıştır. **GÜMÜŞ, Özel Hükümler**, s. 191.

³⁰¹ **ALTAŞ, Hüseyin**: Hasılat ve Şirket Kirası, Ankara, 2009, s. 45; **ÖZTÜRK Gülay**: Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara, 2010, s. 33.

³⁰² **ARAL/ AYRANCI**, s. 263.

Kişinin sürekli ikamet ihtiyacının karşılanması için bir taşınmazın kiralanması halinde ise konut kirası söz konusu olmaktadır. Yine, kiralananın konusunu bir meslek veya sanatın icra edilebilmesi için ya da ticari, sınai veya tarımsal bir işletmenin işletilmesine yönelik üstü kapalı bir yapı oluşturduğu hallerde çatılı iş yeri kirası söz konusudur³⁰³.

TBK md. 357’de ise ürün kirası sözleşmesi tanımlanmıştır. İlgili maddede ürün kirası sözleşmesi “kiraya verenin, kiracıya ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide ürün kirası için “işletme kirası” terimi de kullanılmaktadır. İşletme kirası, hasılat getiren bir mal veya hakkın işletilmek üzere belirli bir bedel karşılığında kiralanmasıdır³⁰⁴. Ürün kirası sözleşmesinin unsurları ise ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanma ve yararlanma hakkının devri, kira bedeli ve taraflar arasında anlaşmadır. Görüleceği üzere, adi kira sözleşmesinde kiralanan şey yalnızca kullanılmaktayken ürün kirasında kullanımın yanında gelir elde edilecek şekilde kiralananan yararlanılmaktadır³⁰⁵.

Bir görüşe göre³⁰⁶ YKD sözleşmesindeki kira unsuru adi kira ilişkisinden ibarettir. Ancak YKD sözleşmesindeki kira unsurunun gelir getiren bir işletmenin kiralanması yerine alelade bir tesisin kiralanması olarak değerlendirilmesi durumunda dahi taraflar arasındaki kira ilişkisi bir adi kira ilişkisi olarak değil, konut ve çatılı iş yeri kirası ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira, ürün kirasının şartlarını sağlamadığı düşünülse

³⁰³ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 189; YAVUZ, *Nihat: Kira Hukuku*, B.9 , Ankara, 2021, s. 546.

³⁰⁴ ALTAŞ, s. 73; DARCAN, *Şeyhmus: Ürün Kirası Sözleşmesi*, Ankara, 2020, s. 22.

³⁰⁵ ALTAŞ, s. 68; DARCAN, s. 21; ÖZTÜRK, s. 37 vd.; EREN, *Özel Hükümler*, s. 442; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 219.

³⁰⁶ KARAGÖZ, s. 16.

dahi bir sağlık tesisinin en azından çatılı iş yeri³⁰⁷ kavramının şartlarını sağlayacağı aşıktır.

Katıldığımız diğer görüşe gre³⁰⁸ ise her ne kadar kamu hizmetini ifa eden kamu idaresinin kazanç elde etme gibi bir amacı bulunmasa da ilgili sağlık tesisinde sunulan hizmetlerin raporlanması sonucunda her yıl Sağlık Bakanlığı’na ayrılan ödenekten bir miktar paranın görülen sağlık hizmetinin niceliğine göre sağlık tesisine aktarılması sebebiyle gelir getiren bir işletme söz konusu olduğundan tarafların arasındaki hukuki ilişkinin ürün kirası olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, tesisin içindeki tüm gerekli ekipman ve donanımın yüklenici şirket tarafından temin edilmesi ve bunların tamamının da kira ilişkisinin kapsamında olması da sağlık tesisinin işletmeye hazır bir şekilde kiralandığını göstermektedir. Bu gerekçelerle, kira unsuruna ilişkin bir uyumazlığın çıkması halinde ürün kirasına ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü lde uygulama alanı bulacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca burada belirtmek gerekir ki TBK md. 358’e göre ürün kirasına ilişkin bir konuda düzenleme bulunmaması halinde adi kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler ürün kirası için de uygulama alanı bulur.

4. İşletme Unsuru

Gelir getiren bir şeyin kullanım ve yararlanma hakkının devri esasına dayanan ürün kirası sözleşmesinin tipik unsurlarını ihtiva eden işletme hakkının devri, KÖİ modellerinde özel amaçlı şirketin yaptığı yatırımın geri dönüşü için sıkça kullanılan bir

³⁰⁷ Bir meslek veya sanatın yerine getirilmesi için ya da ticari, sınai veya tarımsal bir işletmenin işletilmesine özgülenmiş üstü kapalı yapılar çatılı iş yeri olarak adlandırılmaktadır. **EREN, zel Hükümler**, s. 402.

³⁰⁸ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 50.

unsurdur. Asıl hizmetin idare tarafından görüldüğü YKD modelinde ise işletme hakkının verilmesi yan hizmetlerin ifasının ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin özel amaçlı şirkete bırakılmasıyla kısmen söz konusu olmaktadır³⁰⁹.

Ticari hizmet alanlarının işletilmesinin özel amaçlı şirkete verilir verilmeyeceği taraflarca belirlenmektedir. Ticari hizmet alanlarının işletilmesinin özel amaçlı şirkete bırakılması halinde kısmen YİD sözleşmesiyle bir benzerlik olacaktır³¹⁰. Zira, inşa ettiği sağlık tesisini idareye kiralayan ve yan hizmetleri ifa eden özel amaçlı şirket bu edimlerinden elde ettiği geliri bizzat idareden almaktadır. Ticari hizmet alanlarını işletmesinde ise tıpkı YKD modelinde olduğu gibi elde edeceği geliri doğrudan hizmetten faydalanan müşterilerinden almaktadır. YKD sözleşmesinde bedelin ve sözleşme süresinin tespitinde ticari hizmet alanlarının işletilmesinin özel amaçlı şirkete bırakılıp bırakılmadığı dikkate alınacak unsurlardandır³¹¹.

Sağlık hizmeti dışında kalan yan hizmetlerin ifa edilmesinin hangi unsur kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre³¹², yan hizmetlerin idarece ödenen belirli bir bedel karşılığında ifa edilmesi, iş görme borcunun bulunması, bağımlılık unsurunun taraflar arasında sağlandığı gerekçeleriyle genel hizmet sözleşmesine benzediği hizmet unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Ancak, tüzel kişi niteliğini haiz özel amaçlı şirketin işçi olarak kabulünün hukuken mümkün olmaması nedeniyle aralarında işveren-

³⁰⁹ KÖİ modellerini imtiyaz olarak tanımlayan KARAHANOĞULLARI'nın YKD modeli için eksik imtiyaz demesinin sebebi de burada yatmaktadır. YİD modelinde altyapı işletmesinin tamamının işletilmesi -asıl hizmet de dâhil- özel amaçlı şirkete bırakılırken, YKD modelinde çekirdek sağlık hizmeti idare tarafından görülmekte yalnızca yan hizmetlerin ifası ve ticari hizmet alanlarının işletilmesi özel amaçlı şirkete bırakılmaktadır. **KARAHANOĞULLARI O.**, *Eksik İmtiyaz*, s. 183.

³¹⁰ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 54.

³¹¹ 6428 s. K. md. 5/I.

³¹² **BARKAN TEREYAOĞLU**, s. 52 vd.

işçi ve hizmet sözleşmesi anlamında bağımlılık ilişkisi bulunamayacağından bu görüşe katılamamaktayız. Katıldığımız görüşe göre³¹³ işletme konusu yapılan hizmetlerden müşteriler faydalanıp ücretini ödeyebileceği gibi kamu idaresi de faydalanarak ücretini ödeyebilir. Yan hizmetlerin ifasıyla elde edilen gelirin idareden alınıyor olması işletme hakkının devri unsuru kapsamında değerlendirilmesine engel olmamalıdır.

5. Üst Hakkı Unsuru

TMK md. 826 vd. hükümlerde düzenlenen ve bir sınırlı ayni hak olan üst hakkı, hakkın sahibi olan kişiye bir başkasının taşınmazı üzerinde veya altında halihazırda mevcut olan ya da inşa edeceği bir yapının arazi mülkiyetinden bağımsız bir şekilde maliki olma yetkisini bahşeden bir irtifak hakkıdır³¹⁴. Tanımdan anlaşılacağı üzere, arazinin mülkiyetinin devrine gerek olmaksızın onunla benzer sonuçları doğuran üst hakkı yaygın bir şekilde kullanılan irtifak haklarından³¹⁵. Özellikle devletin yapmakla yükümlü olduğu altyapı ve üst yapı tesislerinin özel sektöre yaptırılabilmesi açısından üst hakkı kurtarıcı rol oynamakta ve büyük kolaylıklar sağlamaktadır³¹⁶. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından KÖİ mevzuatlarında arazinin mülkiyetinin devrini gerektirmeyen üst hakkının tesis edilmesi tercih edilmiştir.

YİD modeli için daha önceleri uygulama alanı bulan altyapı tesisinin inşa edileceği kamu arazisi üzerinde yüklenici şirket lehine üst hakkı tesis edilmesi kuralı,

³¹³ GÖKYURT, s. 102.

³¹⁴ SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, B. 8, Ankara, 2020, s. 606; OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR OKTAY, Saibe: Eşya Hukuku, B. 21, İstanbul, 2018, s. 866. KILIÇOĞLU, Ahmet: Eşya Hukuku, Ankara, 2021, s. 526; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, B. 8, 2017, s. 108; ÖZKAYA, Erarslan: Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar Cilt II, Ankara, 2022, s. 2881-2882.

³¹⁵ KILIÇOĞLU, Eşya, s. 526-527; ÖZKAYA, s. 2884-2885.

³¹⁶ KUBİLAY, s. 7.

projenin gerçekleştirileceği arazinin temin edilmesi açısından en sağlıklı yol olarak gösterilmektedir³¹⁷. Zira bu sayede yüklenici şirket kamu idaresine ve onun alacaklılarına karşı aynı hak düzeyinde bir korumaya ulaşmaktadır. Ayrıca, yüklenici şirket tesis edilen üst hakkı sayesinde üst hakkını teminat olarak kabul eden finans kuruluşları karşısında kredi temin edebilme noktasında itibarlı bir duruma gelmektedir³¹⁸. YKD modeli kapsamında 6428 sayılı Kanun'da da bu gerekçelerle aynı yönde düzenlemeye gidildiği görülmektedir. İlgili kanuna göre tesisin inşa edileceği Hazine arazisi üzerinde idare yüklenici şirket lehine herhangi bir bedel almaksızın sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmeyecek şekilde belirlenen sözleşme süresi zarfında devam edecek bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edecektir³¹⁹. Böylece, kamu arazisi üzerinde mülkiyet devrine gerek olmaksızın yüklenici şirketin araziyi kullanabilmesi ve mülkiyeti kendisine ait olmak üzere sağlık tesisini inşa edebilmesine olanak sağlanmaktadır. Üst hakkının sona ermesiyle de arazi üzerindeki tüm yapılar kendiliğinden kamu idaresinin mülkiyetine geçecektir. Görüleceği üzere, bir tesisin inşa edilmesi ve bunun karşılığında belirli bir süre boyunca idareye kiralanarak gelir elde edilmesi, sözleşmenin sonunda ise tesisin idareye devredilmesi esasına dayanan YKD modeli için üst hakkı adeta biçilmiş kaftandır.

YKD sözleşmesinin tarafı her ne kadar Sağlık Bakanlığı olsa da sözleşmenin konusunu Hazinesinin mülkiyetinde olan arazi oluşturduğundan YKD sözleşmesinin eki niteliğindeki üst hakkı sözleşmesinde taraf olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı ismi bulunmaktadır³²⁰. Üst hakkı sözleşmesi resmi şekle tabidir. Aynı hak sağlaması nedeniyle

³¹⁷ **EREKMEKÇİ, Müge:** Türk Özel Hukuku'nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, Ankara, 2013, s. 110; **ÖZKAYA,** s. 2885.

³¹⁸ **BARKAN TEREYAĞOĞLU,** s. 74; **KUBİLAY,** s. 86.

³¹⁹ 6428 s. K. md. 1/I-m, 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 53.

³²⁰ **KUBİLAY,** s. 91. **HANSU, Esra:** Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı, Ankara, 2022, s. 147.

üst hakkı sözleşmesinin tapu müdürlüğünde düzenlenmesi gerekir. Kanun maddesinde üst hakkının bedelsiz olarak kurulacağı belirtilmiştir. Üst hakkı sözleşmesi için bedel zorunlu unsurlardan biri olmadığından bedelsiz olarak üst hakkı tesis edilmesi mümkündür³²¹.

6428 sayılı Kanun'da yüklenici lehine tesis edilecek olan üst hakkın sürekli ve bağımsız nitelikte olacağı belirtilmiş olsa da ilgili düzenlemenin tartışmaya açık olduğunu ve hem bağımsızlık niteliği hem de süreklilik niteliği yönünden değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini belirtmek gerekir.

Bağımsızlık unsuru yönünden tartışma yaratan düzenleme 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 53/II'de düzenlenmiştir. İlgili maddede “*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.*” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Üst hakkına bağımsız niteliğini veren devredilebilir olmasıdır³²². Üst hakkının devredilebilmesinin izne tabi tutulması bağımsızlık niteliğine halel getirip getirmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre³²³ sözleşmede hak sahibinin tasarruf yetkisine yönelik yapılan herhangi bir sınırlama bağımsızlık niteliğine aykırı olduğundan sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması halinde üst hakkının bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği yönündedir. Katıldığımız diğer görüşe göre ise salt üst hakkının devrinin arazi sahibinin onayına bağlı tutulması üst hakkının bağımsızlık niteliğine halel getirmeyecektir³²⁴.

³²¹ SİRMEN, *Eşya*, s. 611; KUBİLAY, s. 100.

³²² SİRMEN, *Eşya*, s. 607; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ ÖZDEMİR OKTAY, s. 868.

³²³ KUBİLAY, s. 95.

³²⁴ AKİPEK, *Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku*, B.2, Ankara, 2018, s. 706.

YKD projeleri için verilen üst hakkının süreklilik niteliği de tartışmaya açıktır. TMK md. 836'daki genel kurala göre üst hakkının sürekli nitelikte sayılabilmesi için asgari otuz yıl süreyle tesis edilmiş olması gerekmektedir. YKD mevzuatında yüklenici şirket lehine tesis edilecek üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı öngörülmüş olmakla birlikte üst hakkının yapım dönemi hariç olmak üzere sözleşmenin süresine bağlı olarak azami otuz yıl süreyle tesis edilebileceği düzenlenmiştir. YKD sözleşmesi çerçevesinde verilen üst hakkının otuz yıldan az olması halinde genel kuralın çelişen bir durum söz konusu olmaktadır. Ancak bu hükmün genel kurala istisna olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır. Zira, üst hakkının sürekli ve bağımsız olması tapu siciline ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilebilmesine ve taşınmaz gibi işlem görmesine imkan tanıyacaktı³²⁵. Bu sayede finansman sağlayanlara teminat olarak sunulabilecek özel amaçlı şirketin finansman bulmasını kolaylaştıracaktır. Kanunun temel sistematığının ve ilgili düzenlemenin temel amacının da finansman bulmayı kolaylaştırmak ve özel sektör için yatırım yapmayı cazip hale getirmek olduğu düşünüldüğünde hem özel hem sonraki kanun niteliğindeki bu hükmü istisnai bir hüküm olarak değerlendirmek gerekir³²⁶. Ancak YKD sözleşmesi çerçevesinde TMK md. 836'daki süreklilik şartlarını sağlamayan sürelerle üst hakkı tesis edilmesi halinde bunun tapu kütüğüne ayrı bir taşınmaz olarak kaydedilmesinin mümkün olmadığı yönünde görüşler mevcuttur³²⁷.

³²⁵ SİRMEN, *Eşya*, s. 611.

³²⁶ Aynı görüşte olan yazar için bkz. AYDIN, s. 60.

³²⁷ KUBİLAY, s. 89.

6. Devir Unsuru

Sağlık sektöründe YKD modelinin kullanılmasının temel amacı kamu hizmetinin yerine getirilebilmesi için gerekli olan sağlık tesislerinin özel sektöre yaptırılması ve özel sektörün yaptığı bu yatırımın karşılığını işletme döneminde almasının ardından sağlık tesislerinin kullanılabilir vaziyette bedelsiz bir şekilde idareye kazandırılmasıdır³²⁸. Devir unsuru, YKD sözleşmesinin son aşamasını oluşturmaktadır. Uzun bir sürece yayılan YKD modelinin ülkemizde yakın zamanda uygulanmaya başlamış olması ve ayrıca süresinden önce feshedilmiş bir sözleşmenin de bulunmaması nedeniyle henüz idareye devredilmiş bir sağlık tesisi bulunmamaktadır. Bu nedenle devrin ne şekilde gerçekleştirileceğine ve sonuçlarına dair uygulamada somut bir örnek mevcut değildir.

İlgili kanunda YKD sözleşmesinin süresinin sona ermesiyle birlikte sağlık tesisinin borçlardan ve taahhütlerden arı, çalışır ve kullanılabilir durumda kendiliğinden bedelsiz bir şekilde idareye geçeceği öngörülmüştür. Kendiliğinden idareye geçeceği kanunda ifade edilmekle birlikte bunun ne şekilde gerçekleşeceğinin belirsiz olması nedeniyle öğretideki bir görüşe göre bu hükmü özel amaçlı şirkete yüklenmiş bir devir yükümlülüğü olarak anlamak gerekir³²⁹.

Özel amaçlı şirketin devir yükümlülüğü sözleşmenin sona ermesinin genel bir sonucudur. Sözleşme ister süresinin dolması ile ister taraflardan birinin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle sona ersin özel amaçlı şirketin arazi üzerindeki sağlık tesisi ve bir diğer tüm yapıları kamu idaresine devretmesi gerekir³³⁰.

³²⁸ KEŞLİ, s. 277; GÖKYURT, s. 96; EVREN, s. 340.

