

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**İDARE HUKUKU BAKIMINDAN
KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ**

FATİH GÖKYURT

2502100468

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. MELİKŞAH YASİN**

İSTANBUL 2017



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : FATİH GÖKYURT Numarası : 2502100468
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.MELİKŞAH YASİN
Tez Savunma Tarihi : 21.06.2017 Saati : 12:30
Tez Başlığı :
: İDARE HUKUKU BAKIMINDAN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, soruların sorularına alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.TURAN YILDIRIM		Kabul
2- PROF.DR. AYDIN GÜLAN		
3- PROF.DR.CEMİL KAYA		Kabul
4- PROF.DR.MELİKŞAH YASİN		Kabul
5- DOÇ.DR.NUR ZELİHA KAMAN		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.NİHAT BULUT		
2- YRD.DOÇ.DR.HALİT UYANIK		Kabul

ÖZ

İDARE HUKUKU BAKIMINDAN
KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ
FATİH GÖKYURT

İdare hukuku bakımından kamu özel işbirliği kavramını ve bu ad altında yapılan sözleşmeleri konu edinen bu çalışmada, kamu özel işbirliği kavramı, bu kapsamdaki modellerin temel unsurları ve kamu özel işbirliği sözleşmelerinin ortaya çıkardığı temel meseleler incelenmiştir.

Kamu özel işbirliği kavramının multi-disipliner niteliği çerçevesinde idare hukukunu etkileyen özelliklerinin tespit edilmesi ve hukuki çerçevesinin çizilmesi öncelikle amaçlanmıştır. Bu doğrultuda uluslararası literatürde kavramın özelliklerini tanıtan ve uygulamadaki örnekleri analiz eden çalışmalardan yararlanılmıştır. Bu kavramın altında yer alan modellerin Türk hukukundaki düzenleme çerçeveleri incelenerek, kavramın özellikleri ile uyumu ve düzenleme ihtiyaçları da ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bu çerçevede kavramın uluslararası literatürde olduğu gibi Türk idare hukukunda da gelişmekte olan altyapı hizmetlerinin görülüşünde özel sektör katılımının artırılması bağlamında ele alınması gerektiği tespit edilmiştir. Kavramla amaçlanan hedeflere ulaşılabilmesi için katılımın hukuki araçlarının geliştirilmesi ve kavramın klasik ihale düzenlemelerinin ve kamu hizmeti görülüş usullerinin gelişimine de katkı sağlaması hedeflenmelidir. Türk idare hukukunda özel hukuk sözleşmelerinin daha da yaygınlaşması sonucunu doğuran bu tür yeni modellerin gelişimi, özel hukuk rejimi ile idare hukuku ilişkisi bakımından, sözleşme ile düzenleme ve idare hukuku kavramlarının özel hukuka adaptasyonu gibi ihtiyaçlar ortaya çıkarmaktadır. Bu ihtiyaçların tespiti ve karşılanması, yeni kavram ve kurumlara hukuk sistemimizin daha sağlıklı şekilde uyum sağlamasını kolaylaştıracak ve hukuk sistemimizi geliştirecektir.

Anahtar Kelimeler: İdare hukuku, kamu özel işbirliği, kamu özel ortaklığı, sözleşme, altyapı hizmetleri, kamu hizmeti, yatırım, imtiyaz, kamu ihalesi, özelleştirme.

ABSTRACT

PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS IN ADMINISTRATIVE LAW FATİH GÖKYURT

In this study which subjects the concept of public private partnership (PPP) and the PPP contracts in terms of administrative law, it was examined the concept of PPP, the basic elements of the models under this concept and the main issues arise from these contracts.

Within the framework of the multi-disciplinary nature of the concept of public-private partnership, it is primarily aimed to determine the characteristics that affect the administrative law and to draw the legal framework of this concept. In this respect, the studies which introduce the characteristics of the concept in international literature and analyze the examples in practice have been utilized. By examining the regulatory frameworks of the models under this concept, it has been tried to reveal the compatibility of the concept with these frameworks and the needs for further rules and regulations.

In this framework, it has been determined that this concept should be considered in the context of increasing private sector participation in developing infrastructure services in Turkish administrative law as such in the international literature. In order to achieve the intended objectives of the concept, it should be targeted to develop the legal means of participation and to contribute to the development of classical procurement regulations and public service provision procedures. The development of such new models, which result in the widespread application of private law contracts in Turkish administrative law, reveals the need for adaptation of contractual and regulatory and administrative law concepts to private law in terms of relation between private law regime and administrative law. The identification and fulfillment of these needs will facilitate the adaptation of our legal system to new concepts and institutions in a healthy manner and will improve our legal system.

Keywords: Administrative law, public private partnership, contract, infrastructure services, public service, investment, concession, public contract, privatization.

ÖNSÖZ

İdare hukuku bakımından kamu özel işbirliği sözleşmeleri isimli çalışmamızın amacı, kamu yönetimi, proje finansmanı, kamu maliyesi gibi birçok alanı etkileyen bir kavram olarak kamu özel işbirliği altında yer alan modellerin hukuki çerçevesinin anlaşılması, Türk idare hukuku bakımından öne çıkan boyutlarının incelenmesi, ortaya çıkardığı meselelerin tespit edilmesi ve değerlendirilmesi ile bu konularda nasıl bir düzenleme çerçevesine ihtiyaç duyulacağı konularına cevap aramaktır.

Hukuki düzenlemelerin hayatın değişen koşullarına uyum sağlaması ve güncel gelişmelerin hukuki karşılıklarının oluşturulması her zaman bir gereklilik olmakla beraber, günümüz koşullarında bu ihtiyacın daha fazla hissedildiği de muhakkaktır. Ekonomik bakış açısı ve sosyal bilimler alanında iktisadi analizlerin ağırlığının artması birçok alanı etkilediği gibi hukuki kavram ve kurumlar da bu alandaki değişimlerden nasibini almaktadır. Nitekim ekonomik kamu hukuku gibi tanımlamalar idare hukukunun birçok alanını kapsamına almakta, devletin temel yatırım ve hizmetlerinde de özel sektör teşebbüslerinin konusu olan alan giderek genişlemektedir.

Bu bağlamda idarenin faaliyetlerinde de özel sektör katılımının artması dolayısıyla bu birliktelik artık bir işbirliği ve ortaklık ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Ancak yeni kavramların hukuki karşılıklarının oluşturulmasında, eski kavramların her yeni gelişmeyi de kapsayıcı bir niteliğe sahip olduğu iddia edilerek bu tür yeni kavramlara karşı bir direnç gösterilebilmektedir.