³²⁹ EVREN, s. 342; BARKAN TEREYAĞOĞLU'na göre de taşınmazın üzerindeki tüm yapının borç ve taahhütlerden arı bir biçimde kullanılabilir vaziyette idareye devrinden özel amaçlı şirket sorumludur. BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 69.

³³⁰ AYDIN, s. 75.

II. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN KURULAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

A. Özel Amaçlı Şirketin Borçları

1. Finansman Sağlama Borcu

Özel amaçlı şirket, YKD sözleşmesi kapsamında yapılacak olan sağlık tesisinin finansmanının sağlanmasından kural olarak tek başına sorumlu tutulmuştur. 6428 sayılı Kanun md. 6'ya göre özel amaçlı şirket, sözleşmenin konusuna giren işler için gerekli olan finansmanı en az yüzde yirmisi için öz kaynak³³¹ kullanarak tamamen sağlamak zorundadır³³². Daha önce ifade ettiğimiz üzere, özel amaçlı şirketin proje kapsamındaki tüm finansmanı öz sermayesinden karşılaması teorik olarak mümkün olmakla birlikte pratik açıdan bu büyük çaplı YKD projelerinde mümkün gözükmediğinden uygulamada finansman sağlayan kuruluşlara başvurularak kredi kullanıldığı görülmektedir.

Özel amaçlı şirket gerek kendi öz sermayesi gerek finansman sağlayan kuruluşlardan elde ettiği finansman ile yatırım döneminde sağlık tesisinin inşasını gerçekleştirerek, işletme döneminde ise yan hizmetleri yerine getirerek bulduğu finansmandan yatırım sahibi idarenin dolaylı olarak faydalanmasını ve ifa menfaati elde etmesini sağlamaktadır. Buradan anlaşılabacağı üzere, finansmandan doğrudan

³³¹ YKD projelerinde temel ilkelerden biri de risk paylaşımı ilkesi olduğundan asgari öz sermaye yükümlülüğü düzenlenerek finansman riskinin tamamının finansman sağlayanlara devredilmesinin önüne geçilerek en azından riskin bir kısmının hissedarların üzerinde kalması amaçlanmıştır. **KARAGÖZ**, s. 53.

³³² 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 56/T'deki "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. (...)" hükmüyle finansmanı sağlamanın yanında finansman sağlayanlardan borç yoluyla elde ettiği finansmanı geri ödeme yükümlülüğüne de vurgu yapılmıştır.

faydalanmayan idare yalnızca inşa borcu ile yan hizmet borçlarının yerine getirilmesini talep edebilmektedir. İdare, finansman sağlanması borcunun ifasını talep edememekte, finansman sağlanması borcuna ilişkin münferit bir aykırılık söz konusu olamamaktadır³³³.

Sağlık tesisinin inşasında kullanılacak araç gereçlerin ve malzemelerin temin edilmesi de finansman sağlama borcu kapsamında değerlendirilmektedir. Eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerde açıklık olmamakla birlikte hâkim görüşe göre³³⁴ malzemenin kural olarak iş sahibi tarafından sağlanması gerekir. YKD sözleşmesinden ise finansman sağlama borcu kapsamında yüklenici şirket, sağlık tesisinin inşası için gerekli olan tüm araç gereçleri ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür³³⁵. Ayrıca, yüklenici şirket inşaatta kullanılan malzemenin kalitesinin sözleşmeye uygun olmasından sorumludur. Yan edim niteliğinde olan malzemenin sağlanması borcunun tek başına ifasının talebi mümkün olmamakla birlikte gereği gibi yerine getirilmemesi halinde yüklenici şirketin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğabilecektir³³⁶.

YKD sözleşmesi kapsamında projenin finanse edilmesi konusunda idarenin bir sorumluluğu bulunmamakla birlikte özel amaçlı şirketin finansman bulabilmesini kolaylaştırma amacıyla idare tarafından YKD mevzuatı ve imzalanan sözleşme çerçevesinde özel amaçlı şirketin yükünü hafifleten destekler verilebilmektedir³³⁷.

³³³ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 208.

³³⁴ **ARAL/ AYRANCI**, s. 389; **EREN**, *Özel Hükümler*, s. 625.

³³⁵ İşletme döneminde sağlık kamu hizmeti idare tarafından ifa edilirken kullanılacak olan tüm tıbbi donanım ve ekipman ile mefruşatın özel amaçlı şirket tarafından sağlanmasının da sözleşmede kararlaştırılabileceği mevzuatta öngörülmüştür. İşletme döneminde gerekli olan araç gereçlerin özel amaçlı şirket tarafından sağlanması kararlaştırılabileceği gibi ihaleyle başka bir kişiden de bu hizmet temin edilebilir. Yatırım döneminde inşaat için gerekli araç gereçler ile malzemenin yüklenici şirket tarafından sağlanması ise finansman sağlama borcu kapsamında zorunludur. Bu iki hususun karıştırılmaması gerekir.

³³⁶ **GÜMÜŞ**, *Özel Hükümler*, s. 345.

³³⁷ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 65-66.

YKD sözleşmesi kapsamında işletme döneminde kamu hizmetinin ifası idare tarafından gerçekleştirildiğinden ve sağlık tesisinin kullanımı karşılığında özel amaçlı şirkete kira bedeli ödendiğinden özel amaçlı şirketin talep riskinin bulunduğu söylenemez. Bu nedenle ülkemizde KÖİ modellerinin kamuoyunda eleştiri konusu edilmesinin en büyük nedenlerinden olan talep garantisinin YKD modeli çerçevesinde söz konusu olamayacağını söylemek gerekir³³⁸. Ancak YKD modelinde idare sözleşmenin erken feshedilmesi halinde özel amaçlı şirketin yabancı finansman sağlayanlara olan kredi borcunun tamamı veya belli bir kısmını üstlenmeyi taahhüt etmesine kanun koyucu tarafından cevaz verilmiştir³³⁹. Bu konuya aşağıda sözleşmenin feshinin sonuçları kısmında ayrıca detaylı bir şekilde yer verilmiştir³⁴⁰.

³³⁸ **ÇİFCİ**, *Garantiler*, s. 100. Kural bu olmakla birlikte YKD mevzuatında garanti verilmesine yönelik idareye bir yetki verilmemiş olmasına rağmen 2018 Yılı Sayıştay Denetim Raporu'ndan özel amaçlı şirkete bırakılan laboratuvar hizmetleri gibi yan tıbbi hizmetlerden ötürü talep garantisi verildiği ve bunun Sağlık Bakanlığı tarafından kabul edildiği görülmektedir. Bkz. **SAYIŞTAY**: 2018 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, s. 25-27.

³³⁹ **4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun md. 8/A:** “(...)Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (...) 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, Cumhurbaşkanlığı yetkilidir.(...)”

³⁴⁰ Bkz. III. Bölüm, I. D. 3.

2. Sağlık Tesisini İnşa Etme Borcu

Sağlık sektöründeki YKD sözleşmelerinin ilk aşamasını sağlık tesisinin yüklenici şirket tarafından finansmanı da sağlanarak inşa edildiği yatırım dönemi oluşturmaktadır. Yatırım döneminde yüklenici şirket idareye kiralayarak yatırımının karşılığını alacağı sağlık tesisini inşa etme borcu altına girmektedir. Sağlık tesisinin inşa edilmesi işletme dönemine geçilerek yatırımcı şirketin kar elde etmesi için ön şart niteliğindedir. Sağlık tesisinin inşa edilmesi uzun zamana yayılmış ödemelerle sağlık tesisi sahibi olacak olan idarenin menfaatine olduğu gibi, inşa ettiği tesisi idareye kiralayarak ve yan hizmetler ile ticari hizmet alanlarını işleterek kar elde edecek olan yüklenici şirketin de menfaatindedir. Bu nedenle sağlık tesisini inşa etme borcunu değerlendirirken yalnızca idare için değil kendi kar beklentisiyle de hareket ettiğini göz önünde bulundurmak gerekir³⁴¹.

Finansman unsurunun sözleşmedeki diğer unsurlara sirayet ettiği ve onların içeriğini dönüştürdüğünden bahisle YKD sözleşmesini kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak değerlendiren yazarlar YKD sözleşmelerinde inşa etme borcunun eser sözleşmesindeki inşa etme borcundan farklılaşan özgün yönleri bulunduğunu belirtmektedir. Ancak, bizce bedel ödeme borcu açısından farklılık bulunmakla birlikte eser meydana getirme unsuru açısından bir farklılık bulunmadığını yukarıda ifade etmiştik. Bize göre, sağlık tesisinin yapımına ilişkin uyumsuzluklarda eser sözleşmesine ilişkin hükümler YKD sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. KÖİ modelleri kapsamındaki sözleşmeleri finansman unsuru nedeniyle kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olarak nitelendiren yazarlara göre de zaten pratik olan ilgili

³⁴¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 246-247.

mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde inşa etme borcuna ilişkin uyuşmazlıklarda eser sözleşmesinin hükümlerinin kıyasen uygulanmasıdır³⁴².

6428 sayılı Kanun md. 4/VI'de yüklenici şirketin yapım aşamasında sözleşme kapsamında verdiği taahhütleri yerine getirmemesinin sonuçlarını düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır. İlgili fıkra göre, *“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. (...) İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.”* YKD sözleşmesi için özel bir hüküm niteliğinde olan bu madde esasında yüklenici şirketin yapım aşamasındaki sözleşmeye aykırı davranışlarının tamamını kapsayan genel nitelikte bir hükümdür. İdare, derhal fesih halleri haricinde sözleşmeyi feshetmek istediğinde öncesinde fıkra da öngörülen prosedürü işletmesi gerekecektir.

3. Sağlık Tesisini Şahsen Yapma veya Yönetimi Altında Yaptırma Borcu

Çoğu zaman işin verildiği yüklenicinin kişisel özelliklerinin ifanın iş sahibinin isteğine uygun yerine getirilmesi açısından önem arz ettiği eser sözleşmelerinde kural eser meydana getirme borcunun yüklenici tarafından bizzat yerine getirilmesidir³⁴³.

³⁴² Bkz. PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 248.

³⁴³ EREN, Özel Hükümler, s. 617; KARATAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2009, s.99.

İstisnası ise tarafların aksini kararlaştırması veya yüklenicinin kişisel özelliklerinin sözleşme kapsamında önemli arz etmemesidir. Bu hallerde eserin yapımında alt yüklenicilerden faydalanılması mümkündür.

6428 Uygulama Yönetmeliği md. 13'te³⁴⁴ alt yüklenicilere izin verilip verilmeyeceğinin ihale dokümanında belirtileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm değerlendirildiğinde sıradan bir yükleniciden çok daha fazla uzmanlık gerektiren, yüklenicinin özelliklerinin çok daha fazla önem arz ettiği sağlık sektöründeki YKD sözleşmeleri açısından kuralın eser sözleşmesiyle aynı olduğu söylenebilir. En azından eser sözleşmesindeki kuralı ters çeviren bir hükmün olmadığı kesindir. Ancak büyük çaplı projelerin yapımında faydalanılan YKD modelinin işleyiş mekanizmasının doğal bir sonucu olarak uygulamada istisnanın kurala hükmettiğini söylemek mümkündür³⁴⁵. Zira, sözleşmeler zinciri olarak ifade edilen YKD modelinde uygulamada genellikle ihale üzerine bırakılanlar tarafından kurulan özel amaçlı şirket, yatırım döneminde yapım işini anahtar teslim inşaat sözleşmesiyle; işletme döneminde ise üzerine bırakılan işleri hizmet alım sözleşmeleriyle alt yüklenici şirketlere bıraktığı görülmektedir³⁴⁶.

YKD sözleşmesinde işin alt yüklenicilere bırakılabileceğinin kararlaştırılmış olması halinde, alt yüklenicilerle yapacağı inşaat sözleşmesinin idare tarafından onaylanması şartıyla özel amaçlı şirket yapım işinin bir kısmını veya tamamını alt yüklenicilere devredebilecektir. YKD sözleşmesi ile alt inşaat sözleşmesinin bileşik sözleşme ilişkisi olarak da değerlendirilmesi mümkün olmadığından alt yüklenici ile asıl

³⁴⁴ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 13'teki işin alt yüklenicilere yaptırılmasına ilişkin hükme göre, “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.”

³⁴⁵ ERİŞEN, Muhammet: Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara, 2011, s. 7.

³⁴⁶ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 38.

iş sahibi idare arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamaktadır³⁴⁷. İdarenin inşaat sözleşmesi çerçevesinde alt yükleniciden talepte bulunabilmesi, ona talimat verebilmesi mümkün değildir. 6284 Uygulama Yönetmeliği'ne göre yapım işinin alt yüklenicilere devredilmiş olması halinde de asıl yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir. Bu hüküm konulmasaydı da genel kural gereğince asıl sözleşmedeki borcu konusunda bir değişiklik olmadığından özel amaçlı şirketin sorumluluğu devam edecekti.

4. İş Süresinde Başlama ve Sürdürme Borcu

Eser sözleşmesinde meydana getirilen eserin iş sahibine teslimiyle ifa gerçekleşmiş oluyorsa da eserin meydana getirilmesi sırasında yapılan iş ve eylemler de ifa eylemi kapsamında değerlendirilmektedir. Aksi bir düşüncede zaten eser sözleşmesinin satım sözleşmesinden herhangi bir farkı kalmayacaktır³⁴⁸. Bu kapsamda, TBK md. 473'e göre yüklenici işe vaktinde başlamak ve onu uygun bir şekilde sürdürmek borcu altındadır. İlgili maddeyle iş sahibine eserin meydana getirilmesi sürecinde denetleme ve gözetleme imkanı sağlanmaktadır³⁴⁹.

Sağlık sektöründeki YKD mevzuatında işe süresinde başlama borcuna ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Ancak eser sözleşmesindeki işe vaktinde başlama borcuna ilişkin TBK md. 473/I'deki hükmün YKD sözleşmesine kıyasen uygulanması mümkündür. İlgili maddeye göre, *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre*

³⁴⁷ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 342; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 465.

³⁴⁸ EREN, *Özel Hükümler*, s. 610.

³⁴⁹ AYDEMİR, Efrail: *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, B. 3, Ankara, 2016, s. 305.

yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” İlgili hüküm gereğince yüklenici şirketin işe hiç başlamamış olması veya işi geciktirmesi nedeniyle yapım işinin belirlenen süre zarfında tamamlanmasının mümkün olmadığına anlaşılması halinde idarenin sözleşmeden dönme hakkı bulunduğu kabulü gerekir³⁵⁰. Ancak öncesinde 6428 sayılı Kanun md. 4/VI’daki prosedürün işletilmesi gerekecektir.

YKD sözleşmelerinde işletme dönemi için bir süre belirlendiği gibi sağlık tesisinin inşa edildiği yatırım dönemi için de süre belirlenmektedir. Bu süre sözleşmede belirtilmesi gereken hususlardandır. Taraflar sözleşmede işe ne zaman başlanılacağını kararlaştırabilmesi mümkündür. Eğer sözleşmede işe ne zaman başlanılacağına ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa kural sözleşmenin imzalanmasıyla işe başlanmasıdır. Fakat unutulmaması gerekir ki işe başlanabilmesinin ön koşulu belirlenen kamu arazisi üzerinde yüklenici şirket lehine üst hakkı tesis edilmesidir. İşe başlanılabilmesi için öncelikle idarenin araziyi yüklenici şirkete tahsis etmiş olması gerekmektedir.

6428 sayılı Kanun md. 4/VI’deki yüklenici şirketin yapım aşamasında sözleşme kapsamında verdiği taahhütleri yerine getirmemesinin sonuçlarını düzenleyen hüküm işe süresinde başlama ve sürdürme borcunu da kapsamaktadır. İlgili madde hükmüne göre derhal fesih halleri hariç olmak üzere yüklenici şirketin taahhütlerini yerine getirememesi halinde idare tarafından noter vasıtasıyla vereceği yazılı ihtarla yüklenici şirkete aykırılığın giderilmesi için uygun bir süre verilir. Durumdan ayrıca finansman sağlayanlardan haberdar edilir. İhtarla belirlenen sürede aykırılığın giderilmemesi halinde idare ile finansman sağlayanlar anlaşarak yüklenici şirketin ortaklık yapısında değişikliğe giderek işin yapılmasını sağlayabileceklerdir. Böyle de işin yapılamaması halinde idarenin sözleşmeyi feshetme hakkı doğacaktır.

³⁵⁰ KARAGÖZ, s. 48.

5. Özen ve Sadakat Borcu

İnşa etme borcunun iş sahibinin menfaatine göre hareket etmeyi gerektiren bir iş görme borcu olmasının doğal sonucu olarak işin özen ve sadakat içerisinde yerine getirilmesi borçları YKD sözleşmesinin içeriğine bir yan edim olarak dahil olmaktadır³⁵¹. Bu iki yan edim birbirleriyle bağlantılı olup kaynaklarını dürüstlük kuralından almaktadırlar³⁵². Bu çerçevede yüklenici sağlık tesisi inşa ederken gerekli olan özeni göstermek ve idarenin menfaatlerini ve yapılacak tesiste bir kamu hizmeti görüleceğinden kamu yararını gözetmeli, idare ve kamu menfaatine aykırılık oluşturacak davranış ve hareketlerden kaçınmalı ve bu durumun oluşmasına neden olabilecek durumlar karşısında her türlü önleme başvurmaldır³⁵³. Ayrıca belirtmek gerekir ki YKD sözleşmesinde özen ve sadakat borcu sözleşme sırasında ve sonrasında devam ettiğinden sadece inşaatın yapıldığı yatırım dönemini değil, dürüstlük kuralları gereğince işletme dönemini de kapsayacaktır³⁵⁴.

Sağlık sektöründeki YKD mevzuatında yüklenici şirketin özen ve sadakat borcuna ilişkin herhangi bir özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak YKD sözleşmesinde bu yan edimlere ilişkin düzenlemelere yer verilmesi pek tabi mümkündür. YKD sözleşmesinde bu borçlara ilişkin hükümler koyulması halinde basiretli bir iş

³⁵¹ İnşa etme borcunu ihtiva eden eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarının düzenlendiği TBK m. 471/I'e göre "Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır."