Buna karşılık her yeni kavramın doğrudan adapte edilmesi şüphesiz bir hukuk sisteminde kavram ve kuralların tutarlılığı ve gelişimi bakımından sağlıklı bir yaklaşım değildir. Sadece “yeni” olduğu gerekçesiyle kavram ve kurumların yeterince tartışılmadan olduğu gibi kendi bünyemize dahil edilmesi bizde sık tekrar edilen hatalardan biridir.

Ancak bir hukuk sisteminin, ifrat ve tefrit arasında değişen ihtiyaçlara göre kendini güncellerken kendi bütünlüğünü ve iç tutarlılığını da koruyan bir yapı oluşturması büyük önem arz etmektedir.

Ekonomik öngörülebilirlik ihtiyaçları artık klasik hukuki terimlerimizin anlamlarını daha fazla sorgulamakta, düzenleme ihtiyacını artırmakta ve kapsamı, sınırları ve dolayısıyla yetki alanı belirli olmayan kavramların yerine yenilerini

getirmeye zorlamaktadır. Bu sürecin sağlıklı olarak yürütülebilmesi için hukuk disiplinlerinin diğer sosyal bilimlerle ortak bir dil geliştirebilmesi, onların kullandığı terimlerin karşılıklarının oluşturulabilmesi ve bunlara bağlanan hukuki sonuçların belirli hale getirebilmesi büyük önemi haizdir.

Bu genel yaklaşım çerçevesinde, altyapı yatırım ve hizmetleri alanında yeni ortaya çıkan kamu özel işbirliği kavramının analiz edilmesi ve idare hukuku bağlamındaki yerinin tartışılması amaçlanmış ve Türk idare hukuku açısından bu anlamda bir deneme yapılmaya çalışılmıştır.

Tezin hazırlık sürecinde kavramın Türk idare hukuku içindeki yerinin daha sağlam zemine oturması ve tez bütünlüğünün kurgulanması konusunda sorgulamaları ve yönlendirmeleri ile büyük katkısı olan değerli hocam Prof. Dr. Melikşah YASİN'e müteşekkirim. Ayrıca tez hazırlama sürecinde görüşlerini aldığım Tez İzleme Komitesinde yer alan hocalarım Prof. Dr. Aydın GÜLAN ve Doç. Dr. Nur Zeliha KAMAN'a, tez sürecindeki destekleri, fikir ve yorumları için değerli dostum Yrd. Doç. Dr. Halit UYANIK'a, tezle ilgili değerlendirme ve görüşleri için planlama uzmanı arkadaşlarım Caner SARCAN ve Açelya ŞAHİN'e teşekkür ediyorum. Ayrıca her zaman destekleriyle yanımda olan ve akademik çalışmalarımda beni teşvik eden anne ve babamla, gösterdikleri sabır ve kendilerinden aldığım zaman için eşim ve çocuklarıma da büyük bir teşekkür borçluyum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
TABLolar LİSTESİ.....	x
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

A. Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Gelişimi	8
1. Kamu Özel İşbirliği Kavramı.....	8
2. Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Gelişimi.....	12
a) İngiltere	16
b) Amerika Birleşik Devletleri (ABD).....	19
c) Avrupa Birliği (AB).....	22
d) Fransa	26
B. Kamu Özel İşbirliğinin Yakın Kavramlarla İlişkileri	28
1. Kamu Özel İşbirliği ve İmtiyaz.....	28
2. Kamu Özel İşbirliği ve Kamu İhalesi.....	30
3. Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme.....	35
4. Kamu Özel İşbirliği ve Ortak Girişim (Joint Venture)	38
C. Kamu Özel İşbirliğinin Temel İlkeleri.....	38
1. Risk Paylaşımı.....	38
2. Maliyet Etkinliği	40
3. Şeffaflık ve Hesap Verebilirlik	42
D. Kamu Özel İşbirliği Modelleri	43
1. Yap- Sahip Ol- İşlet-Devret (Build-Own-Operate-Transfer).....	48

2.	Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet (Design-Build-Finance-Operate)	48
3.	Tasarla-Yap-İşlet (Design-Build-Operate).....	49
4.	Yap-Kirala-İşlet-Devret (Build-Lease-Operate-Transfer)	49
5.	Al-Yap-İşlet (Buy-Build-Operate).....	50
E.	Kamu Özel İşbirliği Modellerindeki Genel Sözleşme Yapısı.....	50

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN ÖNE ÇIKAN ÖZELLİKLERİ

A.	Kamu Özel İşbirliği'nin Türkiye'deki Gelişimi.....	54
1.	Kamu Özel İşbirliği ile İlgili Mevzuat Düzenlemeleri	55
2.	Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Türkiye'deki Uygulamaları	61
B.	Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Genel Çerçevesi.....	63
1.	İdare-Yüklenici İlişkisi.....	64
2.	Sözleşme Konusu İş veya Hizmet.....	66
3.	Sözleşme Hazırlığı ve İhale Süreci	77
4.	Modellerin Unsurları	83
a)	Yapım İşİ	84
b)	İşletme	87
c)	Risk Paylaşımı.....	89
d)	Finansman	92
e)	Tesis Üzerindeki Hakkın Niteliği	94
f)	Devir.....	95
g)	Ücret.....	96
5.	Hukuki Rejim	98
6.	Genel Değerlendirme	104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK İDARE HUKUKU BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI MESELELER

A.	Sözleşme Hazırlık ve İhale Süreci	111
----	---	-----

B. Sözleşmenin Uygulanması.....	114
1. Özel Kişiyeye Hizmet Devri/Risk Paylaşımı.....	115
2. Kamu Hizmeti İlkelerinin Korunması.....	122
3. Yükleniciye Taşınmaz Üzerinde Tanınan Hakkın Kapsamı.....	129
4. İdarenin Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi.....	134
5. Mevzuat Değişikliklerinin Sözleşmeye Etkisi.....	140
6. Hizmetten Yararlananlara Karşı Sorumluluk.....	145
C. Sözleşmenin Devri.....	150
D. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	153
1. Sözleşme Öncesindeki İşlemlerden Kaynaklanan Sona Erme Sebepleri.....	153
2. Sözleşmelerin Uygulanması Sırasında Ortaya Çıkan Sona Erme Sebepleri.....	166
E. Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Tahkim.....	171
F. Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Düzenleme Çerçevesi.....	178
1. Kanuni ve İkincil Düzenlemeler.....	184
2. Sözleşme İle Düzenleme.....	190
SONUÇ.....	194
KAYNAKÇA.....	201
ÖZGEÇMİŞ.....	215