³⁵² ARAL/ AYRANCI, s. 392; ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, İstanbul, 2020, s. 523.

³⁵³ KEŞLİ, s. 121.

³⁵⁴ GÖKYAYLA, Emre: "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", (Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'a Armağan), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, S. 1, s. 786.

adamından beklenebilecek özen ve uluslararası arenada kabul edilmiş standartlardan faydalanılabilir³⁵⁵.

Borçlanılan edimin yerine getirilmesi için gerekli bilgi ve beceriye sahip olunması ile gerekli dikkatin gösterilmesini kapsayan özen borcu açısından bakıldığında yüklenici şirketin anonim şirket olarak kurulmuş olması nedeniyle tacir sıfatını haiz olması ve bu nedenle basiretli bir tacir gibi davranması gerekliliği ile ayrıca YKD projelerinin yüksek teknolojik bilgi ve birikim gerektirmesi karşısında işi üstlenmeyi kabul etmesinden ötürü kendisinden ortalama bir yükleniciden daha uzman olması bekleneceğinden YKD sözleşmelerinde yüklenici şirket ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü altındadır³⁵⁶.

Sadakat borcunun kapsamını ise basit bir tabirle iş sahibinin menfaatine olan her şeyi yapmak ve onun zararına olabilecek her türden davranıştan ise kaçınmak oluşturmaktadır³⁵⁷. Ancak YKD sözleşmesinde daha önce belirttiğimiz üzere inşa etme borcunun ifa edilmesinde yalnızca idarenin değil inşa edilen sağlık tesisinin işletme döneminde kullanılmasından kar elde edecek olan yatırımcı şirketin de menfaati bulunduğundan sadakat borcunun kapsamının belirlenmesinde eser sözleşmesinden farklılaşan durumlar mevcut olacaktır. YKD sözleşmesinde tesisin inşası bir iş görme edimi olmakla birlikte yüklenici şirket açısından asıl amaç harcamış olduğu finansmanını geri kazanabileceği bir işletme inşa etmektir. Bu nedenle eser sözleşmesinde yüklenicinin tamamen iş sahibinin talimatlarıyla bağlı olması ve onun menfaatine hareket etmesi YKD sözleşmesinin yapılma amacına uymayacaktır. Bu nedenle sadakat borcu kapsamında her ne kadar idarenin talimatlarıyla bağlı olsa da yüklenici şirketin işletme döneminde karının

³⁵⁵ KARAGÖZ, s. 59.

³⁵⁶ “(...) Yüklenici, bir işi yüklenir iken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan sorumlu tutulur.” (Yargıtay HGK. 09.10.1991 T., 1991/340 E., 1991/467 K. sayılı kararı) (legalbank.net) (E.T.: 13.06.2023).

³⁵⁷ ÖZ, s. 121; DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, B. 12, Ankara, 2022, s. 215.

azalmasına veya kara geç ulaşmasına neden olabilecek inşaat sürecini iyi yönde etkilemeyen talimatları yerine getirmesini beklememek gerekir³⁵⁸.

YKD sözleşmesi kapsamında yapılacak olan sağlık tesisi Hazine'ye ait arazi üzerinde yüklenici şirkete üst hakkı tesis edilmesi suretiyle yerine getirildiğinden TBK md. 472/III'e göre idarenin tesisin yapımı için tahsis etmiş olduğu arazinin ayıplı olması durumunda ve yahut tesisin gereğince ya da süresinde yapılmasını tehlikeye atacak başka bir durumun doğması halinde hemen idareye bildirmesi özen ve sadakat borcu kapsamındadır. Bildirmeyerek özen ve sadakat borcunu ihlal etmesi halinde yüklenici şirket bu durumdan doğacak zararlardan sorumlu tutulacaktır.

Finansman sağlama borcu YKD sözleşmesinde yüklenici şirkete bırakıldığından inşaatla kullanılacak malzemenin de kural olarak onun tarafından sağlanması gerekir³⁵⁹. TBK md. 472/II-III'deki malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde özenle kullanılması ve sağlanan malzemede bir ayıp olması halinde bunu iş sahibine derhal bildirilmesi yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin uygulanmasıyla pek karşılaşılmaması mümkün gözükmemektedir. Yine, YKD modeline özel sektörün finansmanı yanında teknik bilgi ve becerilerinden, know how'ndan faydalanma amacıyla başvuruluyor olsa da idare tarafından da özel sektöre teknik bir bilginin verilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda yüklenici şirketin bu bilgiyi gizli tutması sadakat borcu kapsamındadır³⁶⁰.

³⁵⁸ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 255.

³⁵⁹ Hatırlanacağı üzere inşaatla kullanılacak araç gereçlerin ve malzemenin sağlanması finansman temini borcu altında değerlendirilmekte ve buna ait sorumluluk kural olarak yüklenici şirkete ait olmaktadır. Kamu idaresinin inşaatla kullanılacak malzemeyi temin etmesi halinde bu durum yüklenici şirketin finansman sağlama borcunun hafifletilmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 257.

³⁶⁰ **GÜMÜŞ**, *Özel Hükümler*, s. 367-368.

6. Ayıptan Doğan Sorumluluk

Eser sözleşmesi bağlamında işin niteliği gereği dürüstlük kuralları uyarınca gerekli olan veya sözleşmede belirlenen nitelikleri haiz olmayan eser ayıplı olarak nitelendirilmektedir³⁶¹. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğun doğmasının zamansal yönden şartı ise meydana getirilen eserin teslim edilmiş olmasıdır. Eserin teslim edilmemesi halinde borcun hiç ifa edilmemesi söz konusudur. Eserin ayıplı teslim edilmesi halinde ise ifa söz konusudur ancak ifa gereği gibi gerçekleştirilmemiştir³⁶². Ayrıca, bir diğer şarta göre eserdeki ayıbın iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple doğması halinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Sağlık tesisinin yapımı ve idareye teslimi unsurlarını içeren YKD sözleşmesine de ilgili özel mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde eser sözleşmesinde ayıba ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

TBK md. 475’de yüklenicinin ayıptan sorumlu olması halinde iş sahibinin hakları düzenlenmiştir. Maddeye göre, eserin ayıplı olarak teslim edilmesi halinde iş sahibinin çeşitli durumlara göre sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya ücretsiz onarım talep etme seçimlik hakları bulunmaktadır³⁶³. İş sahibinin TBK md. 475’te sayılı haklarını kullanabilmesi için eseri imkân bulduğu ilk anda kontrol etmeli (muayene külfeti) ve ayrıca ayıp tespit etmesi halinde uygun bir sürede yükleniciye ihbar etmelidir (ihbar külfeti)³⁶⁴. 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 55’teki sağlık tesisinin muayene ve kabulüne ilişkin hükmü idarenin muayene ve ihbar külfeti kapsamında değerlendirmek gerekir. Yönetmelik hükmüne göre YKD sözleşmesi çerçevesinde yüklenici şirketin

³⁶¹ ARAL/AYRANCI, s. 412.

³⁶² EREN, *Özel Hükümler*, s. 642.

³⁶³ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 397 vd.

³⁶⁴ ARAL/AYRANCI, s. 415-416.

yaptığı tüm işlerin muayene ve kabul işlemleri için kabul komisyonu kurulacaktır. İlgili maddenin üçüncü fıkrasına göre, *“Muayene ve kabul komisyonları, ihale dokümanında belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri inceler, muayene eder ve işin niteliğinin ihtiyaç göstermesi halinde gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma testlerini yapar. Kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde işin kabulünü yapar. Kabul sırasında tespit edilen kusur ve noksanlıkların kabul yapılmasına engel olmayacak nitelikte bulunması halinde kabul tutanağı düzenlenir. Ancak kusur ve noksanlıklar tutanakta açıkça gösterilir ve tamamlanmaları için verilen süre tutanakta belirtilir. Bu şekilde tanzim edilen tutanaklardan birer nüsha yükleniciye verilir.”* Kurulan kabul komisyonunca eksiklerin ve kusurların tespiti ve düzenlenen tutanağın özel amaçlı şirkete de verilmesiyle ayıba ilişkin muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmektedir. Ayrıca yönetmelik hükmündeki ayıbın giderilmesi için özel amaçlı şirkete süre verilmesinden de çıkarılabileceği üzere YKD sözleşmesi uygulamasında seçimlik haklardan kural olarak ücretsiz onarım tercih edilmektedir. Onarım gerçekleştirilmeden kabul işlemi yapılmayacağından işletme dönemine geçilemeyecek olması nedeniyle gelir elde etmeye başlayamayan özel amaçlı şirket ayıbı bir an önce gidermeye yöneleceği düşünülebilir.

Kabule engel teşkil edecek bir durumun bulunmadığının tespiti ile işi kabulünün tamamlanmasıyla kural olarak özel amaçlı şirketin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sona ermektedir. Ancak kasten saklanan ve yahut kabul prosedürü içerisinde uygun bir kontrol ile tespiti mümkün olmayan gizli ayıpların ortaya çıkması halinde özel amaçlı şirket bu ayıplardan sorumlu olacaktır³⁶⁵.

³⁶⁵ KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 479; ARAL/AYRANCI, s. 415.

7. Sağlık Tesisini İdareye Kiraya Verme Borcu

YKD modeli çerçevesinde Hazine arazisi üzerinde lehine üst hakkı tesis edilen yüklenici şirket arazi üzerinde inşa ettiği sağlık tesisini YKD sözleşmesi çerçevesinde işletme döneminin başlangıcından itibaren sözleşmenin sona ermesine kadar kiraya vermeyi borçlanmaktadır. Taraflar arasındaki kira unsurundan kaynaklanan uyuşmazlıklara ürün kirası sözleşmesi hükümlerinin sözleşmenin yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanması mümkündür. Ancak, YKD modeli gibi karmaşık ilişkileri ihtiva eden bir hukuki ilişkide salt kira unsuru üzerinden değerlendirme yapılmaması, diğer unsurların da göz önünde bulundurulması gerektiği söylenmektedir³⁶⁶.

TBK md. 358 vd. hükümlerde düzenlenen ürün kira sözleşmesi hükümlerinin YKD sözleşmelerine kira unsurlu uyuşmazlıklara uygun düştüğü ölçüde uygulanması mümkündür. YKD sözleşmesi kapsamında özel amaçlı şirket, inşa ettiği sağlık tesisini idareye teslim etmek ve kira ilişkisi süresi boyunca sağlık hizmetinin görülmesi amacına uygun bir şekilde bulundurmak zorundadır. Kira sözleşmesinde kiraya verenin asli edim borcunun içeriğini yalnızca kiralananı teslim etmek oluşturmamaktadır. Kiraya verenin borcunu gereği gibi ifa etmiş olabilmesi için kira ilişkinin devam ettiği süre boyunca kiralananın kullanım amacına uygun bir şekilde bulundurması gerekmektedir³⁶⁷. Bunun aksi olması halinde ise kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğabilecektir³⁶⁸.

³⁶⁶ KEŞLİ, s. 165.

³⁶⁷ ARAL/ AYRANCI, s. 279.

³⁶⁸ GÜMÜŞ, *Özel Hükümler*, s. 225.

8. Sağlık Hizmeti Dışında Kalan Yan Hizmetleri İfa Etme Borcu

YKD modelinde çekirdek hizmet olan sağlık hizmetinin sunumunu idare, maaşlarının ödenmesinden ve özlük haklarından sorumlu olduğu doktor, hemşire ve diğer sağlık memurları vasıtasıyla gerçekleştirmektedir. Sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde özel amaçlı şirketin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Fakat, özel amaçlı şirketin işi sağlık tesisinin inşa edilip idareye kiralanmasıyla sona ermemektedir. İşletme döneminde özel amaçlı şirket ilgili mevzuat çerçevesinde sözleşmeyle bazıları tıbbi³⁶⁹ ve bazıları tıbbi olmayan³⁷⁰ yan hizmetleri yerine getirmekle yükümlü kılınabilir.

6428 sayılı Kanun çerçevesinde yan hizmetler ayrıca mecburi³⁷¹ ve ihtiyari³⁷² olmak üzere ikiye ayrılmıştır. İhtiyari hizmetler, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde klasik hizmet alımı yoluyla da gördürülmesi mümkün olan, özel amaçlı şirkete de bırakılabilecek hizmetlerdir. Mecburi hizmetlerin ise özel amaçlı şirket tarafından gerçekleştirilmesi zorunludur. YKD sözleşmelerinde işletme döneminin uzun bir süreci kapsadığı göz önüne alındığında sağlık tesisinin bakım ve onarım hizmetine ihtiyaç

³⁶⁹ Laboratuvar hizmetleri, görüntüleme hizmetleri, sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri ve diğer tıbbi ekipman destek hizmetleri tıbbi destek hizmetleri olarak sayılabilir.

³⁷⁰ Bina ve arazi hizmetleri, olağanüstü bakım ve onarım hizmeti, ortak hizmetler yönetimi hizmeti, mefruşat hizmeti, temizlik hizmetleri, hastane bilgi yönetim sistemi 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 hizmetleri tıbbi olmayan hizmetler olarak sayılabilir.

³⁷¹ Tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına ilişkin hizmetlerdir. Olağanüstü bakım onarım hizmetleri, bina ve arazi hizmetleri, yer ve bahçe hizmetleri örnek olarak verilebilir.

³⁷² Temizlik, güvenlik, otopark, laboratuvar, görüntüleme gibi yükleniciye bırakılıp bırakılmayacağı idarenin takdirinde olan ihaleyle başkalarına da gördürülebilecek hizmetlerdir.

duyacağı aşıkardır. Bakım ve onarım borcu da özel amaçlı şirket tarafından yerine getirilmesi gereken mecburi hizmetlerdendir.

6428 sayılı Kanun md. 4/VII’de özel amaçlı şirketin işletme döneminde kendisine bırakılan yan hizmetleri yerine getirmemesinin sonuçları düzenlenmektedir. İlgili hükme göre, *“Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu 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. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. (...)”* Sözleşme kapsamında işletme döneminde kendisine bırakılan yan hizmetleri hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen özel amaçlı şirkete işi yapması için uygun bir süre tanınır. Tanınan bu sürenin çözüm olmaması halinde işi özel amaçlı şirket namı hesabına idare üçüncü bir kişiye yaptırabilecektir. Üçüncü kişiye yapılacak olan ödeme özel amaçlı şirkete ödenecek olan bedelden düşülecektir.

9. Sağlık Tesisini Devre Uygun Bulundurma Borcu

YKD sözleşmesiyle taraflar arasında kurulan hukuki ilişkinin son aşaması devir unsuru oluşturmaktadır. YKD sözleşmesinin sona ermesiyle yerleşkenin³⁷³ her türlü borç

³⁷³ **6428 s. K. md. 1/II-y:** *“Yerleşke: Sözleşme çerçevesinde yapılan tesis ve ticari hizmet alanlarının bütününe ifade eder.”*

ve taahhütlerden ari, bakımlı ve kullanılmaya müsait bir biçimde bedelsiz olarak idareye devri gerekmektedir³⁷⁴. Devri düzenleyen 6428 sayılı Kanun md. 7’ye göre “*Bu Kanuna göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer. (...)*” Görüleceği üzere kanun metninde devir, özel amaçlı şirket tarafından ifa edilmesi gereken bir edim olarak düzenlenmekten ziyade kendiliğinden meydana gelen bir sonuç olarak öngörülmüştür³⁷⁵.

YİD sözleşmesinde tesis özel amaçlı şirket tarafından işletildiğinden fiilen bir teslimden bahsedilebilmekte, devir borcu bu sözleşmede daha görünür ve anlamlı olmaktadır. Ancak YKD sözleşmesinde sağlık tesisinin bizzat idare tarafından kullanılıyor olması fiilen bir teslimden bahsetmemizi imkânsız kılmaktadır. Zaten, sözleşmenin sona ermesiyle özel amaçlı şirketin üst hakkının da sona ermesinin bir sonucu olarak tesisin yapıldığı arazinin maliki kamu idaresi olduğundan yerleşke kanunda da ifade edildiği üzere kendiliğinden kamu idaresine geçecektir. Hem YİD hem YKD sözleşmesinde mülkiyetin geçişi üst hakkının sona ermesiyle kendiliğinden gerçekleştiğinden burada devir borcu bildiğimiz anlamıyla mülkiyetin intikal ettirilmesini ifade etmemektedir.

Özel amaçlı şirketin devre ilişkin borcunu sağlık tesisini borç ve taahhütlerden ari, çalışır, bakımlı ve kullanılabilir halde idareye devrine hazır yani devre elverişli

³⁷⁴ Sağlık tesisinin işletmeye elverişli vaziyette devri özellikle sağlık kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması açısından önem arz etmektedir. Kamu idaresi sağlık tesisini kullanırken bir ticari işletme gibi müşteri çevresi, ticari itibar gibi unsurlara ihtiyacı olmasa da sağlık kamu hizmetini gerektiği şekilde ifa edilebilmesi için nizami ve nitelikli bir işletme yapısına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle salt inşa edilen sağlık tesisinin devri değil, her türden borç ve taahhütten ari, çalışır, kullanılabilir nitelikte bir sağlık tesisinin devri borçlanılmaktadır. **ARSLAN, Erdoğan:** “*Yap-İşlet-Devret Modeli ve Vergilendirilmesindeki Temel Sorunlar*”, Yaklaşım Dergisi, İnşaat Özel Sayısı, 1997, s. 31.

³⁷⁵ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 406.

bulundurma olarak anlamak daha doğru olacaktır³⁷⁶. Bu çıkarımı kanunda devrin ihlal edilmesine ilişkin bir herhangi bir yaptırıma tabi tutmamışken³⁷⁷ tesisin kullanılabilirlik durumuna ilişkin bir eksikliğin ve arızanın bulunması halinde yaptırıma öngörölmüş olması da desteklemektedir.

Devre konu sağlık tesisinin 6428 sayılı Kanun'da sayılan bakımlı, çalışır ve kullanılabilir halde olma şartlarını sağlayıp sağlamadığını ortaya koymak için kanun hükmü gereğince sağlık tesisinin mevcut durumunu ortaya koyan bir durum tespit tutanağı hazırlanmaktadır. Hazırlanan bu durum tespit tutanağında belirtilen eksiklik ve arızaların özel amaçlı şirket tarafından giderilmesi istenir. Verilen sürede giderilmemesi halinde eksiklik veya arızayı gidermek için gereken miktar varsa özel amaçlı şirkete yapılacak olan ödemeden mahsup edilir ve/veya teminattan karşılanır. Bunların yeterli olmaması halinde eksiklik veya arıza özel amaçlı şirkete tazmin ettirilir³⁷⁸.

B. İdarenin Borçları

1. Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesis Etme Borcu

Daha önce ifade ettiğimiz üzere üst hakkı, mülkiyet devri gerekmeksizin başkasının arazisi üzerinde veya altında mevcut olan ya da inşa edeceği bir yapı üzerinde malik olma yetkisi bahşeden haktır³⁷⁹. YKD modelinde kanun koyucu tesisin yapılacağı kamu arazisi üzerinde yatırım yapmayı özel sektör için cazip hale getirme amacıyla

³⁷⁶ Benzer görüş için bkz. **GÖKTÜRK**, s. 53.

³⁷⁷ Üst hakkının sona ermesiyle birlikte ne fiilen ne de hukuken sağlık tesisini elinde bulundurmadiğından özel amaçlı şirketin devre ilişkin bir ihlal yapabilmesi zaten mümkün görünmemektedir.

³⁷⁸ 6428 s. K. md. 7/2. cümle vd.

³⁷⁹ **SİRMEN**, *Eşya*, s. 606; **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR OKTAY, Saibe**: *Eşya Hukuku*, B. 21, İstanbul, 2018, s. 866. **KILIÇOĞLU, Ahmet**: *Eşya Hukuku*, Ankara, 2021, s. 526

yüklenici lehine bedelsiz bir şekilde üst hakkı tesis edilmesi tercih edilmiştir³⁸⁰. Üst hakkı tesis edilmesi, özel sektör açısından aynı koruma sağlaması ve finansman bulmayı kolaylaştırması; kamu idaresi için ise kamu arazisinin mülkiyetinin devrini gerektirmemesi ve sözleşme süresi sonunda arazi üzerinde inşa edilen tesisin mülkiyetinin kendiliğinden idarenin mülkiyetine geçmesi nedenleriyle avantajlıdır³⁸¹.

Proje kapsamında sağlık tesisinin yapılacağı kamu arazisinin üzerinde yüklenici şirket lehine üst hakkı tesis edilmesi 6428 sayılı Kanun'da emredici olarak düzenlenmiştir. Eser sözleşmeleri için bir ifaya hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilecek olan inşaatın yapılacağı arazinin teslim edilmesi YKD sözleşmesi kapsamında yüklenicinin tesisi inşa edebilmesi için ön koşul niteliğinde olduğundan idare için bir asli edim borcudur³⁸². Bu nedenle, idarenin bu borcunu yerine getirmemesinin sonucu alacaklının temerrüdü değil, borçlunun temerrüdü sonucunu doğuracaktır³⁸³. Borçlunun temerrüdü hükümlerine göre, yüklenici şirketin aynen ifa ile birlikte idarenin temerrüde düşmede kusuru bulunması halinde gecikmeden doğan zararını talep etmesi veya aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını talep etmesi mümkün olduğu gibi sözleşmeyi feshederek menfi zararını talep etmesi mümkündür.

2. Bedel Ödeme Borcu

KÖİ modeliyle gerçekleştirilen kamu yatırımlarında bedelin kimden alındığı KÖİ modellerinin sınıflandırılmasında önem arz etmektedir. KÖİ modellerinde iki temel ödeme yöntemine rastlanmaktadır. Bunlar yol kullanıcılarının ödemeleri (*road user*

³⁸⁰ KUBİLAY, s. 7.

³⁸¹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 74; KUBİLAY, s. 86.

³⁸² KARAGÖZ, s. 68.

³⁸³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 429.

payments) ve kullanıma dayanan ödemeler (availability-based payments) olarak adlandırılmaktadır³⁸⁴. Adından da anlaşılacağı üzere yol kullanıcılarının ödemesi sistemi YİD modelinde kullanılmaktadır. YİD modelinde inşa ettiği tesisi işletme hakkını elinde bulunduran özel amaçlı şirket karını hizmetten faydalanan kullanıcılardan sağlamakta, kamu idaresinden ayrıca kural bir ödeme almamaktadır³⁸⁵. YKD modelini ise ülkemizde uygulanan diğer modellerden ayıran özellik ise özel amaçlı şirketin elde ettiği gelirin bir işletme faaliyeti sonucunda değil bizzat idare tarafından yapılan düzenli ödemelerle karşılanıyor olmasıdır. Sağlık ve eğitim kamu hizmetlerinin sunumunun tamamen özel sektöre devredilmesinden sakınılması ve bizzat idare tarafında görülmesinin öngörülmesi bunun temel nedenidir. Bu haliyle YKD modeli kullanım esasına dayanan bir ödeme yöntemine sahip olduğu söylenebilir³⁸⁶.

6428 sayılı kanunda sözleşme kapsamında idare tarafından özel amaçlı şirkete yapılan ödemeler sözleşme bedeli olarak adlandırılmaktadır. Sözleşme bedelinin toplamını kullanım (kira) bedeli ve hizmet bedeli oluşturmaktadır³⁸⁷. 6428 sayılı Kanun md.5/I'e göre, sözleşme bedeli belirlenirken projenin maliyeti ve önemi, tıbbi donanımların ve tesisteki ekipmanların özel amaçlı şirket tarafında sağlanıp sağlanmadığı, özel amaçlı şirketin karı, yan hizmetlerin sunulması ve ticari hizmet

³⁸⁴ TOKATLIOĞLU/ ŞEN, s. 223; FARQUHARSON/ TORRES DE MÄSTLE/ YESCOMBE/ ENCINAS, s. 11. Diğer bir sınıflandırma şeklinde ise bu ödeme yöntemleri imtiyazı model ve özel finansman girişimi (PFI) olarak adlandırılmaktadır. İmtiyazı model kullanıcılar tarafından, özel finansman girişimi ise bizzat idare tarafından ödeme yapılması esasına dayanmaktadır. GÖKYURT, s. 112.

³⁸⁵ Yatırımcı şirketin geliri son kullanıcılardan elde ettiği modellerde talep riski kural olarak yatırımcı şirketin üzerine bırakılmıştır. Ancak kamu idaresi KÖİ sözleşmesinde asgari bir kullanım seviyesi taahhütünde bulunmuşsa ve bu seviyede kullanım gerçekleşmemişse aradaki farkı özel amaçlı şirkete ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.

³⁸⁶ FARQUHARSON/ TORRES DE MÄSTLE/ YESCOMBE/ ENCINAS, s. 12.

³⁸⁷ 6428 s. K. md. 1/II-c: “Bedel: Yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedellerin toplamını (ifade eder.)”.

alanlarının işletilmesinin özel amaçlı şirkete bırakılıp bırakılmadığı dikkate alınması gereken konulardır.

a. Kullanım Bedeli Ödeme Borcu

YKD sözleşmelerinde sözleşme konusu sağlık tesisinin inşasının tamamlanmasıyla kiralanarak idarenin kullanımına sunulmaktadır. İdare de bunun karşılığında düzenli olarak dönemsel kullanım (kira) bedeli ödeme borcu altına girmektedir. İşletme aşamasının başlangıcından sözleşmede işletme aşaması için belirlenen süre boyunca taraflar arasında kira ilişkisi kurulmaktadır.

YKD sözleşmesinde kullanım bedeli ödeme borcu sözleşmenin imzalandığı anda değil, eşyanın tabiatı gereği tesisin inşası tamamlanarak kullanıma hazır hale getirilip idarenin kullanımına bırakılmasıyla başlamaktadır. Yaptığı yatırımın karşılığını bizzat idareden alıyor olsa da özel amaçlı şirket sağlık tesisinin inşasını tamamlayıp da işletme dönemine geçilmesine kadar idareden kural olarak herhangi bir ödeme alamamaktadır³⁸⁸.

6428 Uygulama Yönetmeliği md. 56/II'ye göre kamu idaresi bir yıl için yapılacak kira ödemesini takvim yılı içerisinde üçer aylık periyotlar halinde dört defada peşin olarak gerçekleştirmektedir³⁸⁹. Uygulamada kendisine yapılan bu periyodik ödemelerle özel amaçlı şirket, finansman sağlayanlardan aldığı kredi borcunu ödemekte, alt yüklenicilere ödeme yapmaktadır. Böylelikle, kira ödemeleriyle sadece özel amaçlı şirketin değil, özel amaçlı şirket ile hukuki ilişki içerisine giren modelin diğer aktörlerinin de menfaati

³⁸⁸ 6428 s.K. md. 5/II'nin istisnaları halleri gösteren ikinci cümlesine göre ise aşama tamamlamaları ve kısmi hizmete alınma halinde idare tarafından yapılacak kısmi kabullere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı sözleşme hükümleri saklıdır.

³⁸⁹ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 56/II: "(...)Bu ödemeler, Ocak-Mart dönemi için Ocak ayında, Nisan-Haziran dönemi için Nisan ayında, Temmuz-Eylül dönemi için Temmuz ayında ve Ekim-Aralık dönemi için Ekim ayında gerçekleştirilir."

sağlanmaktadır. Yapacağı ödemeleri kira bedelinden elde ettiği gelirden gerçekleştiren özel amaçlı şirket için kira bedellerin düzenli ödenmesi sıradan bir kiraya verenden çok daha fazla önem arz edecektir. İdarenin kira bedellerini ödemedede temerrüde düşmesi halinde ürün kirası sözleşmesi hükümleri kapsamında özel amaçlı şirketin sözleşmeyi feshedebilmesi mümkün hale gelebilecektir.

b. Hizmet Bedeli Ödeme Borcu

Sözleşme bedelinin içeriğini oluşturan diğer bir unsur ise hizmet bedelidir. Her ne kadar sağlık tesisleri idare tarafından kullanılıyor olsa da sağlık hizmetlerinin dışında kalan yan hizmetlerin özel amaçlı şirkete bırakılması mümkündür. Bu halde yan hizmetlerin sunulmasının karşılığında idare düzenli olarak hizmet bedeli ödeme yapma borcu altına girmektedir. Hizmet ödemelerine ve hizmet kalitesine ilişkin belirlemeler ayrıntılı düzenlemelerle YKD sözleşmesinde yapılmaktadır. Sözleşmeye konulan objektif kriterlere göre özel amaçlı şirketin hizmet performansı ölçülmekte ve duruma göre hata puanı alan özel amaçlı şirkete yapılacak olan ödemelerden kesinti yapılabilmektedir³⁹⁰.

3. Zapttan Doğan Sorumluluk

YKD modeli kapsamında yapılacak olan sağlık tesislerinin üzerinde yapılacağı arazi, Hazine'ye ait arazi üzerinde yüklenici şirket lehine üst hakkı verilmesi suretiyle idare tarafından sağlanmaktadır. Özel amaçlı şirketin Hazine'ye ait arazi üzerinde büyük çapta bir finansman kullanarak sağlık tesisi yapımı işine girişeceği göz önüne alındığında

³⁹⁰ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 77.

idarenin herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunun ya da üçüncü bir kişinin Hazine arazisi üzerinde bir hak iddiasında bulunulmasına karşı özel amaçlı şirkete karşı sorumlu tutulmalıdır³⁹¹. Bu sorumluluk zapta karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir.

Zapta karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin olarak satıcı açısından TBK md. 214 vd. hükümlerinde düzenlenmelere yer verilmiştir. İlgili hükümlerden hareketle satış sözleşmesinden de soyutlayarak zapta karşı tekeffül sorumluluğunu sözleşmenin kurulduğu sırada sözleşme konusu şeyin tamamı veya bir bölümü üzerinde üçüncü bir kişinin mevcut olan bir hakkı nedeniyle sözleşme konusu şeyden onu edinen tarafın faydalanmasının imkânsız hale gelmesi nedeniyle doğan sorumluluk şeklinde açıklayabiliriz³⁹². Öğretide zapta karşı tekeffül, “*hak ayıbı*” olarak da isimlendirilmektedir³⁹³. YKD sözleşmesi çerçevesinde yüklenici şirkete tahsis edilen arazi üzerinde üst hakkı kurulması sırasında üçüncü bir kişinin mevcut bir hakkı varsa ve bu hak yüklenici şirketin arazi üzerinde sağlık tesisi yapmasını imkânsız kılıyorsa idarenin zapta karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

YKD sözleşmesinin kurulmasından önceki bir zamana ilişkin olarak üçüncü bir kişinin sözleşme konusu arazi üzerinde hak iddiası mevcut ise ve bu hak iddiası özel amaçlı şirketin sağlık tesisini söz konusu arazi üzerinde inşa etmesini imkânsız kılıyorsa bunu öğrenen özel amaçlı şirketin hemen bu durumu idareye bildirmesi gerekmektedir. Bildirimin sonucunda idare üçüncü kişinin hak iddiasını bertaraf edebiliyorsa özel amaçlı şirket bu durum nedeniyle varsa zararlarının tazminini talep ederek işe devam edebilir.

³⁹¹ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 78.

³⁹² **EREN**, *Özel Hükümler*, s. 78.

³⁹³ **GÜMÜŞ**, *Özel Hükümler*, s. 52.

Aksi halde ise satım sözleşmesinin tam zapta ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla sözleşmenin feshedilmesi söz konusu olabilecektir.

Zapta karşı tekeffül sorumluluğu yüklenici şirket lehine üst hakkı tesisi edilmesi öncesi döneme ilişkin olan hak iddialarıyla ilgili olarak doğabilecektir. Üst hakkının bir aynı hak olmasının doğal sonucu olarak üst hakkının tesis edilmiş olmasından sonraki bir döneme dayanan üçüncü kişilerin hak iddiasına karşı yüklenici şirket üst hakkını ileri sürerek hak iddiasından kendini koruyabilecektir³⁹⁴. Yine, idarenin kamu arazisini tesis etmemesi zapta karşı tekeffül kapsamında değil, borcun hiç ifa edilmemesi kapsamında değerlendirilmelidir. Bu halde, yüklenici şirketin TBK m. 125'teki seçimlik haklarından birisini kullanması söz konusu olabilecektir³⁹⁵.

³⁹⁴ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 78.

³⁹⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 74.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAP KİRALA DEVRET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMLENMESİ

I. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

Her sözleşmede olduğu gibi YKD sözleşmesinde de ideal olan tarafların edimlerini gereği gibi yerine getirmesiyle sözleşmenin taraflarca belirlenen sürenin sonunda sona ermesidir. Ancak tarafların karşılıklı anlaşarak süresinden önce sözleşmeyi sona erdirebilmesi de mümkündür. Bununla birlikte belirli şartlar altında iki tarafın da tek taraflı fesih yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilmesi mümkündür. Aşağıda bu sona erme halleri ve sonuçları detaylı olarak inceleme konusu yapılacaktır.

A. Sürenin Sona Ermesi ve Sonuçları

KÖİ sözleşmelerinin modellere ve uygulandıkları sektörlerle göre farklılaşan azami süreleri ilgili mevzuatlarında düzenleme altına alınmıştır. Sağlık sektöründe akdedilen YKD sözleşmelerinde azami süre kanun koyucu tarafından 6428 sayılı Kanun md. 4/I'de³⁹⁶ sabit yatırım dönemi hariç tutularak otuz yıl olarak belirlenmiştir³⁹⁷.

³⁹⁶ **6428 sayılı Kanun md. 4/I:** “Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir.”

³⁹⁷ Eğitim öğretim tesisleri ile yurt binası ve tesislerinin yapımı için akdedilen YKD sözleşmeleri için ilgili mevzuatlarında azami süre kırkdokuz yıl olarak belirlenmiştir. Bkz. EÖT Yönetmeliği md. 45.

Sözleşmenin süresi projenin özellikleri, durum ve koşullarına göre projeye özgü olarak idare tarafından azami sınır gözetilerek belirlenmekte ve belirlenen bu süre ihale dokümanında gösterilmektedir. Kanun lafzından anlaşılacağı üzere otuz yıllık azami süre tesisin inşa edildiği yatırım dönemini değil sadece işletme dönemini kapsamaktadır. Ancak bu durum yatırım dönemine ilişkin bir süre öngörülmeceği anlamına gelmemektedir. Yapım işine ne zaman başlanılacağı ve bitirileceği de sözleşmede belirtilmesi gereken hususlardandır³⁹⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki yatırım döneminde sözleşme hükümlerine uygun hareket etmeyen yükleniciye işin gereği gibi ifasını sağlama amacıyla idare tarafından süre verilmesi halinde verilen süre sözleşmenin süresini uzamasına neden olmayacaktır³⁹⁹.

YKD sözleşmesi için olağan sona erme hali belirlenen sözleşme süresinin dolmasıdır. İşletme dönemi için öngörülen sürenin sona ermesiyle birlikte sözleşme kendiliğinden sona erer. YKD sözleşmesinin sona ermesinin sonucunda inşa edilen tesis çalışır, kullanılabilir ve bakımlı bir vaziyette, borç ve taahhütlerden arı bir şekilde kendiliğinden idarenin mülkiyetine geçecektir. Devrin gerçekleşmesi için idarenin şirkete herhangi bir bedel ödemesine gerek yoktur⁴⁰⁰. Devrin kapsamına sağlık tesisinin tüm ekipman ve donanımları dahildir⁴⁰¹. Sözleşmenin sona ermesiyle yükleniciye bırakılmış olan yan hizmetler ve ticari hizmet alanlarına ilişkin anlaşmalar da sona ermiş sayılır ve buraların da hâkimiyeti idareye geçer⁴⁰². Sözleşme süresinin sonunda yatırım sahibi idare işler durumunda sağlık tesisine sahip olurken, yatırımcı şirket ise sözleşme boyunca elde

³⁹⁸ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 49/I-e.