TABLÖLAR LİSTESİ

TABLO 1: Altyapı Hizmetlerinde Kamu Özel İşbirliği'nin Yeri	3
--	---



KISALTMALAR LİSTESİ

AB	:	Avrupa Birliği
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
A.e.	:	Aynı Eser
a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyaset Bilimleri Fakültesi Dergisi
Bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
BOT	:	Build-Operate-Transfer
C.	:	Cilt
DEÜ	:	Dokuz Eylül Üniversitesi
DHMI	:	Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü
d.n.	:	Dipnot
DBB	:	Danıştay Bilgi Bankası
DPT	:	Devlet Planlama Teşkilatı
E.	:	Esas Sayısı
Ed.	:	Editör
EPEC	:	Avrupa KÖİ Uzmanlık Merkezi
GAO	:	Government Accountability Office
IMF	:	Uluslararası Para Fonu
İHD	:	İşletme Hakkı Devri
İHİD	:	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar Sayısı
KİT	:	Kamu İktisadi Teşebbüsü
KÖİ	:	Kamu Özel İşbirliği
KÖO	:	Kamu Özel Ortaklığı
OECD	:	Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı
PFI	:	Private Finance Initiative
PPP	:	Public Private Partnership
R.G.	:	Resmi Gazete
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa/ Sayfalar
T.	:	Tarih
UNCITRAL	:	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu
v.d.	:	Ve Diğerleri
Vol.	:	Volume
YİD	:	Yap-İşlet-Devret
YKD	:	Yap-Kirala-Devret
YPK	:	Yüksek Planlama Kurulu

GİRİŞ

Toplum halinde yaşayan insanların ortak ve genel ihtiyaçlarını karşılamak üzere yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin nasıl görüleceği problemi uzun bir geçmişe sahip olan ve türlü çözümlerin denendiği bir alanı ifade etmektedir. Tarihi süreç içinde giderek gelişen ve çeşitlenen altyapı hizmetlerinin karşılanması ise kamu hizmetlerinin en önemli boyutlarından birini oluşturmaktadır. Altyapı hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu olan merkezi veya mahalli idarelerin hangi finansmanla, nasıl bir hukuki çerçevede içinde ve ne tür mekanizmalarla bu işleri yürüteceği sorularına özel sektör kuruluşlarından yararlanılarak çözümler üretilmesinin geçmişi de oldukça eskiye dayanmaktadır.

Diğer yandan, günümüzde hâkim olan neo-liberal düşüncenin devletin küçülmesi ve serbest piyasanın etkinliği temeline dayanan anlayışına karşılık idareden beklentiler azalmamakta, aksine hem nicelik hem de nitelik bakımından sürekli artmaktadır. Bu doğrultuda, artan yatırım ihtiyacının hangi kaynaklarla, kimin tarafından ve hangi yöntemle karşılanacağı sorularına verilen cevaplar kamu özel işbirliği (KÖİ) olgusunun temel gerekçelerini ve çerçevesini oluşturmaktadır. KÖİ, bu alanda üretilen en yeni kavramlardan biri olarak, bahsettiğimiz meselelere ne tür farklı açılımlar getirdiği günümüzde oldukça tartışılan ve birçok sektörde farklı modellerle yürütülen projelerin kapsamına dâhil edildiği bir kavram niteliğindedir. Dolayısıyla uluslararası düzeyde popüler olan bu kavramın öncelikle *ne* olduğu ilgi çekici bir soru teşkil etmektedir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yatırım ihtiyaçlarının artan maliyetinin karşılanması için vergi yükünün artırılması hükümetler için siyasi riskler barındırdığından alternatif olarak özel sektör finansmanı ile kısa dönemli kaynak ihtiyacının karşılanması daha cazip bir yol olarak tercih edilmektedir.

Finansman boyutu dışında özel sektörün yatırım ve hizmet alanlarında artan rolü temelde ‘yeni kamu yönetimi’ (*new public management*) yaklaşımına dayanmaktadır. Yeni kamu yönetimi; devletin düzenleyici rolünün daha fazla önem kazanması, icracı rolünün zayıflaması, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi gibi

unsurları barındıran bir üst kavram olarak kullanılmaktadır¹. Bu yeni paradigmanın kamu hizmetleri alanındaki görünümü olarak uluslararası literatürde kullanılan ‘*contracting out*’ veya ‘*outsourcing*’ kavramları ise kamu hizmetlerinin sözleşmeler yoluyla özel sektöre devredilmesini ifade etmektedir². Bu şekilde, kamu hizmetleri alanında özel sektör işletmeciliği yaklaşımının hakim olması ile maliyet etkinliğinin ve hizmet kalitesinin artırılması hedeflenmektedir.

Diğer yandan, kamu yönetiminde bir diğer önemli kavram olan yönetişim (*governance*) olgusu ise karar alma süreçlerinin daha şeffaf ve katılımcı hale getirilmesi, şeffaflık ve yerelleşme gibi ilkeleri öne çıkararak, kamu yönetiminde süreçlerin kurumlardan daha önemli hale geldiği bir anlayışı ifade etmektedir³. Dolayısıyla yeni kamu yönetimi kavramı çıktılar üzerine odaklanırken, yönetişim olgusu ise süreçlere daha büyük önem atfetmektedir.

KÖİ yöntemleri, kamu yönetimindeki bu iki yaklaşımın kesişim alanında ortaya çıkmakta ve özel sektörle kamunun daha yoğun bir işbirliğini içermektedir. Bu doğrultuda, salt özel sektöre bir hizmeti gördürmenin veya devretmenin ötesinde, bir kamu hizmetinin görülmesinde kamu ve özel sektör arasındaki ilişkinin veya bir başka deyişle risk paylaşımının nasıl düzenleneceği sorusuna odaklanmaktadır⁴.

Bu noktada KÖİ’nin yöntem ve süreç bakımından da farklı bir çerçeve ortaya koyduğu savunulmaktadır. Zira bahsedilen yaklaşım farklılığı, kullanılan yöntemin de farklılaşmasını beraberinde getirmekte, ihale sürecinden başlayarak tasarım ve uygulama aşamalarında özel sektörün inisiyatif alanının daha geniş olduğu bir yürütme tarzını ortaya çıkarmaktadır.