³⁹⁹ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 62/I.

⁴⁰⁰ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 64/II.

⁴⁰¹ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 79.

⁴⁰² 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 64/V.

ettiği kira ve hizmet bedeli gelirleriyle yaptığı yatırımın geri dönüşü olarak kar elde eder ve böylece taraflar sözleşmeden bekledikleri ifa menfaatine ulaşmış olurlar.

Sürenin sona ermesiyle taraflar bu süre zarfında doğmuş olan borçlarının ifasını gerçekleştirmiş olsun veya olmasınlar aralarındaki sürekli borç ilişkisi son bulacaktır. Bunun sonucunda, gelecekte taraflar arasında herhangi bir borç doğması söz konusu olmayacaktır. Ancak, tarafların sözleşme süresi içerisinde doğmuş ancak gereği gibi ifa edilmemiş muaccel borçları sözleşmenin süresi sona erse de varlığını devam ettirecektir. Sözleşme sona erse de taraflardan birisinin sorumlu olduğu bir ifa engeli sebebiyle sözleşme süresi içerisinde gereği gibi ifa yerine getirilememiş ise yerine getirilemeyen asli edim borcu tazminat borcu olarak devam edecektir⁴⁰³.

Sözleşmenin sonunda sözleşmede kiraya veren konumunda bulunan yüklenici şirket tesis üzerindeki hakkını kaybederken kiracı konumundaki idare tesisin sahibi olacağından sözleşmenin zımni iradeyle hukuki ilişkiye devam edilmesi şeklinde uzatılması mümkün değildir. Zira, YKD sözleşmesinin kiralama unsurunun zımnen devam ettirilen bu ilişkide bulunması imkansızdır. İdarenin yüklenici şirket ile ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve hizmet alımı konusundaki hukuki ilişkisini devam ettirmesi mümkün olsa bile bu hukuki ilişki YKD sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilemez⁴⁰⁴.

⁴⁰³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 452.

⁴⁰⁴ Yazarın aynı konuda YİD sözleşmesi özelinde yaptığı değerlendirmelerinden faydalanılmıştır. PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 452-453.

B. Tarafların Karşılıklı Anlaşması

Sözleşme serbestisi ilkesi bir sözleşmenin kurulması aşamasını kapsadığı gibi sözleşmenin sona erdirilmesinde de geçerlidir. Özel hukuk hükümlerine tabi YKD sözleşmelerinde tarafların karşılıklı anlaşarak süresi dolmadan önce sözleşmeyi sona erdirebilmesi mümkündür. 6428 sayılı Kanun md. 4/IX'da tarafların sözleşmeyi karşılıklı anlaşarak sona erdirmesine ilişkin hususların uygulama sözleşmesinde belirleneceği düzenlenmiştir. Ancak taraflar irade serbestisi ilkesi çerçevesinde karşılıklı anlaşmayla emredici hükümlere uymak kaydıyla uygulama sözleşmesinde belirlenen hususlar dışına çıkarak da sözleşmeyi sona erdirebilirler. İlgili mevzuatın emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde tarafların anlaşmalarında o ana kadar yapılmış işin bedeli, ödenmesine karar verilmiş ise tazminatın kapsamını belirleyebilmeleri mümkündür⁴⁰⁵.

Tarafların sözleşmeyi karşılıklı anlaşarak sona erdirmeye amacıyla yaptıkları sözleşme *bozma (ikale) sözleşmesi* olarak adlandırılmaktadır. Sözleşmeyi ve haliyle sözleşmeden doğan veya doğacak alacak haklarını ortadan kaldıran bozma sözleşmesi hukuki niteliği yönüyle tıpkı ibra sözleşmesi gibi borçlandırıcı değil, bir tasarruf işlemidir⁴⁰⁶. Ancak ibradan farklı olarak bozma sözleşmesi yalnızca bir alacağın değil, bütünüyle bir borç ilişkisinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır⁴⁰⁷.

Kural olarak bozma sözleşmeleri geçmişe etkili olmakla birlikte bu kural ifasına başlanmış sürekli borç ilişkisi doğuran YKD sözleşmelerinde uygulanması mümkün değildir. YKD sözleşmelerinde ifaya başladıktan sonra taraflar anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeye karar verirseler yapılacak anlaşma ileriye etkili olarak hüküm ve

⁴⁰⁵ ÇAKIR, s. 320 dn. 507.

⁴⁰⁶ EREN, *Genel Hükümler*, s. 1288; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 542.

⁴⁰⁷ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara, 2021, s. 1175.

sonuçlarını doğuracaktır⁴⁰⁸. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı anlaşılaraq sona erdirilmesi durumunda ilgili yönetmeliğe göre o zamana kadar yapılmış olan işlerle ilgili hesaplamalar genel hükümler dairesinde yapılır, kesin teminat mektubunun ise idareye iadesi sağlanır⁴⁰⁹. Ayrıca, şirket lehine üst hakkı tahsis edilen arazi ile üzerindeki tüm yapılar tam, sağlam ve kullanılabilir vaziyette herhangi bir bedel ödenmeksizin Hazine'ye geçecektir⁴¹⁰. Bu hükümler emredici nitelikte olup aksi taraflarca kararlaştırılması mümkün değildir.

C. Sözleşmenin Feshedilmesi

Fesih sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin tek taraflı olarak ileriye etkili olacak bir biçimde sona erdirilmesini sağlayan bozucu yenilik doğuran bir haktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince kamu hizmetinin görülmesine ilişkin olan YKD sözleşmesinin feshedilmesine en son çare olarak başvurulmalı, tarafların önceliği sözleşmeyi ayakta tutmak olmalıdır⁴¹¹. YKD sözleşmesi hazırlanırken de feshin son çare olduğu ilkesine riayet edilmeli ve ileride herhangi bir uyuşmazlık çıkması ihtimali göz önüne alınarak kamu, yatırımcı şirket ve finansman sağlayanların menfaatine olduğu sürece sözleşmeyi ayakta tutabilecek çözümler sözleşmeye konulmalıdır. Aşağıda detaylı olarak incelenecek ilgili mevzuattaki fesih hükümleri de feshin son çare olması ilkesine uygun şekilde düzenlemeler ihtiva etmektedir. YKD sözleşmelerinde fesih adeta sözleşmenin karşı tarafını çözüme zorlayan

⁴⁰⁸ **EREN**, *Genel Hükümler*, s. 1289; **KILIÇOĞLU**, *Genel Hükümler*, s. 1059.

⁴⁰⁹ **BARKAN TEREYAĞOĞLU**, s. 79.

⁴¹⁰ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 63/III.

⁴¹¹ **ÇAKIR**, s. 320-321; **UNCITRAL** s. 153.

bir baskı unsurudur⁴¹². Düzenlemelerdeki işleyiş kural olarak sözleşmenin ihlal edildiğini düşünen tarafın bu iddiasını gerekçesiyle birlikte sözleşmenin diğer tarafına bildirmesi ve ondan bu durumu çözüm üretmesini beklemesi yönündedir. Ancak sözleşmeye devam edilmesi taraflardan birisi için artık çekilemez hale gelmişse sözleşmenin fesih edilmesi yoluna gidilebilmektedir. Aşağıda hem idare hem de özel amaçlı şirket yönünden fesih halleri incelenecektir.

1. İdarenin Sözleşmeyi Feshetmesi

İdarenin tek taraflı olarak sözleşmeyi feshetmesine ilişkin 6428 sayılı Kanun ile yönetmeliğinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşmedeki yatırım dönemi ve işletme dönemi için ayrı olarak sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca, ilgili mevzuatta özel düzenleme bulunmayan hallerde YKD sözleşmesinin bir karma sözleşme olmasının sonucu olarak yatırım dönemindeki uyuşmazlıklara sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesine⁴¹³ ait hükümler, işletme döneminde kira unsuruna ilişkin uyuşmazlıklara ise ürün kirası sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Yine, Borçlar Hukukunun genel hükümleri isimsiz sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulduğundan YKD sözleşmesinin feshi için genel hükümlere de başvurulabilecektir⁴¹⁴.

⁴¹² İNCÜVEZ, s. 145.

⁴¹³ Ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinin hükümleri uygulanırken YKD sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu hususu atlanmamalıdır. PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 493.

⁴¹⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 957; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 525.

a. Yatırım Dönemi

İlk olarak idarenin yatırım dönemindeki tek taraflı fesih hallerine bakılacak olursa, 6428 sayılı Kanun md. 4/VI'ya göre *“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. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.”*

İlgili madde ve benzer yöndeki yönetmelik hükmüne göre yapım aşamasında yüklenici şirketin taahhütlerini yerine getirememesi halinde şu prosedür işletilecektir: YKD sözleşmesinin yatırım evresinde sözleşmedeki taahhüdünden cayması veya üstlendiği edimlerin ifasını sözleşmeye uygun bir biçimde gerçekleştirmemesi durumunda noter vasıtasıyla idare özel amaçlı şirkete durumu açıkladığı ve işin özelliğine göre düzeltilmesi için uygun bir süre verdiği yazılı ihtar çekmek zorundadır. Aynı zamanda idarenin finansman sağlayan kuruluşlara da durum hakkında ihbarda bulunması gerekmektedir. Süresi içerisinde sözleşmeye aykırı durumun özel amaçlı şirket tarafından giderilmemesi halinde finansman sağlayanlar ve idare özel amaçlı şirketin ortaklık yapısında değişikliğe giderek işin yapılmasını sağlayabilirler. Ortaklık yapısının değiştirilememesi veya değiştirilmesine rağmen işin yaptırılamaması halinde ayrıca ihbar

ve mahkemeye başvurmak gerekmeksizin idare sözleşmenin feshi yoluna gidebilecektir⁴¹⁵.

Ortaklık yapısının değiştirilmesinden ne anlaşılması gerektiği ise açıklanmaya muhtaçtır. Zira anonim bir şirket olan özel amaçlı şirketin ortaklık yapısının sözleşmeyle böyle bir yetki tanınmış olsa dahi idare ile finansman sağlayanlar tarafından doğrudan doğruya değiştirilebilmesi TTK'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil edeceğinden mümkün değildir. Kanunda zikredilen ortaklık yapısının değiştirilmesinden idare ve finansman sağlayanların proje şirketinden ortaklık yapısında değişikliğe giderek sözleşmeye aykırılığı gidermesini talep etmesinin anlaşılması gerekir⁴¹⁶.

Derhal fesih hallerinde ise bu prosedürün işletilmesine gerek olmaksızın idare sözleşmeyi feshedebilecektir. 6428 Uygulama Yönetmeliği 49/I'de derhal fesih hallerine YKD sözleşmesinde yer verilmesi gereken hususlardan biri olarak belirtilmiştir. Derhal fesih hallerinin belirlenmesi sözleşmelere bırakıldığından projelerde değişik derhal fesih halleriyle karşılaşılabilmesi mümkündür. Sözleşmede düzenlenmiş olan bir derhal fesih halinin doğrudan kendisinin uyuşmazlık konusu yapılması mümkün değildir. Ancak ve ancak bu derhal fesih halinin gerçekleşmediği ileri sürülebilecektir. Derhal fesih hallerinin sözleşmede düzenlenmemesi halinde ise taraflardan birinin haklı sebeple derhal feshe başvurması halinde diğer tarafın sebebin haklı olmadığını uyuşmazlık konusu yapabilmesi mümkündür.

6428 sayılı Kanun md. 4/VI'da *“yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi”* denilerek yüklenici şirketin sağlık tesisini inşa borcu kapsamındaki tüm sözleşmeye aykırılık hallerine ilişkin genel bir düzenleme yapıldığı söylenebilecektir. Bu nedenle eser sözleşmesi kapsamındaki fesih

⁴¹⁵ 6428 s. K. md 4/VI, 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 62/I.

⁴¹⁶ KARAGÖZ, s. 97.

halleri içerik ve sonuçları yönünden yol gösterici olacak olsa da idarenin yüklenicinin inşa etme borcu kapsamındaki sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle sözleşmeyi feshedebilmesi için 6428 sayılı Kanun'da öngörülen ve yukarıda değinilen prosedürü işletmesi gerekecektir.

Eser sözleşmesi hükümleri kapsamında idarenin başvurabileceği fesih hallerinden ilki yüklenici şirketin borçlarında değindiğimiz üzere TBK md. 473/I'e göre yüklenici şirketin işe zamanında başlamaması veya devam etmemesi halidir. TBK md. 473/I'e göre *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* YKD sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmenin ifasına başlanmış olması halinde ilgili maddeden ileriye etkili feshin anlaşılması gerekir. İşe başlama ve devam borcunun ihlali YKD sözleşmesinde derhal fesih hali olarak düzenlenmemesi halinde idarenin fesihden önce 6428 sayılı Kanun md. 4/VI'daki prosedürü işletmesi gerekecektir. Yine, eser sözleşmesinde ayıba ilişkin TBK md. 475 hükmüne göre sağlık tesisinin kullanılamayacağı veya hakkaniyet kuralı gereğince idarenin kabule zorlanamayacağı şekilde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aykırı olması halinde de sözleşmenin feshedilmesi yoluna gidilebilmesi için 6428 sayılı Kanun md. 4/VI'daki prosedürün işletilmesi gerekecektir.

Tam tazminatla fesih başlıklı TBK md. 484'e göre iş sahibi, eser tamamlanmadan önce yapılmış olan kısmın karşılığını vermek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek şartıyla yüklenicinin herhangi bir kusuru aranmaksızın sözleşmeyi feshedebilecektir.

Eserin tamamlanmış olması halinde ise maddenin uygulanması mümkün değildir⁴¹⁷. İlgili hükümde yüklenicinin sözleşmeye aykırı bir hareketi aranmadığından idare, 6428 sayılı Kanun md. 4/VI'da gösterilen prosedürü uygulamadan ve herhangi bir gerekçe göstermeden TBK md. 484'e dayanarak sözleşmeyi feshedebilecektir. İdarenin ilgili hüküm kapsamında sözleşmeyi feshetmesi halinde inşaatın tamamlanan kısmı için ödeme yapması zorunludur. Ayrıca, ifa sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleşseydi yüklenici şirket ne durumda olacak idiyse o durumun idare tarafından sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda, idarenin yüklenici şirketin yoksun kaldığı karı ve sözleşmenin feshi nedeniyle uğradığı zararı karşılaması gerekmektedir⁴¹⁸.

Yüklenici özel amaçlı şirketin bir tüzel kişi olmasının sonucu olarak eser sözleşmesinde yüklenicinin ölümü veya ifa yeteneğini kaybetmesine ilişkin TBK md. 486'nın⁴¹⁹ YKD sözleşmesine uygulanabilmesi imkânı bulunmamaktadır.

b. İşletme Dönemi

Sözleşmenin işletme evresinde ise sağlık kamu hizmeti faaliyeti yürütüldüğünden bu hizmetlerin aksamaması önem arz etmektedir. Her ne kadar sağlık hizmetinin ifası idare tarafından gerçekleştiriliyor olsa da özel amaçlı şirkete bırakılan özellikle yan tıbbi hizmetlerin gereği gibi görülmemesi de kamuya sağlık hizmetinin sağlanmasında aksamalara neden olabilecektir. Bu nedenle ilgili mevzuatta yüklenici şirketin işletme

⁴¹⁷ BÜYÜKAY, s. 199.

⁴¹⁸ KILIÇOĞLU, Borçlar Özel, s. 503.

⁴¹⁹ “Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.”

dönemindeki yükümlölüklerine aykırı davranışlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

İşletme döneminde gördüğü yan hizmetler açısından özel amaçlı şirketin sözleşmede belirlenmiş olan asgari performans puanını sağlayamamış olması halinde, idare finansman sağlayanlarla anlaşarak özel amaçlı şirketin ortaklık yapısında değişikliğe giderek sözleşmenin ayakta kalmasını sağlayabilir ancak aksi durumda idare sözleşmeyi feshetme yoluna gidebilecektir⁴²⁰.

6428 sayılı Kanun md. 4/VII'ye göre, *“Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu 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. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır. (...)”* İlgili hükme göre yan hizmetlerin ifasına ilişkin olarak sözleşmede yüklendiği edimi özel amaçlı şirketin yerine getirmemesi durumunda kendisine noter vasıtasıyla çekilen ihtarla gereğini yapması için kendisine işin önemine uygun bir süre verilir. Ayrıca idare finansman sağlayan kuruluşlara da durum hakkında ihbarda bulunulur. Tanınan bu sürenin çözüm olmaması halinde işi özel amaçlı şirket namı hesabına idare üçüncü bir kişiye yaptırabilecektir. Üçüncü kişiye yapılacak olan

⁴²⁰ 6428 s. K. md 4/VII.

ödeme özel amaçlı şirkete ödenecek olan bedelden düşülecektir. Buradaki sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmenin feshine imkân tanınmamıştır. Zira hizmet alımına ilişkin bir sözleşmeye aykırılık için YKD sözleşmesinin feshetmek pire için yorgan yakmaya benzeyecektir.

Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi hallerine ise 6428 Uygulama Yönetmeliği 57/III’de yer verilmiştir⁴²¹. Bu hallerin varlığı halinde durum en hızlı araçlarla özel amaçlı şirkete bildirilerek idarece özel amaçlı şirketin namı hesabına yaptırılacaktır.

Kira sözleşmesinin sürdürülmesinin taraflar açısından çekilmez hale gelmesine neden olan önemli bir sebebin varlığı halinde ürün kirası sözleşmesinin feshini düzenleyen TBK md. 369’e göre de idarenin işletme döneminde YKD sözleşmesini feshedebilmesi mümkündür⁴²². Taraflardan birinin sözleşmedeki amaçlarına ulaşmasını engelleyen ve kısa sürede de kalkması mümkün olmayan durumlarına meydana gelmesi halinde sözleşmeye devamın katlanılamaz hale geldiği söylenebilir⁴²³. İdarenin

⁴²¹ “Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliği halleri şunlardır: a) Sağlık tesisinde tıbbi gaz sistemleri (oksijen, azot, hava, vakum ve atık) ve sterilizasyon şartlarını sağlayacak havalandırma sisteminin çalışmaması veya uygun hava filtrasyonu ve uygun iklimlendirme ve hijyen şartlarının sağlanamaması b) Sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetinin aksamaması nedeniyle ameliyat hizmetlerinin yapılamaz hale gelmesi, sterilizasyon ünitelerinde güvenlik önlemlerinin alınmaması c) Bakım ve onarım hizmetlerinin yapılmaması veya hasta asansörlerinin çalışmaması nedeniyle acil hizmetler, ameliyathane, yoğun bakım, poliklinik ve klinik hizmetlerin verilememesi ç) Acil hizmetlere yönelik görüntüleme, laboratuvar ve ameliyat gibi hizmetlerin verilememesi d) Jeneratörler ile kesintisiz güç kaynaklarının periyodik bakımlarının yapılmaması ve elektrik kesintisi halinde cihazların çalışmaması nedeniyle sunulan hizmetin kesintiye uğraması e) Cihaz bakım ve kalibrasyonlarının yapılmaması nedeniyle hasta güvenliğinin tehlikeye düşmesi f) Temizlik hizmetlerinin aksamaması, malzemelerin temin edilmemesi temizlik kurallarına riayet edilmemesi sonucunda hastane enfeksiyon komitesi tarafından hizmetin sürdürülemezliği noktasında karar alınması g) Hastalar ve çalışanlar için radyasyon koruyucuların temin edilmemesi veya kullanılmaması ğ) Hasta ve çalışan güvenliğini tehdit eden sebeplerden dolayı sağlık hizmetlerinin sunulamaması”

⁴²² KILIÇOĞLU, Özel Hükümler, s. 341.

⁴²³ ALTAŞ, s. 254; DURCAN, s. 254.

sözleşmeyi feshedebilmesi için önemli sebebin kendi kusurundan kaynaklanmıyor olması şarttır⁴²⁴. İdarenin bu madde hükmü uyarınca sözleşmeyi feshetmesi halinde yüklenici şirketin uğrayacağı zararları tazmin etmesi gerekmektedir⁴²⁵. Tazminatın kapsamı her somut olayda sözleşmenin kalan süresi tarafların kusur oranları dikkate alınarak belirlenecektir⁴²⁶. Şartların sağlanması halinde hem kiracıya hem de kiraya verene sözleşmeyi fesih hakkı tanıdığından TBK md. 369'e göre özel amaçlı şirketin de sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür.

2. Özel Amaçlı Şirketin Sözleşmeyi Feshetmesi

YKD mevzuatında yalnızca idarenin fesih hakkına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, özel amaçlı şirket açısından ise fesih hakkının bulunduğu belirtilmesi ile yetinilmiştir⁴²⁷. Özel amaçlı şirketin de idarenin kusurlu davranışları nedeniyle belirli durumlarda fesih yoluna gitme hakkının mevcut olacağı söylenebilir.

İdarenin kusurlu davranışlarına ilişkin ilgili mevzuatımızda herhangi bir örnek sayılmamış olmakla birlikte, idarenin kusurlu sayılabilecek davranışları olarak ödemelerin eksik yapılması veya hiç gerçekleştirilmemesi, idarenin şirketin üst hakkını ihlal etmesi, ilgili idare veya başka idarece sözleşme çerçevesinde gerekli olan izinlerin verilmemesi, şirketin yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olacak şekilde veya dürüstlük kurallarına göre şirketin yükümlülüklerini yerine getirmesinin kendisinden

⁴²⁴ ARAL/AYRANCI, s. 334.

⁴²⁵ EREN, *Özel Hükümler*, s. 395.

⁴²⁶ ALTAŞ, s. 256.

⁴²⁷ 6428 Uygulama Yönetmeliği md. 62/VII: “Sözleşmenin, yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın idare tarafından feshedilmesi veya idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmenin yüklenici tarafından feshi durumunda, yüklenicinin zararının ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir. (...)”

beklenemeyeceği şekilde zorlaşmasına neden olacak biçimde idarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi, idarenin sözleşme hükümlerinde tek taraflı olarak değişikliğe gitmesi, idarenin eylem ve davranışlarıyla sözleşmenin gerçekleştirilmesini imkansız hale sokması, ilgili veya başka bir idarenin bir işlemi nedeniyle şirketin gelirlerinde ciddi azalma veya masraflarında önemli bir artışın meydana gelmesi, geçerli bir neden olmaksızın idarenin fiili tamamlama belgesini düzenlememesi gibi örnekler verilebilir⁴²⁸.

YKD sözleşmesinin karma bir sözleşme olmasının doğal sonucu olarak eser sözleşmesi veya ürün kirası sözleşmesi hükümlerine dayanarak da özel amaçlı şirketin sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür.

Her ne kadar YKD sözleşmesinde inşa edilen sağlık tesisinin karşılığında bir ücret öngörülmeyp karşılığı işletme dönemindeki kira bedelleriyle sağlanıyor olsa da sözleşme kurulurken belirlenen bu kira bedeliyle sağlık tesisinin inşa edilmesi başlangıçta öngörülemeyen veya göz önünde bulundurulmayan durumlar nedeniyle güçleşirse TBK md. 480/II'nin⁴²⁹ kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. İlgili kanun hükmü gereğince bedelin yüklenici şirket bedelin uyarlanması hakimden talep edebilir. Bunun mümkün olmaması veya idareden beklenemiyor olması halinde ise yüklenici şirket sözleşmeyi feshedebilir.

İşletme döneminde kiracı konumunda bulunan idarenin en önemli borcu kira bedellerini sözleşmede öngörüldüğü biçimde düzenli bir şekilde ödemesidir. Kira bedeli ödeme borcunun yerine getirilmemesi halinde kiraya veren konumunda bulunan yüklenici şirketin ürün kirası sözleşmesi hükümlerine göre sözleşmenin feshi yoluna

⁴²⁸ UNCITRAL, s.159-160.

⁴²⁹ “Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”

gidebilmesi mümkündür⁴³⁰. TBK md. 362/II'ye göre “*Kiracı, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödemezse kiraya veren, kiracıya yazılı olarak en az altmış günlük bir önel verip, bu önel içinde ödememesi durumunda sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir.*” İlgili kanun hükmü gereğince idarenin temerrüdü halinde kira bedelini ödemesi için yazılı en az altmış günlük süre⁴³¹ veren yüklenici şirket, bu süre içerisinde de kira bedelinin idare tarafından ödenmemesi halinde sözleşmeyi feshedebilecektir. Ancak, Hazine arazisi üzerinde yapılan sağlık tesisi sözleşmesinin sona ermesiyle idarenin mülkiyetine geçeceğinden yüklenici şirket, sağlık tesisinin iadesini talep edemeyecektir. Yüklenici şirketin talebi zararlarının tazminiyle sınırlı olacaktır.

Kamu yatırımını yapan devletin moratoryum ilan etmesi halinde kiracının iflasını düzenleyen TBK md. 370'in sözleşmeye kıyasen uygulanarak yüklenici şirketin sözleşmeyi feshedebilmesi mümkün görülmelidir⁴³². Kiracının ölümüne ilişkin olan TBK md. 371'nin ise Sağlık Bakanlığı'nın bir kamu tüzel kişisi olması nedeniyle uygulanması imkânı bulunmamaktadır. Yine, YKD sözleşmesi belirli süreli bir sözleşme olduğundan belirsiz süreli ürün kirası sözleşmesinin yasal sürelerle uyularak fesih bildirimi ile sona erdirilmesine ilişkin TBK md. 368 de bu sözleşme açısından uygulama alanı bulmayacaktır⁴³³.

Daha önce ifade ettiğimiz üzere ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmayan hallerde adi kira sözleşmesine ilişkin hükümler TBK md. 358 gereğince uygulama alanı bulacaktır. Bunlardan biri olan TBK md. 316'ya göre kiracı, kiralananı sözleşmeye uygun

⁴³⁰ ALTAŞ, s. 267; DURCAN, s. 218.

⁴³¹ En az altmış günlük süre ürün kirası sözleşmelerine özgüdür. Adi kira sözleşmesi hükümlerinde kira bedeli ödeme borcunda temerrüt halinde herhangi bir süre öngörülmemiştir. **KILIÇOĞLU, Özel Hükümler**, s. 335; **URAL ÇINAR, Nihal**: Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014, s. 291.

⁴³² Aynı görüşte yazar için bkz. **KARAGÖZ**, s. 95.

⁴³³ ALTAŞ, s. 261.

bir biçimde özenle kullanmak zorundadır. Kiracının özen borcuna aykırı davranması halinde kiraya verenin sözleşmeyi feshedilmesi mümkündür⁴³⁴. Ancak YKD sözleşmesinde sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sağlık tesisinin idarenin mülkiyetine geçmesi öngörüldüğünden özel amaçlı şirketin bu kapsamda bir zarara uğramayacağı görüşüne⁴³⁵ katıldığımızdan YKD sözleşmesinin niteliğine uygun olmayan ilgili maddenin uygulanamayacağı görüşündeyiz.

3. Feshin Genel Sonuçları

Sözleşmeyi taraflardan birinin feshetmesi halinde üst hakkı kendiliğinden sona erer ve bunun sonucunda arazi üzerindeki sağlık tesisiyle birlikte tüm yapıların mülkiyeti idareye geçer. Özel amaçlı şirketin kusurundan kaynaklanan bir sebeple YKD sözleşmesinin feshedilmesi halinde özel amaçlı şirket tarafından idareye verilen kesin teminat Hazine'ye irad olarak kaydedilecek, yatırdığı bu teminatı talep etme imkânı olmayacaktır.

YKD modelinde sağlık kamu hizmeti idare tarafından ifa edildiğinden talep garantisi söz konusu olmayacağından bahsetmiştik. Ancak YKD modelinde sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi halinde 4749 sayılı Kanun md. 8/A gereğince borç üstlenimi yoluyla idare finansman sağlayanlara garanti sağlayabilmektedir. Ancak borç üstlenimi taahhüdü sadece yabancı finansman sağlayanlardan alınan kredi açısından verilebilmektedir. Hükme göre borç üstlenimi taahhüdü verilebilmesi için YKD modeliyle yapılan projenin asgari 500 milyon TL olması şarttır. Sözleşme proje şirketinin

⁴³⁴ **KOCA, Mustafa:** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerine Göre Ürün Kirasının Sona Ermesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S. 4, s. 140.

⁴³⁵ **KARAGÖZ,** s. 94.

kusurundan kaynaklanan bir sebeple feshedilmişse ana kredinin %85'i, bunun dışında başka bir sebeple feshedilmiş olması halinde ise ana kredinin tamamı borç üstlenimi kapsamına girecektir⁴³⁶. Burada borç üstlenimi Sağlık Bakanlığı tarafından değil, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından sağlanmaktadır. Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından verilen bu borç üstlenimi taahhüdü finansman sağlayanlarla yapılan bir sözleşme çerçevesinde verildiğinden yani alacaklı tarafa taahhüt edildiğinden borcun dış üstlenimi olduğu kanaatindeyiz⁴³⁷. Sözleşmenin feshedilmesi halinde uygulanacağından taahhüt, geciktirici koşula bağlanmış bir borç üstlenme taahhüdüdür.

II. SAĞLIK TESİSLERİ AÇISINDAN YAP-KİRALA-DEVRET SÖZLEŞMELERİNDE UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM YOLLARI

YKD modeliyle yapılan sağlık tesisi projelerinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların hangi merci tarafından çözümleneceği ve hangi hukuk kurallarının uygulanacağı uyuşmazlığın sözleşme öncesi mi sonrası mı ortaya çıktığına ve ayrıca sözleşmenin imzalanmasından sonra ise sözleşmeden bağımsız nitelikte bir işlem olup olmadığına göre değişiklik göstermektedir.

A. Sözleşmeden Önce Çıkan veya Sözleşmeden Ayrılabilen Uyuşmazlıklar Açısından

Sağlık kamu hizmetinin yerine getirileceği tesislerin inşasının amaçlandığı YKD projelerinde bir tarafın kamu idaresi olmasının doğal sonucu olarak sözleşmenin

⁴³⁶ ÇİFCİ, *Garantiler*, s. 110-111.

⁴³⁷ Aksi görüş için bkz. KARAGÖZ, s. 100.

imzalanmasından önce hazırlık ve ihale süreçlerinde idare tek taraflı olarak çeşitli işlemler yapmaktadır. Söz konusu işlemlerin ilgililerin hak ve menfaatlerini ihlal etmesi ve bu kişilerce uyuşmazlık konusu yapılabilmesi mümkündür⁴³⁸.

Her ne kadar YKD sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu ifade etsek de proje kapsamında sözleşmenin imzalanmasından önce kamu idaresi tarafından tek taraflı olarak yapılan idari işlemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı yolu tarafından çözümlenecektir⁴³⁹. Bunun yanında ayrıca sözleşme imzalanıp da uygulama aşamasına geçildikten sonra tesis edilmiş olsa bile sözleşmeden bağımsız nitelikteki idarenin tek taraflı işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri de idari yargıdır. Bu durum bir Danıştay kararında “(...)sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmeden kaynaklanmayan sözleşmeden doğan bir hak ve alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların da idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi zorunludur.” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁴⁰.

⁴³⁸ İNCÜVEZ, s. 147.

⁴³⁹ “(...)2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na dayanılarak sözleşme aşamasına kadar idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler yasanın kamu yasası olma niteliği nedeniyle idari niteliktedir ve bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların görüm ve çözümünde idari yargı görevlidir. Ancak taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmektedir.”(Danıştay 10. D., 05.02.2003 T., 2001/5105 E., 2003/358 K. sayılı kararı) (legalbank.net)

⁴⁴⁰ Danıştay 10. D., 05.02.2003 T., 2001/5105 E., 2003/358 K. sayılı kararı. Benzer yönde bir karar: “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun kamu hukukunu ilgilendiren yasalar olması nedeniyle, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise sözleşme ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülmesi gerekmekte ise de; sözleşme yapıldıktan sonra tesis edilse bile sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanmayan, sözleşmeden doğan bir hak veya alacağın takibi niteliğini taşımayan, idarenin kamu gücüne dayanarak ve tek yanlı olarak tesis ettiği idari işlemlerin iptali istemiyle açılan veya bu nitelikteki idari işlemler nedeniyle doğan tazminat istemleri nedeniyle açılan davaların da

B. Sözleşmeden Sonra Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar Açısından

1. Genel Olarak

YKD sözleşmesinde uyuşmazlığın hangi yargı kolu tarafından çözümlenmesi gerektiğinin cevabını sözleşmenin hangi hukuki rejime tabi olduğu verecektir. Anayasa md. 47/IV'ün tanıdığı takdir yetkisi çerçevesinde kanun koyucu 6428 sayılı Kanun'da sağlık tesislerinin inşası için akdedilen YKD sözleşmelerini özel hukuka tabi kılmıştır. Kanun hükmü gereğince ihale sürecinin tamamlanması ve özel amaçlı şirket ile sözleşmenin imzalanmasının ardından sözleşmenin uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara tereddütsüz bir şekilde özel hukuk hükümleri uygulanacaktır. Bunun doğal sonucu olarak sözleşmenin uygulanması kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde adli yargı mahkemeleri görevli ve yetkili olacaktır⁴⁴¹. Her ne kadar taraflardan birisi idare olsa da idari yargı yoluna başvurmak mümkün olmayacaktır.

Sağlık sektöründeki YKD projeleri kapsamında imzalanan sözleşmelerin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesi açısından tarafların farklı çözüm yöntemlerine başvurabilmeleri kanun koyucu tarafından mümkün kılınmıştır. 6428 sayılı Kanun md. 4/XI'e göre *“Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686*

idari yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerekmektedir.”(Uyuşmazlık Mahkemesi, 05.11.2012 T., 2012/59 E., 2012/214 K. sayılı kararı) (legalbank.net) (E.T.: 10.06.2023).

⁴⁴¹ GÖKYURT, s. 174; GÜRKAN, Kamu Özel, s. 131.

*sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu*⁴⁴² çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.”⁴⁴³ İlgili madde hükmüyle uyuşmazlık halinde tarafların tahkim yoluna başvurabilmeleri imkânı getirilmiştir. YKD sözleşmesinde buna yönelik bir belirleme yapılmaması halinde ise çıkan uyuşmazlıklarda Türkiye Cumhuriyeti adli mahkemeleri görevli olacaktır. Ancak belirtilmelidir ki yabancı finansman sağlayanlar ile özel amaçlı şirket hissedarlarınca projeye ilişkin inisiyatifin devlete bırakılmak istenmemesi ve tahkimin güvenilir bir yol olarak görülmesi sebebiyle sözleşmeye tahkim şartı koyulması talep edilmekte ve uygulamada uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yoluna başvurulmaktadır⁴⁴⁴.

YKD modeli üçüncü kişilerin de dahil olduğu kompleks ve uzun süreli ilişkileri içerdiğinden ve bir kamu hizmetinin görülmesi amacı taşıdığından ilgili kanun ve yönetmelikte sözleşmeyi ayakta tutma amacıyla taraflara uyuşmazlıkların ortaya

⁴⁴² Bir yazara göre kanunun lafzından tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda dahi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki tahkim hükümlerini devre dışı bırakıp yine mutlaka MTK’nın uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durum milli ve milletlerarası tahkim hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği YKD sözleşmelerinde uyuşmazlık halinde bu hükme rağmen HMK’nın tahkime ilişkin hükümleri uygulanmalıdır. Yazarın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **ORAK, Cem Çağatay:** “Sağlık Sektöründeki Kamu Özel İşbirliği Projeleri: Türk Tahkim Hukukunda Bir Anomali Örneği (mi)”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 9, S. 1, 2020, s. 195 vd. Bize göre düzenlemedeki aykırılık uygulamada YKD sözleşmelerinin tamamında yabancılık unsurunun bulunmasından kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu uygulamada karşılaşılmaması pek mümkün görmediği yabancılık unsuru bulunmayan uyuşmazlık hallerini es geçerek düzenleme yapmıştır. Bizce de her ne kadar uygulamada karşılaşılmaması çok mümkün gözükme de tahkim yerinin Türkiye seçildiği, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda HMK’nın tahkim hükümlerinin uygulanması doğru olacaktır.