KÖİ’nin, altyapı hizmetlerinin sunulmasında hangi sorunlardan kaynaklandığı, nasıl çözümler ürettiği ve KÖİ haricinde bu sorunlara bulunan alternatif çözümler Dünya Bankası tarafından şu şekilde özetlenmiştir⁵.

¹ E. R. Yescombe, **Public–Private Partnerships: Principles of Policy and Finance**, Elsevier, 2007, s. 16; Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, **Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance**, Edward Elgar, Cheltnam, 2004, s. 52.

² Carsten Greve, **Contracting for Public Services**, Routledge, 2008, s. 4.

³ Geert Dewulf, Anneloes Blanken, Mirjam Bult-Spiering, **Strategic Issues in Public–Private Partnerships**, 2. Baskı, Wiley-Blackwell, 2012, s.1.

⁴ **A.e.**, s.2.

⁵ World Bank Institute, **Public-Private Partnerships Reference Guide**, Version 1, 2012, s.16.

Tablo 1: Altyapı Hizmetlerinde Kamu Özel İşbirliği'nin Yeri

Proje Aşamaları	Sorunlar	KÖİ'nin getirdiği çözümler	KÖİ haricindeki çözüm yolları
Finansman	Kaynak yetersizliği	İlave finansman kaynağı sağlanması	Tahsis edilen mali kaynakların artırılması
Seçim	Proje seçimi ve planlama eksikliği	Özel sektörün analiz ve yenilik yeteneklerinden yararlanma	Kamudaki karar alma süreçlerinin iyileştirilmesi
Yönetim	Yönetim problemleri	Proje yönetimi ve hizmet sunumunun geliştirilmesi	Yönetişimin geliştirilmesi
Bakım	Bakım hizmetlerinin yetersizliği	Bakım hizmetlerinin geliştirilmesi	Daha etkin mevzuat düzenlemelerinin yapılması

Bu alternatif çözümler çerçevesinde gelişen KÖİ olgusunun temel özellikleri şu şekilde özetlenebilir:

- Kamu hizmetleri için kullanılan tesis ve altyapıların kurulması ve işletilmesini birlikte içermesi
- Hizmetin süreçlerinin detaylı olarak tarif edilmesi yerine hizmetten beklenen çıktı ve sonuçların belirlenmesi
- Bu ilkelere dayanan projenin özel sektör tarafı ile birlikte tasarlanması

Sayılan özellikleri içeren KÖİ kavramının, ülkemizde idarenin 'yatırım ve hizmet'lerinin hukuki rejimi bakımından yaşanan tartışmalar ve gerçekleşen değişim sürecinde *nerede* konumlandırılması gerektiği de ayrıca önemli bir mesele haline gelmektedir. İdare hukuku anlamında klasik kamu hizmeti anlayışının dönüşümü bir realite olmakla birlikte özellikle Türk idare hukuku açısından önemini koruyan bu kavramın KÖİ ile ilişkisinin kurulması, bu alanda yapılacak tartışmaların doğru zeminde gerçekleştirilmesi ve ortaya çıkan dönüşümün sağlıklı bir şekilde tahlil edilebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira dayandığı ilkelere kurumsal ve işlevsel yansımalarına kadar idare hukukunun bütününe etkisi olan bu gibi kavramların, yeni gelişmelere uyum sağlaması idare hukukunun kavramsal tutarlılığının korunması açısından önemlidir.

Bunun da ötesinde KÖİ'nin, ülkemizde idare, yüklenici ve hizmetten yararlanan arasındaki ilişkiler bakımından *hangi* meseleleri ortaya çıkaracağı ve bunların *nasıl* çözümlenebileceği de uygulamaya dönük soruları oluşturmaktadır.

Yaptığımız çalışma KÖİ kavramına dair oluşan bu sorular etrafında altyapı hizmetleri ile ilgili olarak literatürde ve yargı kararlarında yapılan değerlendirmeleri inceleyerek bu sorulara idare hukukumuz bakımından cevap aramayı amaç edinmektedir. Bu şekilde konu ile ilgili olarak yapılacak teorik tartışma ve çalışmalar için bir altyapı hazırlanması ve yapılacak düzenlemelerin geliştirilmesine katkı sağlanması hedeflenmektedir.

Çalışmamızda bu tartışmaların KÖİ sözleşmeleri üzerinden yürütülmesi planlanmıştır. KÖİ birçok farklı modelin genel bir adlandırması olmakla birlikte, Türk idare hukuku açısından yeni olan bu kavramın ortaya çıkaracağı temel meselelerin bunların genel özellikleri ve sözleşmeler ekseninde tahlil edilmesi, kavramın idarenin sözleşmeleri içindeki yerinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Bu bağlamda, Türk hukukunda KÖİ'ye dair yapılan temel çalışmalar ve çalışmamızın çözmeye çalıştığı probleme dair bir açıklama yapılması da faydalı olacaktır.

Türk hukukunda KOİ kapsamına giren modellerden YİD ve Yap-İşlet ile ilgili çalışmalar yapılmış olmakla birlikte⁶ nispeten yeni olan KÖİ kavramını doğrudan konu edinen eserler daha sınırlıdır. Bunlardan konuyu özel hukuk açısından inceleyen çalışmalardan ilki Ahmet Keşli'nin "(Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi" isimli doktora tezidir.

İdare hukuku bakımından yapılan ilk çalışmalardan biri Onur Karahanoğlularının "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)" isimli makalesidir. Yazar bu makalede KÖİ'yi imtiyazdan benzer ve farklı yönleri itibarıyla incelemiştir. İdare hukukunda konu ile ilgili yapılan bir doktora tezi de Çınar Can Evren'in Kamu Özel İşbirlikleri isimli çalışmasıdır. Yazar konuyu kamu hizmetlerinin sözleşme yoluyla özel kişilere gördürülmesinin

⁶ Türk hukuk literatüründe yap-işlet-devret ve yap-işlet modelleriyle ilgili yapılan doktora ve yüksek lisans tezleri şu şekilde sıralanabilir: Doktora tezleri: Yasin Sezer, Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap-İşlet-Devret Modeli, 2000; Güzin Pekgüçlü Karabulut, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, 2005. Yüksek lisans tezleri: Cevat Okutan, Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulü Olarak Yap-İşlet-Devret, 1996; Halil Çolak, Özelleştirme ve Yap-İşlet Devret Modeli, 2000; Murat Yavaş, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim: Yap -İşlet - Devret Modeli Çerçevesinde, 2003; Şerife Gençoğlu, Türk İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli, 2008. (Çevrimiçi) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tarama.jsp>, 05.08.2017.

hukuki rejimi olarak tanıtmakta ve kamu özel işbirliği kavramının özellikleri, uygulama sözleşmesi, işbirliği modelleri ve uygulama örneklerini kapsamlı olarak incelemektedir. Mehmet Fatih Gürkan'ın, "Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı" isimli yüksek lisan tezinde de kavramın hukuki niteliği, eğitim hizmetlerinin yürütülmesinin genel çerçevesi ve eğitim hizmetlerinde kamu özel ortaklığı sözleşmelerinin safhaları, tarafların sorumlulukları ve sözleşmelerin yargısal denetimi boyutlarıyla incelenmiştir.

Fatma Ceren Yalçın "Kamu Özel İşbirlikleri" isimli doktora tezinde ise konuyu genel kamu hukuku açısından ele almış, kavramın terminolojik olarak benzer yöntemlerden farkları, siyasi temelleri ve gelişimi ile kamu hukuku ilkeleri ve Türkiye'deki mevzuat çerçevesi bağlamında incelemiştir.

Çalışmamızda ise temel olarak yabancı literatürde kavramın anlamının doğru şekilde tespit edilmesi, Türk idare hukukundaki gelişim ve dönüşümler içindeki yeri ve bu çerçevede hukuki değerlendirmeler için zemin oluşturacak temel unsurları tespit edilmeye çalışılmıştır. Zira kavramı doğru olarak tahlil etmeden Türk idare hukukunda doğuracağı sonuçlar ve ortaya çıkacak meselelerin layıkıyla anlaşılması da mümkün olmayacaktır. Bu noktada kavramın doğrudan yabancı literatüreki anlamının Türk idare hukukuna taşınması ile Türk idare hukukundaki belirli bir alana doğrudan eklenmesi gibi yaklaşımlar yerine içerdiği unsurlar ve kavramı ortaya çıkaran süreç içindeki yeri bakımından bir değerlendirme yapılması hedeflenmiştir. Uygulamada bu sözleşmelerin ortaya çıkardığı farklı meseleler ve bunların idare hukukumuz açısından öne çıkan boyutları, bu temel problematik çerçevesinde ve idare hukumuzda yerleşik kavram ve kurumlardan farklılaşan yönleriyle tartışılarak incelenmeye çalışılmıştır.

KÖİ uygulamalarının dünyadaki gelişimi ve Türkiye'de kamu hizmetlerinin geçirdiği dönüşüm bakımından sahip olduğu anlamın incelenmesi, kavramın sağlıklı olarak değerlendirilebilmesi bakımından büyük önemi haizdir. Bu açıdan, başta İngiltere örneği olmak üzere Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Avrupa Birliği (AB) ve uluslararası kuruluşlar tarafından bu modelin nasıl anlaşıldığı ve hayata geçirildiğinin ve idare hukukumuzun temel kavram ve kurumlarının dayandığı Fransa'daki uygulamasının tahlil edilmesi gerekmiştir.

Diğer taraftan hem diğer hukuk sistemlerinde hem de ülkemizde özelleştirme, kamu ihalesi ve imtiyaz gibi yakın kavramlarla ilişkileri, benzer ve farklı yönleri

değerlendirilerek kavramın anlamının belirginleştirilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca ilk bölümde KÖİ'nin temel ilkeleri ve bu kapsama giren modellerin temel özellikleri ile sözleşme yapısı incelenmiştir.

Tezin ikinci bölümünde ise kamu hizmetinin sözleşme ile özel hukuk kişilerine gördürülmesi bağlamında Türk idare hukukunda yaşanan değişim süreci içinde KÖİ'nin konumu tartışılmış, KÖİ kapsamına giren modellerin genel özellikleri idare hukuku açısından önem arz eden unsurları itibarıyla incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise KÖİ modellerine dair sözleşmelerin hazırlık ve uygulama sürecinde, KÖİ'nin ikinci bölümde incelenen özellikleri ve bu sözleşmelerin ülkemizdeki hukuki rejimi bağlamında, idare hukuku bakımından ortaya çıkabilecek çeşitli meseleler ele alınmış, KÖİ modellerine dair mevzuat düzenlemeleri ve ilgili yargı kararları çerçevesinde bu meselelerle ilgili muhtemel çözüm yolları tartışılmıştır.

Tezde yabancı kaynak olarak İngilizce kaynaklar incelenmiştir. Ancak buradaki inceleme KÖİ'nin, sadece İngiltere veya ABD örneklerindeki mahiyetinin incelenmesinden ziyade, uluslararası uygulamadaki ortak özelliklerini ve sınırlarını tespit etmeye dönük olarak yürütülmüştür. Yeri geldiğinde de bu literatür içinde incelenen ülke örneklerine dair bilgiler karşılaştırmalarda kullanılmıştır.

KÖİ, yabancı literatürde; proje finansmanı, proje yönetimi, kamu maliyesi ve kamu yönetimi gibi alanlardaki anlamı ve etkileri bakımından birçok çalışmaya konu edilmiş olmakla birlikte bu kapsamdaki modellerin içerdiği unsurlar, işleyişleri ve hukuki yapılarına dair çalışmalar daha sınırlı sayıdadır.

Bu nedenle, kavramı uygulama aşaması ile bir bütün olarak ele alan çalışmalarda, KÖİ modellerinin belirtilen yönlerden incelenmesine ve alternatif yöntemlerle benzer ve farklı yönlerinin karşılaştırılmasına dönük kısımlardan yararlanılarak içeriğinin daha belirli hale getirilmesi ve hukuki değerlendirmeler için daha somut bir çerçeve oluşturulması amaçlanmıştır.

Bu bağlamda İngiltere örneğinde ve Dünya Bankası ile Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşlar tarafından oluşturulan standart sözleşmeler ve rehber dokümanlar da uluslararası literatürde verilen tanımlama ve açıklamaların pratiğini göstermesi bakımından başvuru kaynakları arasında yer almıştır.

KÖİ'nin ülkemizde nispeten yeni bir kavram olması, konu ile ilişkili diğer bazı kavramların henüz yerleşmemesi ve bu konuda yapılacak çalışmalarda

karşılaştırmalara imkân vermesi bakımından önemli kavramların İngilizce karşılıklarına da parantez içinde yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

A. Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Gelişimi

1. Kamu Özel İşbirliği Kavramı

KÖİ popüler olduğu kadar tanımı, unsurları ve içerdiği modeller bakımından üzerinde bir mutabakat bulunması oldukça zor olan bir kavramdır. Farklı ülkelerde çeşitli sektörlerde ve başka hukuki yapılarıdaki uygulamalar kolayca bu kavram altına dâhil edildiğinden, hem kavram bir ‘marka’ gibi kullanılarak popülerliğinden yararlanılmakta hem de kavramın popülaritesi daha da artırılmaktadır¹.