⁴⁴³ Tahkim yoluna gidilmesi halinde MTK’nın tahkim hükümlerinin ve uyuşmazlığın esasına da Türk maddi hukukunun uygulanması gerektiğini düzenleyen bu madde hükmünün Türkiye’nin tahkim rejimine, taraf olduğu milletlerarası anlaşmalara ve tahkim pratiğine aykırı olduğuna dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **ORAK**, s. 155-203.

⁴⁴⁴ **KEŞLİ**, s. 292; Yatırımcıların neden tahkimi tercih ettiklerine ilişkin açıklamalar için bkz. **KESKİN, Bayram:** Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, İstanbul, 2007, s. 129-131.

ıkmasını engelleyici yükümlülükler yüklenmiş, YKD sözleşmesinin de bu amaca yönelik olarak hazırlanması için düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşmeyi ayakta tutmanın ikinci bir yönü ise ortaya çıkmasının engellenemediği hallerde uyuşmazlığın öncelikle dostane zm yöntemleri ile zlmesidir⁴⁴⁵. Adli mahkemelerde olduğu gibi tahkim yargılamasının da meşakkatli bir sürece dönüşebilmesi ihtimali karşısında özellikle küçük boyutlu uyuşmazlıklarda ilk olarak arabuluculuk, uzman görüşü veya koordinasyon kurulu gibi dostane zm yöntemlerine başvurulması tarafların menfaatine olacaktır⁴⁴⁶.

2. Tahkim Usulü Yönünden

Tahkim anlaşması, tarafların aralarında çıkmış veya ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine başka özel kişilerce incelenip zmlenmesine yönelik yaptıkları anlařmadır⁴⁴⁷. Uygulamada çeşitli avantajları nedeniyle KÖİ projelerinin tamamına yakınında uyuşmazlıkların tahkim yoluyla zmlenmesine ilişkin hükümlerin sözleşmelere koyulduğu görülmektedir. Bu nedenle YKD sözleşmesinde tahkime ilişkin hususları ayrıca incelemek gerekir.

Kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde yargı yolunun kanun koyucunun iradesiyle değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesi

⁴⁴⁵ GÖKTÜRK, s. 62.

⁴⁴⁶ GÖKYURT, s. 208; AYDIN, s. 91; EVREN, s. 287 vd.

⁴⁴⁷ CAN, Hacı/ TUNA, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Ankara, 2021, s. 140; KURU, Baki/ AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. II, B.2, Ankara, 2021, s. 1873; YILMAZ, Ejder/ ARSLAN, Ramazan/ TAşPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, B.8, Ankara, 2022, s. 788. MTK md. 4/I: “Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla üzülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. (...)”

kararı⁴⁴⁸ sonrasında 1999 yılında yapılan değişikliklerle Anayasa md. 125/T'e eklenen hükme göre, *“Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.”* Bu hükümle birlikte KÖİ sözleşmelerinde milli ve yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler için milletlerarası tahkim yoluna gidilebilmesinin önü açılmıştır. Büyük çaplı bir yatırım gerektiren YKD sözleşmelerinde uygulamada büyük çoğunlukla proje hissedarları arasında yabancı kimselerin bulunması ve finansman sağlanırken yabancı kuruluşlara da özellikle başvuruluyor olması sebebiyle tamamına yakınında yabancılık unsuru şartının sağlandığı ve bu nedenle milletlerarası tahkim yoluna gidilebileceği söylenebilecektir.

Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi taraftarı olan yatırımcı ve finansman sağlayanlar yine aynı gerekçelerle tahkim merkezinin yatırım sahibi ülkede olmamasını istemektedirler. Burada yabancı finansman sağlayanların amacı yatırım sahibi ülkedeki politik risklerden korunmak ve büyük çaplı bu projeleri o ülkenin inisiyatifine bırakmamaktır⁴⁴⁹. Bu talebi karşılayarak finansman bulmayı kolaylaştırmak amacıyla 2015 yılında 6428 sayılı Kanun md. 4/XI'de değişikliğe gidilerek *“...ve davanın Türkiye’de görülmesi”* kısmı kanundan çıkarılmıştır⁴⁵⁰. Böylece, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığa tahkim usulü uygulanması halinde tahkim yerinin Türkiye olması şart olmaktan çıkarılmış, YKD projelerine yabancı finansmanın daha kolay gelmesi için yabancı finansman sağlayanların tercih ettiği şekilde yabancı bir ülkede

⁴⁴⁸ AYM, 28.06.1995 T., 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararı, RG. 20.03.1996 T., 22586 S.

⁴⁴⁹ BARKAN TEREYAĞOĞLU, s. 83.

⁴⁵⁰ 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG. 15.04.2015 T., 29327 S.).

tahkimin görülmesi mümkün hale getirilmiştir⁴⁵¹. Tahkimin Türkiye’de görülmesi şartının kaldırılması ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinde geriye şart olarak ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması ve tahkimin MTK’ya tabi olması kalmıştır⁴⁵².

Tahkim sözleşmesiyle tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku da seçmesi kural olarak mümkündür. Sağlık sektöründeki YKD sözleşmelerindeki uyuşmazlıklarda Türk hukukun uygulanması emredici bir hüküm olarak kanun koyucu tarafından şart koşulduğundan tarafların yabancı bir hukuku uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak seçmeleri mümkün değildir⁴⁵³. Bu durum idari sözleşme niteliğindeki imtiyaz sözleşmeleri ile YKD sözleşmesi arasında tahkim açısından önemli bir farklılığa neden olmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerindeki tahkim yoluna ilişkin kanunda yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde doğan uyuşmazlıklara yabancı hukukun taraflarca uygulanmasının kararlaştırılmasına imkân tanınmıştır⁴⁵⁴.

YKD sözleşmesinde uyuşmazlık halinde tahkim yoluna başvurulacağı öngörülmüşse bunun çerçevesinin net bir biçimde çizilmiş olması gerekmektedir. Tahkim yolunun kapsamının açık bir şekilde belirlenebilmesi için YKD sözleşmesinde bulunan tahkime ilişkin hükümlerin yanında ayrıca taraflarca müstakil ve kazuistik bir

⁴⁵¹ **AYGÜL, Musa/ ERDOĞAN, Ersin:** “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 77.

⁴⁵² Kanun değişikliğiyle tahkim yeri olarak yabancı bir ülke olarak belirlenme imkânı sağlanırken tahkimin MTK’ya tabi olmasının yerinde olmadığını ilişkin görüş ve tartışmalar için bkz. **AYGÜL/ ERDOĞAN**, s. 67 vd.

⁴⁵³ **KARAGÖZ**, s. 101.

⁴⁵⁴ Bkz. 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uygulanması Gereken İlkelere Dair Kanun md. 3.

tahkim sözleşmesi de imzalanması uygun olacaktır⁴⁵⁵. Nitekim, uygulamada da bu yolun tercih edildiği görülmektedir.

Kamu yatırımlarına ilişkin olması ve taraflardan birini idare diğerini özel hukuk kişileri oluşturması sebebiyle YKD sözleşmesinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar yatırım ihtilafı olarak adlandırılmaktadır⁴⁵⁶. Yatırım ihtilaflarında uygulanan tahkimin şirketler arasında da uygulanabilen ticari tahkimden ayrılan yönleri bulunmaktadır. Yatırım ihtilaflarında taraflardan birisinin devlet olması nedeniyle kamu yararı gibi kamu hukukuna ilişkin ilkelerin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵⁷.

Sözleşmede kararlaştırılmış olması gereken konulardan birisi de tahkim yargılamasının bir kurum vasıtasıyla mı yoksa ad hoc (özel seçilmiş) hakemlerce mi gerçekleştirileceğidir. Yatırım uyuşmazlıklarının UNCITRAL ad hoc tahkiminde çözüme kavuşturulması kararlaştırılabileceği gibi Dünya Bankası himayesindeki ICSID⁴⁵⁸ tahkim

⁴⁵⁵ **KARAN, Nur Zeliha:** “İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 275; **GÖKTÜRK**, s. 67.

⁴⁵⁶ Tahkim türlerine ilişkin bu ayrıma göre ticari tahkim (olağan tahkim) şirketler arası söz konusu olan tahkimdir. Yatırım tahkimi (kamu katılımlı tahkim) ise devlet ile özel hukuk kişisi arasında kamu yatırımlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda söz konusudur. **CAN/ TUNA**, s. 96, **KESKİN B.**, s. 154.

⁴⁵⁷ **GÖKYURT**, s. 176; **GÜLAN, Aydın:**” Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (ed. Ali ULUSOY), Ankara, 2001, s. 154.

⁴⁵⁸ Yatırım uyuşmazlığı nedeniyle tarafların ICSID tahkimi yoluna gidebilmeleri için hem yatırım sahibi ülkenin hem de yatırımcının tabi olduğu devletin Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme’ ye taraf olmaları şarttır. 1988 tarih ve 3460 sayılı Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun ile TBMM tarafından sözleşmeye katılması uygun görülmüş, Türkiye 1988 yılında sözleşmenin tarafı haline gelmiştir. (RG. 06.12.1988 T., 19830 S.)

yargılamasına ve yahut diğ er bir yaygın kullanılan tahkim merkezi olan ICC tahkimine başvurulabilir⁴⁵⁹.



⁴⁵⁹ K    projelerindeki uyuşmazlıklarda genellikle ICSID ve ICC tahkimlerinin taraflarca tercih edildiği görülmektedir. İNCÜVEZ, s. 149.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün finansmanı ile teknik bilgi ve becerisinden faydalanılması esasına dayanan KÖİ modeli 1980'li yıllarda ülkemizde uygulanmaya başlanmış, günümüzde ise uygulandığı sektörler ve alt modeller de çeşitlenerek kamu hizmetlerinin finansmanında yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Hukukumuzda uygulama alanı bulan son KÖİ modeli ise YKD modelidir. Pilot kamu hizmeti olarak sağlık sektöründe uygulanmaya başlayan YKD modeliyle ülkemizde entegre sağlık kampüsleri- popüler adıyla şehir hastaneleri – inşa edilmeye başlanmıştır.

Mevzuatımıza göre eğitim öğretim tesisleri ile yurt bina ve tesislerinin yapımında YKD modelinin uygulanması mümkündür. Ancak henüz bu sektörlerde yapımına başlanmış bir projeye rastlanmamıştır. Zaten, ilgili sektörlerde yapılan düzenlemeler tek maddeden oluşmakta ve bu haliyle sorunsuz bir şekilde uygulanmaları pek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca, anayasa hükmü gereğince kamu hizmetlerine ilişkin idare tarafından yapılacak olan sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınması ancak bir kanun hükmüyle mümkündür. Ancak, bu sektörler açısından yapılacak olan YKD sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğuna dair herhangi bir hüküm bulunmadığından bu sektörlerde yapılacak olan YKD sözleşmeleri özel hukuk kapsamına girmeyecektir.

YKD sözleşmesi açısından pilot kamu hizmeti olarak projelerin uygulanmaya başlandığı sağlık sektöründe ise 2013 yılında 6428 sayılı Kanun'la sağlık tesisleri açısından ayrıntılı ve müstakil bir kanun çıkarılmıştır. YKD sözleşmesiyle sağlık tesislerinin inşasının özel sektör finansmanı ile gerçekleştirilmesi sağlanmaktadır. YKD modeli kapsamında ihale üzerine bırakılanlar tarafından projeye özgü bir anonim şirketin kurulması zorunludur. YKD sözleşmesi bu özel amaçlı şirket tarafından imzalanacaktır

ve model kapsamında diğer kişilerle kurulan hukuki ilişkiler de bu özel amaçlı şirket vasıtasıyla gerçekleştirilecektir.

YKD sözleşmesi kapsamında yüklenici özel amaçlı şirket sağlık tesisini finansmanı tamamen kendisi bularak inşa etmeyi, inşa ettiği bu sağlık tesisinin tamamlanmasıyla sözleşmenin sona ermesine kadar idareye kiralamay, sağlık tesisinin işletilmesi döneminde kendisine bırakılan yan hizmetleri yerine getirmeyi, ticari hizmet alanlarını işletmeyi ve sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sağlık tesisini bedelsiz bir şekilde çalışır vaziyette idareye devretmeyi taahhüt etmektedir. Karşılığında ise idare sağlık tesisinin yapılacağı araziye temin etme, sağlık tesisinin kendisine kiralanması nedeniyle kullanım bedeli ödeme, yan hizmetlerin ifası nedeniyle hizmet bedeli ödeme ve ticari hizmet alanlarının işletilmesi hakkının özel amaçlı şirkete verilmesini üstlenmektedir.

YKD sözleşmesi modelin temel uygulama sözleşmesi olmakla birlikte, YKD modelinde farklı kişiler de sözleşmenin taraflarıyla kurdukları hukuki ilişkilerle modelin işleyişine katılmaktadır. Bunlardan en önemlisi ise finansman sağlayan kuruluşlardır. Teorik olarak proje için gerekli olan tüm finansmanın özel amaçlı şirket tarafından sağlanması mümkündür. Ancak pratikte bu mümkün olmadığından finansman sağlayan kuruluşlara başvurularak kredi alınmaktadır. Finansman sağlayanlar ise verdikleri kredinin dönüşü özel amaçlı şirketin projeden elde ettiği gelirden sağlanacağından projenin başarısı ve işleyişi onlar için de önem arz etmektedir. Bu nedenle, finansman sağlayanlar YKD sözleşmesinin tarafları ile yaptıkları doğrudan anlaşmalar ile sözleşmenin feshi riski doğduğu durumlarda sözleşmeye müdahale etme hakkına sahip olmaktadır.

Sözleşmeler zinciri olarak ifade edilen YKD modelinde, özel amaçlı şirket inşa ettiği sağlık tesisinin idareye kiralanmasından ve yan hizmetlerin ifasından elde ettiği düzenli gelirle finansman sağlayanlara olan kredi borcunun taksitlerini ödemekte, işlerin

yapımını bıraktığı alt yüklenicilere ödemeler yapmaktadır. YKD modelin para akışı bu şekilde sağlanmaktadır.

Anayasa hükmüne göre kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin idare tarafından yapılan sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınması mümkündür ancak bunun kanun koyucu tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Sağlık sektöründeki YKD sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğu 6428 sayılı Kanun'da belirtilmiştir. İdari sözleşme niteliği gösterdiği belirtilen bir sözleşmenin salt kanunda özel hukuk sözleşmesi olduğunun düzenlenmesi onun özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için yeterli midir? Anayasa Mahkemesi ve idare hukukçularının büyük çoğunluğunun görüşü yeterli olduğu yönündedir. Biz de aynı düşünceye katılmaktayız.

Yüklenici şirketin bir sağlık tesisi inşa etmeyi ve ardından inşa ettiği bu sağlık tesisini idareye kiralamayı üstlendiği YKD sözleşmelerinde idare ise bunun karşılığında bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir. Bu nedenle, YKD sözleşmesinin bir kombine tipli karma sözleşme olduğu kanaatindeyiz. Karma sözleşme olan YKD sözleşmesine bu çerçevede sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde eser ve kira sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

Tüm ekipman ve donanımıyla birlikte kiralaran sağlık tesisi gelir getiren bir işletme olduğundan ve her yıl Sağlık Bakanlığınca ilgili sağlık tesisinde görülen sağlık hizmetinin niceliği göz önüne alınarak belirli bir miktar para ilgili sağlık tesisine aktarıldığından taraflar arasındaki kira ilişkisi ürün kirasıdır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ürün kirasına ilişkin hükümler öncelikle uygulanmalıdır. Özel hüküm bulunmayan hallerde ise genel kira sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Sağlık tesisinin üzerinde yapılacağı arazi Hazine'ye ait taşınmazlardan birisinde yüklenici şirket lehine üst hakkı tesis edilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olması bağımsız bir taşınmaz olarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilmesini sağlamaktadır. Tesis edilen üst hakkının

bağımsız ve sürekli nitelikte olması finansman sağlama borcunu üstlenen yüklenicinin onu ipotek ettirerek finansman bulmasını kolaylaştırıcı işlev görebilecektir.

YKD sözleşmesi kapsamında kurulan üst hakkının süresi sözleşme süresiyle sınırlıdır ve YKD sözleşmesi yatırım dönemi hariç olmak üzere en fazla otuz yıl için imzalanabilir. Üst hakkının süreklilik niteliğinin sağlanabilmesi için ise TMK'ya göre en az otuz yıl sürüyor olması gerekmektedir. Bu durumda TMK'daki kurala göre YKD sözleşmesi kapsamında verilen üst hakkının süreklilik niteliğini sağlaması pek mümkün değildir. Ancak YKD mevzuatına göre sözleşme kapsamında verilen üst hakkı süreklilik niteliğini haizdir. Üst hakkının modeldeki teminat işlevi göz önüne alındığında yeni ve özel kural olan YKD mevzuatındaki hükme üstünlük tanınarak YKD sözleşmesi kapsamındaki üst hakkının sürekli ve bağımsız niteliği haiz olduğunu kabul etmek daha uygun olacaktır.

YKD sözleşmesinin sona ermesiyle sağlık tesisinin mülkiyetinin devri kendiliğinden gerçekleşmektedir. Bu nedenle özel amaçlı şirketin sağlık tesisinin devredilmesine ilişkin borcunu devredilmeye uygun şekilde bulundurma borcu olarak anlamak gerekir.

6428 sayılı Kanun md. 4/VI'da yatırım döneminde yüklenici şirketin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getiremediği tüm durumlar için genel bir düzenleme yapılmıştır. Bu maddeye göre, sağlık tesisinin inşası aşamasında yüklenici şirketin sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle idarenin sözleşmeyi feshedebilmesi için öncelikle finansman sağlayanların da müdahale hakkını kullandığı bir prosedürü işletmesi gerekmektedir. İdare eser sözleşmesi kapsamında bir fesih haline dayansa bile bu genel düzenleme karşısında kural olarak öncelikle ilgili prosedürü işletmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

ACARTÜRK, Ertuğrul/ KESKİN, Sabiha: *“Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Ortaklığı Modeli”*, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, S. 3, 2012, s. 25-51.