Esasında kavramın bu özelliği, KÖİ’nin birçok alanın kesişiminde ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır². Zira bu kavram ‘yeni kamu yönetimi’ denilen işletmecî kamu anlayışı açısından bakıldığında sözleşme yoluyla özelleştirme yöntemi (*contracting out*), proje yönetimi açısından bakıldığında bir risk paylaşımı modeli, proje finansmanı açısından yeni bir finansman usulü, kamu maliyesi açısından bütçe dışı uzun vadeli finansman imkânı ve ihale uygulamaları bakımından ise farklı bir ihale mekanizması olarak tanıtılmaktadır³. Bununla birlikte kavramın altyapı finansmanı alanında yeni bir modelden ziyade, en yeni ‘isimlendirme’ olarak değerlendirildiği de görülmektedir⁴.

Nitekim bütün bu farklı alanlarda yapılan çalışmalara rağmen hakikatte bu kavramın *ne* olduğu halen kesinliğe kavuşturulamamıştır. Deyim yerindeyse, herkes anladığı şekilde bir uygulama geliştirmekte ve kendi hukuki yapısı içinde kavramı bir yere oturtmaya çalışmaktadır⁵. Bunda uluslararası kuruluşların ve özellikle Dünya Bankası’nın bu kavrama küresel bir piyasa kazandırmasının önemli rolü

¹ Erik-Hans Klijn, “Public-Private Partnerships: Deciphering Meaning, Message and Phenomenon”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 69.

² Klijn, **a.g.e.**, s. 71.

³ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 246.

⁴ Halland, Håvard v.d., **Resource Financed Infrastructure: A Discussion on a New Form of Infrastructure Financing**, Washington DC, World Bank, 2014, s. 25.

⁵ Jeffrey Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructures**, Policy Research Working Paper, World Bank, January 2010, s. 9.

bulunmaktadır. Yatırım çekme telaşındaki ülkeler de bu kavram altında yaptıkları düzenlemelerle bu ‘piyasa’ dan uzak kalmamaya çalışmaktadır.

Kamu özel işbirliği veya ortaklığı olarak dilimize çevrilebilecek “*public private partnership*” (PPP) kavramı ABD’de 50’li yıllarda kamu ve özel sektörün birlikte finanse ettiği kamu hizmetleri için kullanılmaya başlanmış, 60 ve 70’li yıllarda artan konutlaşma ve kentsel yenileme çalışmaları ile kullanımı daha yaygınlaşmıştır⁶. Ancak kavramın genel olarak kamu tarafından fonlanan sosyal hizmetlere sivil toplum kuruluşlarının katılımı veya ekonomik kalkınma amaçlı bazı özel programların kamu, özel kesim ve sivil toplum kuruluşlarının katkılarıyla gerçekleştirilmesi gibi uygulamaları tanımlamak amacıyla kullanıldığı görülmektedir⁷. Bu tür uygulamalar politika veya program bazlı kamu özel işbirlikleri olarak adlandırılmakta ve bizim konumuz olan proje veya sözleşme bazlı kamu özel işbirliklerinden farklı bir kategori olarak değerlendirilmektedir⁸.

Ayrıca KÖİ, bir projenin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan sözleşme ilişkileri dışında özel sektör ve kamunun katılımı ile oluşturulan kurumsal yapıları ifade etmek için de kullanılmaktadır. Kurumsal KÖİ’lerde (*Institutional PPPs*) bir kamu hizmetinin veya bir altyapı projesinin yürütülmesi ve kaynak sağlanması amaçlanmakla birlikte bu amaçla her iki tarafın ortak olduğu üçüncü bir kurumsal yapı oluşturulmaktadır⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki “partnership” kelimesi bazı yazarlarca “ortaklık” şeklinde çevrilmekle birlikte bu kavram kurumsal bir yapıyı çağrıştırdığından ve inceleme konumuz olan sözleşmesel modellerde proje odaklı ve belirli süreli bir hukuki ilişki söz konusu olduğundan “işbirliği” olarak karşılanmasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir. Türkçe literatürde bu kavramların her ikisi de kullanılmakla birlikte mevzuatımızda ortaklık yerine işbirliği kavramının kullanılması

⁶ Yescombe, **a.g.e.**, s. 2; Tony Bovaird, “Public Private Partnerships in Western Europe and the US: New Growths from old Roots”, Ed. Abby Ghobadian v.d., **Private-Public Partnerships: Policy and Experience**, Palgrave Macmillan, 2004, s. 223.

⁷ Yescombe, **a.g.e.**, s. 3.

⁸ **A.e.**, s. 4; Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 18.

⁹ Christopher H. Bovis, “Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 6, Issue: 4, 2011, s. 215; Carlos Oliveira Cruz, Rui Cunha Marques, **Infrastructure Public-Private Partnerships Decision, Management and Development**, Springer, 2013, s. 4.

tercih edilmiştir. Nitekim yabancı literatürde kullanılan ortaklık kelimesinin de hukuki anlamda kullanılmadığı, bunun daha ziyade politik bir kavram niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Anayasa Mahkemesi de 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 Kanundan önce bu kavramı “kamu-özel ortaklığı” şeklinde kullanmıştır¹¹.

Literatürde mali yönetim, kamu yönetimi ve organizasyon teorisi gibi kullanım alanına, uygulandığı sektörler ve kavrama hangi açıdan önem atfedildiğine göre KÖİ’ye dair farklı tanımlar yapılabilmektedir¹². Bu kapsamda “*biri kamu ve diğeri özel kesimden kendi adına karar vermeye yetkili iki tarafın da kendisinden bir değer kattığı ve yapacakları faaliyetlerin sonuçları üzerinde ortak sorumluluk üstlenerek oluşturdukları bir risk paylaşımına dayanan belirli süreli bir ilişki biçimi*” gibi daha genel ve teorik nitelikli tanımlar yapılmaktadır¹³.