AKIN, Ümit: *"Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri"*, Danıştay Dergisi, Y:30, S:102, 2000, s. 29-46.

AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, B.2, İstanbul, 2018.

ALIŞKAN, Murat: *“İşletme Konusu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, s. 207-220.

ALPER, Gizem: Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), İstanbul, 2013.

ALTAŞ, Hüseyin: Hasılat ve Şirket Kirası, Ankara, 2009.

ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.13, Ankara, 2020.

ARSLAN, Erdoğan: “*Yap-İşlet-Devret Modeli ve Vergilendirilmesindeki Temel Sorunlar*”, Yaklaşım Dergisi, İnşaat Özel Sayısı, 1997.

ATASOY, Hidayet: Kamu-Özel İşbirliği ve Türkiye’de Belediyelerin Altyapı Projelerinin Finansmanında Uygulanabilirliği, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Erciyes Üniversitesi, Kayseri, 2011.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, B. 8, 2017.

AYANOĞLU, Taner: “İşletme Hakkının Devri Sözleşmeleri”, İÜHFM C. LXV, S. 1, 2007, s. 3-38.

AYDEMİR, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, B. 3, Ankara, 2016.

AYGÜL, Musa/ ERDOĞAN, Ersin: “*Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 61-100.

BARKAN TEREYAĞOĞLU, Petek: Sağlık Tesisi Projeleri Bakımından Yap-Kirala-Devret Modeli ve Finansman Sağlayanların Müdahale Hakkı, Ankara, 2022.

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

BURGER, Philippe/ HAWKESWORTH, Ian: *“How to Attain Value For Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement”*, OECD Journal on Budgeting, Volume 1, 2011.

BUZ, Vedat: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007.

CAN, Hacı/ TUNA, Ekin: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Ankara, 2021.

CHINYIO, Ezekiel/ GAMESON, Rod: *“Private Finance Initiative in Use”*, Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships, (Ed. Akintola AKINTOYE, Matthias BECK), Blackwell Publishing, Oxford, 2009.

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

CORNER, David: “The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk”, OECD Journal on Budgeting, Volume 5, 2016, s. 37-55.

ÇAKIR, H. Melih: Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, İstanbul, 2015.

ÇAKIR, Mehmet Kadir: 6428 Sayılı Kanun’a Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, Ankara, 2016.

ÇAL, Sedat: “Anayasa Değişikliği Sonrasında Kamu Hizmeti Kavramının İrdelenmesi”,

AÜHFD, C. 51, S. 2, s. 163-197. (Anayasa Değişikliği)

ÇAL, Sedat: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi”,

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2010, s. 223-274. (Ölçüt Sorunu)

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, C. 7, S. 29, 2017/4, s. 215-232.

ÇİFCİ, Hasan Basri: Devlet Garantileri Kavramlar İşleyişler ve Sorunlar, İstanbul,

2020. (Garantiler)

ÇİFCİ, Hasan Basri: “Devlet Garantilerinde Kuşaklararası Adaletsizliğin Anlamı”,

İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Bülteni, S.9, Eylül 2021, s. 6-7.

(<http://www.maltepe.edu.tr/Content/Media/CkEditor/09092021044946708->

insan_haklari_dokuzuncu%20sayi.pdf) (E.T.:15.02.2023) (Kuşaklararası

Adaletsizlik)

DARCAN, Şeyhmus: Ürün Kirası Sözleşmesi, Ankara, 2020.

DE BETTIGNIES, Jean-Etienne/ ROSS, Thomas W.: Public Private Partnership In Infrastructure Development, Case Studies from Asia and Europe, Weimar 2009.

DELMON, Jeffrey: Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers, Cambridge University Press, First Edition, 2011.

DEMİRTÜRK KIR, Özde: Public Private Partnership Healthcare Projects In Turkey: Stragies For Successful Implementation, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul, 2019.

DİLAVER, Umut: Sermaye Şirketlerinde İşveren ve İşveren Vekili, Ankara, 2022.

DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, B. 12, Ankara, 2022.

DURAN, Lütfi: "Yap-İşlet-Devret", AÜSBF, Prof. Muammer Aksoy'a Armağan, C.:XLVI, N.:1-2, Ocak-Haziran 1991, s. 148-170.

EMEK,Uğur: "Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2017, s. 139-168. (Sağlık Sektörü)

EMEK, Uğur: "Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye", Rekabet Dergisi, S. 37, 2009, s. 7-53. (Karşılaştırmalı)

EPEC: Managing PPPs During the Contract Life, Guidance for Sound Management, 2014.

ERBAŞ, Özgür/ YAVUZ, Cavit Işık/ İLHAN, Bayazıt: Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, Türk Tabipleri Birliği, Ankara, 2012.

EREKMEKÇİ, Müge: Türk Özel Hukuku'nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, Ankara, 2013.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.8, Ankara,2020. (*Özel Hükümler*)

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 22, Ankara, 2017. (*Genel Hükümler*)

EREN, Fikret: “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu, Ankara, 2022, s. 13-35. (*İsimsiz*)

ERİŞEN, Muhammet: Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara, 2011.

ERSÖZ, Melis: Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnership Uygulamaları, İstanbul, 2010.

ERYILMAZ, Bilal: Kamu Yönetimi, B. 3, İstanbul, 1997.

EU COMISSION: Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concenssions, 2004.

EVREN, Can Çınar: Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara, 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, World Bank Publications, 2011.

FIGHT, Andrew: Introduction to Project Finance, Butterworth- Heinemann, Oxford, 2006.

GÖKTÜRK, Serhan: Bir Kamu Özel İşbirliği Olarak Yap Kirala Devret Sözleşmesi, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2019.

GÖKYAYLA, Emre: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, (Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’a Armağan), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, S. 1, s. 785-805.

GÖKYURT, Fatih: İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Ankara, 2018.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, B. 3, Bursa, 2005.

GRIMSEY, Darrin/LEWIS, Mervyn K.: “Developing a Framework for Procurement Options Analysis”, Policy Finance and Management for Public Private Partnerships, (ed. Akintola AKINTOYE, Matthias BECK), s. 398.

GÜLAN, Aydın: *"Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği"*, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti (ed. Ali ULUSOY), Ankara, 2001.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, B.5, İstanbul, 2020. (*Özel Hükümler*)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, 2021. (*Genel Hükümler*)

GÜRKAN, Mehmet Fatih: Kamu Özel Ortaklığı, Ankara, 2014. (*Kamu Özel*)

GÜRKAN, Mehmet Fatih: Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Selçuk Üniversitesi, Konya, 2013. (*Eğitim*)

GÜZELSARI, Selime: *"Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme"*, Ankara Üniversitesi SBF Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 598, 2009, s. 43-77.

HANSU, Esra: Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı, Ankara, 2022.

HIZARCI BEŞER, Berna: Özelleştirmenin İkinci Dalgası Kamu-Özel İşbirliği: Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü, Bursa, 2018.

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

IMF: Public Private Partnerships Government Guarantees and Fiscal Risk, Washington, 2006.

İNCÜVEZ, Ogun Ekin: Kamu Özel İşbirlikleri: Yap İşlet Devret Modeli ve Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara, 2022.

İNSEL, Ahmet: Neo-Liberalizm Hegemonyanın Yeni Dili, İstanbul, 2011.

JOYNER, Kate: “*Dynamics Evolution in Public-Private Partnerships, The Role of Key Actors in Managing Multiple Stakeholders*”, Managerial Law, V. 49, No. 5/6, 2007, s. 205-217.

KALKINMA BAKANLIĞI: Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, Ankara, 2012.

KALKINMA BAKANLIĞI: Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, Ankara, 2017.

KALKINMA BAKANLIĞI: KÖİ Komisyon Raporu 2018, Ankara, 2018.

KAPLAN, İbrahim: “Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 19, S. 4, Aralık 1998, s. 9- 42.
(Finans Modelleri)

KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, B. 2, Ankara, 2019, s. 346. (İnşaat Sözleşmeleri)

KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture, B.3, Ankara, 2013. (Joint Venture)

KARAGÖZ, Dilek: Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, 2019.

KARAHANOGULLARI, Onur: “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)”, AÜSBFD, C.: 66, Ankara, 2011, s. 177-215. (Eksik İmtiyaz)

KARAHANOĞULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), B.3, Ankara, 2015. (Kamu Hizmeti)

KARAHANOGULLARI, Yiğit: “Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi”, AÜSBFD, C. 67, No.2, 2012, 95-125.

KARAN, Nur Zeliha: “İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2009.

KARASU, Koray: “ *Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı*”,
AÜSBFD, C.: 66, Ankara, 2011, s. 217-262. (*Sağlık Hizmetleri*)

KARASU, Koray: “*Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi*”, Kamu
Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform, (ed. Barış ÖVGÜN), Ankara, 2009. (*KamuÖzel*)

KARATAŞ, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2009.

KESKİN, Bayram: Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası
Tahkim, İstanbul, 2007.

KESKİN, Sabiha: Türkiye’de Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Kamu-Özel Ortaklığı
Modeli (Aydın Örneği), *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Adnan Menderes
Üniversitesi, Aydın, 2011.

KEŞLİ, Ahmet: Kamu Özel Sektör İşbirliği (PPP) Projelerinin Hukuki Rejimi,
Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2009.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2021. (*Özel Hükümler*)

KILIÇOĞLU, Ahmet: Eşya Hukuku, Ankara, 2021. (*Eşya*)

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 24, Ankara, 2020. (*Genel
Hükümler*)

KOCA MUSTAFA: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerine Göre Ürün Kirasının Sona Ermesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S.4, s. 129-144.

KOCAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014.

KUBİLAY, İlkay Sinem: Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı: Şehir Hastanesi Örneği, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2019.

KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme) B. 2, Ankara, 2013.

KURU, Baki/ AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku El Kitabı C. II, B.2, Ankara, 2021.

LI, Bing/ AKINTOYE, Akintola: “An overview of public private partnership”, Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities (ed. Akintola AKINTOYE, Matthias BECK, Cliff HARDCASTLE), John Wiley & Sons, 2008.

ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, AHBVÜHFD, C. 2, S. 2, Haziran 1998, s. 1-63.

OECD: Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value For Money, 2008.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, B. 15, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR OKTAY, Saibe: Eşya Hukuku, B. 21, İstanbul, 2018.

OKTAY, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296.

ORAK, Cem Çağatay: “Sağlık Sektöründeki Kamu Özel İşbirliği Projeleri: Türk Tahkim Hukukunda Bir Anomali Örneği (mi)”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 9, S. 1, 2020, s. 155-202.

ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: “II. Meşrutiyet Meclis Tutanaklarına Göre “Menafii Umumiyeye Mütteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”un Kabulü”, AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 935-962.

ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2016.

ÖZKAYA, Erarslan: Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar Cilt II, Ankara, 2022.

ÖZTÜRK, Gülay: Teoride ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara, 2010.

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin: Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, *Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2005.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, B. 13, İstanbul, 2019.

PPIAF: Public Private Partnerships Reference Guide, Washington, 2012.

ROSSI, Emanuele/ STEPIC, Roc: Infrastructure Project Finance and Project Bonds in Europe, First Edition, Palgrave Pivot, London, 2015.

SAĞLIK BAKANLIĞI: Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu (2003-2011), 2012.

SAĞLIK BAKANLIĞI: Nereden Nereye Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı Kasım 2002-Haziran 2007, (ed. Recep AKDAĞ), Ankara, 2008.

SARISU, Ayhan: Kamu & Özel İşbirlikleri, (Public & Private Partnerships – PPP), Ankara, 2009.

SAYIŞTAY: 2018 Yılı Sayıştay Denetim Raporu.

SİRMEN, Lale: “Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara, 1996. (*Yap-İşlet-Devret*)

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, B. 8, Ankara, 2020. (*Eşya*)

SÖZER, Ali Nazım: “Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastaneleri”, DEÜHFD, C. 15, Özel S., 2013, s. 215-253.

SUNGUR, Cuma: *“Sağlık Sektörü Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Riskler ve Risk Yönetimi”*, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, S. 2, 2018, s. 693-716.

ŞAHİN, Mehmet/ UYSAL,Özge: *“Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme”*, Maliye Dergisi, S. 162, Ankara, 2012, s. 155- 174.

ŞAHİN DURAN, Deniz: *“Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Mali Riskleri Üzerine Değerlendirmeler”*, Akademik Bakış Dergisi, S. 65, Ocak-Şubat 2018, s. 316-333.

ŞENER, Mustafa Burak: *Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Uygulanmasında Risk Paylaşımı*, T.C. Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, Ankara, 2009.

ŞİRİN, Zafer Ertunç: *“Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Yönteminin Hukuki Altyapısı”*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 61. Seri, 2017/1, s. 25-58.

TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, Ankara, 2021. (İdare)

TAN, Turgut: *“Osmanlı İmparatorluğunda Yabancılar Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”*, AÜSBFD, C. 22, S. 2, 1967, s. 285-326. (Osmanlı)

T.C. BAŞBAKANLIK ÖZELLEŞTİRME İDARESİ BAŞKANLIĞI: 2009-2012 Strateji Raporu, 2008.

T.C. CUMHURBAŞKANLIĞI STRATEJİ VE BÜTÇE BAŞKANLIĞI: KÖİ
Uygulamaları, 2018.

T.C. HAZİNE VE MALİYE BAKANLIĞI: Ülkemizde Uygulanan KÖİ Modelleri ve
Yasal Altyapı, 2020.

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, s. 1-18.

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

TEKİN, Ali Güner: “*Kamu Özel İşbirlikleri/ Ortaklıkları (PPP)& Türkiye Deneyimi*”, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Mayıs 2008. (Erişim: <https://www.angelfire.com/ok4/aligunertekin/PPPveTürkiyeDeneyimi1.pdf>) (E.T.: 10.02.2023). (Türkiye Deneyimi)

TEKİNSOY, Ayhan: “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*”, AÜHFD, C. 55, S. 2, 2006, s. 181-227.

TOKATLIOĞLU, Mircan/ ŞEN, Semih: “*Kamu Hizmetlerinin Sunum ve Finansmanında Kamu Özel İşbirliği Modeli: Avrupa Birliği ve Türkiye*”, International Journal of Public Finance, Vol. 4, No. 2, p. 205-235.

UNCITRAL: Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, United Nations, New York, 2001.

UZ, Abdullah: “*Kamu Özel Ortaklığı/ Public Private Partnership (PPP) (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Y. 2.

URAL ÇINAR, Nihal: Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014.

YALÇIN, Fatma Ceren: Kamu Özel İşbirlikleri, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2014.

YAVUZ, Nihat: Kira Hukuku, B.9, Ankara, 2021.

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), B. 12, İstanbul, 2012.

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

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2011.

YILMAZ, Ejder/ ARSLAN, Ramazan/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, B.8, Ankara, 2022.

YILMAZ, Osman: “*Altyapı Projelerinin Finansmanında Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli*”, Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme, (ed. Coşkun Can AKTAN, Dilek DİLEYİCİ, İstiklal Y. VURAL), Ankara, 2005.

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

YÜCER AKTÜRK, İpek: İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi, Ankara, 2016.

ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku, İstanbul, 2020.

ÖZET

Kamu Özel İşbirliği, kamu hizmetlerinin sunumuna ve finansmanına özel sektörün katılımını sağlayan bir alternatif proje finansman modelidir. Bir Kamu Özel İşbirliği alt modeli olan Yap-Kirala Devret modeli ülkemizde sağlık sektöründe uygulanmaya başlamıştır. Sağlık sektöründeki Yap-Kirala-Devret modelinde yüklenici şirket finansmanı tamamen kendisi sağlayarak bir sağlık tesisini inşa etmektedir. İnşa ettiği tesisi sağlık hizmetini ifa etmesi için idareye belirli bir süreyle kiraya veren yüklenici şirket, yaptığı yatırımın karşılığını kira gelirlerinden elde etmektedir. Sözleşmenin sona ermesiyle sağlık tesisi işletilmeye uygun halde bedelsiz bir şekilde idareye devredilmektedir. Böylece, idare sözleşme süresinin sonunda özel sektör finansmanıyla inşa edilen, işletilmeye uygun bir sağlık tesisi sahibi olmaktadır.

Yap-Kirala-Devret modeli kapsamında idare ile yüklenici şirket arasında imzalanan sözleşme, bir kombine tipli karma sözleşmedir. Sözleşme, eser sözleşmesinin tipik edim unsuru yapım ve kira sözleşmesinin tipik edim unsuru kiraya verme unsurlarını içermektedir. Uyuşmazlık halinde bu sözleşmelere ilişkin hükümler Yap-Kirala-Devret sözleşmesinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Anahtar Kavramlar: Kamu Özel İşbirliği, Proje Finansmanı, Yap-Kirala-Devret, Şehir Hastaneleri, Özel Amaçlı Şirket.

ABSTRACT

Public-Private Partnerships (PPP) is an alternative project financing model that enables the participation of the private sector in the provision and financing of public services. One sub-model of PPP, the Build-Lease-Transfer (BLT) model, has been implemented in the healthcare sector in our country. In the BLT model in the healthcare sector, the contractor company completely finances the construction of a healthcare facility. The contractor company leases the facility to the administration for a specified period to provide healthcare services, and it generates its return on investment from rental income. At the end of the contract, the healthcare facility is transferred to the administration free of charge, in an operational state. As a result, the administration becomes the owner of a healthcare facility that has been constructed with private sector financing and is suitable for operation at the end of the contract period.

The contract signed between the administration and the contractor company under the BLT model is a combined type of mixed contract. The contract includes the typical obligations of a construction contract, which are the construction works, and the typical obligations of a lease contract, which are the lease of the facility. In case of disputes, the provisions related to these contracts will be applicable to the extent that they are compatible with the nature of the BLT contract.

Keywords: Public-Private Partnerships, Project Finance, Build-Lease-Transfer, City Hospitals, Special Purpose Vehicle.