Ancak kavrama altyapı yatırım ve hizmetlerinin yürütülmesi açısından bir proje yönetim modeli olarak yaklaşıldığında KÖİ, idarenin bir hizmeti bizzat yürütmesi ile özelleştirme arasındaki tüm modelleri kapsayan geniş tanımlamalara konu olabilmektedir. Bu bağlamdaki tanımlara bakıldığında, *Delmon* KÖİ’yi “*kamu ve özel sektör kuruluşları arasında altyapı hizmetlerinin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılmasını amaçlayan ancak standart yapım işi sözleşmelerinden farklılaşan bir akdi ve hukuki ilişki*” olarak tanımlamaktadır¹⁴.

Hogde, Greve ve Boardman sözleşmesel modeller için kullanılan KÖİ kavramının özel sektörün katılımından beklenen veya kastedilen anlama göre çok farklılaşabildiğini ve buna göre KÖİ çatısı altında uygulanan modellerin değişiklik gösterdiğini ifade etmektedir¹⁵. Buna göre KÖİ; kamu altyapı tesislerinin tasarım, inşa, finansman, işletme, bakım, devir, kiralama, geliştirme, satın alma gibi unsurlarının

¹⁰ Yescombe, **a.g.e.**, s. 3.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2011/150, Karar Sayısı: 2013/30, Karar Günü: 14.2.2013.

¹² Jens K. Roehrich, Michael A. Lewis, Gerard George, “Are Public Private Partnerships a Healthy Option? A Systematic Literature Review”, **Social Science & Medicine**, Vol. 113, July 2014, s. 112.

¹³ Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 17.

¹⁴ Jeffrey Delmon, **Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers**, Cambridge University Press, 2011, s. 2.

¹⁵ Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, “The PPP Phenomenon and its Evaluation”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 6-7.

uzun vadeli bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde çeşitli şekillerde bir araya gelmesinden oluşan ve kamu ağırlıklı modellerden özel sektör ağırlıklı modellere kadar uzanan bir yelpaze içinde iki tarafın farklı ağırlıkta yer aldığı işbirliklerini ifade eden bir kavram olarak değerlendirilmektedir¹⁶. *Grimsey* ve *Lewis* ise kavramı genel anlamda özel sektör tarafının sözleşme ile bir altyapı hizmetinin sunumuna katılması veya destek sağlaması olarak tanımlamaktadır¹⁷.

KÖİ'ye dair bütün bu tanımlarda yer alan altyapı kavramı, akla ilk gelen yol, köprü, baraj gibi yatırımları kapsamakla beraber literatürde daha geniş biçimde ele alınarak çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu kapsamda ekonomik ve sosyal altyapı ile birlikte bunların da fiziki ve fiziki olmayan altyapı olarak çevrilebilecek 'hard' ve 'soft' altyapı şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğu tasnifler yapılmaktadır¹⁸. Bu doğrultuda enerji, ulaştırma, içme suyu gibi altyapılar ekonomik; hastane, okul gibi tesisler ise sosyal altyapı kategorisinde değerlendirilmektedir. Fiziki ve fiziki olmayan altyapı grupları ise bir tesisin kullanımı ile tesise ait temizlik, güvenlik gibi hizmetlerin ayrımını ifade etmektedir¹⁹. Bazı kaynaklarda ise ekonomik ile fiziksel altyapı ve sosyal ile fiziki olmayan altyapı kavramları eşanlamlı olarak kullanılmaktadır²⁰.

Esasında fiziki ve fiziki olmayan ayrımının altyapıya değil altyapı hizmetlerine dair bir ayrım olduğu söylenebilir. Bu anlamda altyapı hizmeti (*infrastructure services*) yerine tesisin idamesi (*facilities maintenance*) kavramı da kullanılmaktadır²¹. Dolayısıyla bir KÖİ projesi ekonomik veya sosyal bir altyapının inşası yanında bu altyapı tesisinin idamesi için yürütülen fiziki ve fiziki olmayan hizmetleri kapsayabilmektedir²².

KÖİ, uluslararası kalkınma kuruluşlarının da oldukça ilgi gösterdiği bir kavram olduğundan, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi kuruluşlar tarafından yapılan çalışmalarda da çeşitli tanımlar geliştirilmiştir. OECD, kavramı; idarenin hizmet sunum amaçları ile özel

¹⁶ Hodge v.d., **a.g.e.**, s. 6.

¹⁷ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 2.

¹⁸ Yescombe, **a.g.e.**, s. 1, Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 20-21.

¹⁹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 1.

²⁰ Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 34

²¹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 10

²² Darrin Grimsey and Mervyn K. Lewis, "Developing a Framework for Procurement Options Analysis", **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Wiley-Blackwell, 2009, s. 409.

sektör tarafının kâr elde etme amaçlarının birbiri ile uyumlaştırıldığı ve bu uyumun başarısının özel sektör tarafına yeterli düzeyde risk transferine bağlı olduğu bir sözleşme ilişkisi olarak tanımlanmaktadır²³. IMF ise KÖİ'yi geleneksel olarak idare tarafından yerine getirilen altyapı hizmetlerinin sunumu ve tesislerinin yapımı hizmetlerini özel sektörün üstlenmesi şeklinde tanımlamıştır²⁴. KÖİ, Avrupa Yatırım Bankası tarafından da özel sektörle kamu kurumları arasında özel sektörün uzmanlığı ve kaynaklarının kamu tesislerinin yapımı ve kamu hizmetlerinin sunumunun geliştirilmesine katkı sağlaması amacıyla kullanımı olarak değerlendirilmektedir²⁵. Dünya Bankası ise kavramı, idare ile özel kişi arasında bir kamu hizmetinin sağlanması veya bir tesisin kurulması amacıyla, özel sektör tarafının önemli oranda bir risk ve yönetim sorumluluğu üstlendiği uzun vadeli sözleşme ilişkisi olarak açıklamaktadır²⁶.

Bu tanımlarda yer alan temel unsurlar üzerinden, bir sözleşmesel ilişki olarak KÖİ'nin; *“bir altyapı hizmetinin, gerekli tesislerin kurulması veya yenilenmesi ile işletilmesini içerecek şekilde bütüncül olarak karşılandığı, ihale sürecinin özel sektörün iş çözümlerine açık rekabetçi bir müzakere aşaması içerdiği, uzun vadeli bir sözleşme ilişkisine dayanan ve taraflar arasındaki risk paylaşımının riski en iyi yönetebilecek tarafın üstlenmesi prensibine göre belirlendiği bir proje yönetimi modeli”* olarak tanımlanması yerinde olacaktır.

2. Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Gelişimi

Altyapı hizmetlerinin özel sektör tarafından görülmesi, bu hizmetlerin bir ihtiyaç olarak ortaya çıktığı dönemlerden itibaren sıkça karşılaşılan bir durum olmakla beraber, özellikle II. Dünya Savaşından sonraki dönemde altyapı hizmetlerinin daha çok devletler tarafından bizzat yürütüldüğü söylenebilir²⁷. Ancak özellikle 80'li yıllardan sonra dünyada başlayan özelleştirme dalgası ve liberal politikaların güç

²³ OECD, **Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money**, 2008, s. 17.

²⁴ IMF, **Public-Private Partnerships**, 2004, s.4 (Çevrimiçi) <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>, 11.02.2013.

²⁵ European Investment Bank, **The EIB's role in Public-Private Partnerships (PPPs)**, 2004, s. 2.

²⁶ World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 11.

²⁷ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 19.

kazanması altyapı hizmetlerinde de özel sektöre gördürme tercihinin bir alternatif olmaktan öncelik olmaya doğru evrilmesine sebep olmuştur²⁸.

İdarenin özel kişilere 'iş gördürmesi' idare hukuku bakımından yeni bir konu olmamakla birlikte, kamuya ait bir iş, hizmet veya yatırımın özel sektör eliyle görülmesi, gördürülmesi veya özel sektörün bu konuda yetkilendirilmesi gibi kavramlar yerine işbirliği kavramının kullanılması önemli bir yaklaşım farklılığını yansıtmaktadır.

Bu değişikliğin temelinde yatan ve bu süreci yönlendiren birtakım saikler olduğu gibi, bunların karşısında duran bazı görüşler ve eleştiriler de kamu özel işbirliği alanındaki tartışmalarda ortaya konulmaktadır.

Kavram kamu ve özel sektör taraflarının ortaklığı veya işbirliğini ifade ettiğinden her iki tarafta da bu işbirliğinde yer almaya dönük bir yöneliminin olması gerektiği söylenebilir. Nitekim özel sektör tarafından değerlendirildiğinde altyapı hizmetlerinin finansal ve ticari boyutunun daha cazip hale gelmesinin söz konusu olduğu savunulmaktadır²⁹.

Kamu tarafından bakıldığında ise kamu özel işbirliği kavramının ortaya çıkmasındaki en temel sebeplerden birinin hükümetlerin siyasi ve ekonomik riskleri azaltma çabası olduğu ifade edilmektedir. Zira kamu özel işbirliği uygulamalarının temel özelliği kamu hizmetinin görülmesine özel sektörü de dâhil ederek idarece veya hizmetten yararlananlar tarafından ödenen bir bedel karşılığında riskin paylaşılmasını sağlamaktır. Burada idarenin üstündeki riskin karşı tarafa devredilmesi ekonomik olduğu kadar siyasi bir tercihin de sonucudur³⁰.

Bu yöntemlerin tercih edilmesinde bir diğer temel saik söz konusu yatırım veya hizmetin daha düşük bir maliyetle, daha etkin olarak yürütülebileceği düşüncesidir. Zira artan altyapı ihtiyacı harcamalarda artışa sebep olmakta, aynı zamanda beklenen kalite ve performans düzeyi de teknolojik gelişmelerle birlikte artmaktadır³¹. Ayrıca proje maliyetinin karşılanması ve hizmetten yararlanma karşılığında tahsil edilmesi

²⁸ Yescombe, **a.g.e.**, s. 16.

²⁹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 30.

³⁰ Anthony E. Boardman, Finn Poschmann, Aidan R. Vining, "North American Infrastructure P3s: Examples and Lessons Learned", in **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 162.

³¹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 30.

beklenen gelirlere dair finansal riskin azaltılması da temel gerekçelerden birini oluşturmaktadır. Zira genellikle idarece yürütülen altyapı projeleri hedeflenen tutarın üzerinde bir maliyet getirmekte, beklenen gelirlerin elde edilmesi de kesinlik arz etmemektedir³².

Üçüncü bir sebep, idarenin proje süresi boyunca ve özellikle başlangıçta karşılaştığı ödenek ihtiyacını özel sektör finansmanı yoluyla daha kolay aşmasıdır. Bu şekilde vergileri artırma yoluna gitmeden daha kolay bir kaynak oluşturma mekanizması kullanılmış olmaktadır. Buna bağlı olarak da kamunun bütçe açığının azaltılması ve büyük projelerin sebep olduğu giderlerin bütçe dışından karşılanması sağlanmaktadır. Ayrıca kamu hizmetinin ücretlendirilmesinde hizmeti yürüten kişinin özel müteşebbis olması durumunda karşılaşılan siyasi riskin daha az olması da politik bir sebep olarak rol oynamaktadır³³.

Bu ve benzeri gerekçeler kamu ve özel sektör işbirliğini destekleyen argümanlar olarak ileri sürülmekle birlikte, bu yöntemlerin temelinde yatan anlayış bazı eleştirilere de hedef olmaktadır. Bu kapsamda kamu ve özel sektörün gerçek anlamda bir işbirliğinden söz edilemeyeceği, zira idarenin kamu yararı amacını gütmesine karşın özel kişilerin kâr elde etme amacı ile ticari bir faaliyet olarak bu hizmetleri üstlendiği, dolayısıyla kamu özel işbirliği yöntemlerinin kamu yararına hizmet etmeyeceği ifade edilmektedir³⁴. Ancak buradaki işbirliğinin sadece aynı amacı gütmek olarak algılanmasının çok dar bir yorum olacağı savunulmaktadır. Buna göre, kamu özel işbirliği esasen bu farklı amaçların uyumlaştırılması anlamını ihtiva ettiğinden idare açısından özel sektörün kâr elde etme amacının kamu yararına hizmet edecek şekilde kullanılmasını, bir başka deyişle maliyet ve kalite bakımından daha etkin bir işleyiş sağlamayı hedeflemektedir³⁵.

KÖİ'ye yönelik eleştirilerin temelde kamu yararının korunamaması endişesinden kaynaklandığı söylenebilir³⁶. Özel sektörden maliyet etkinliği, hizmet kalitesi, yenilikçilik, sonuç odaklılık gibi kavramlarla ifade edilen beklentilere karşılık; idare ve özel hukuk kişinin daha iç içe olduğu bir ilişki içinde hesap

³² Boardman, Poschmann, Vining, **a.g.e.**, s. 163.

³³ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 30.

³⁴ OECD, **a.g.e.**, s. 18-21.

³⁵ **A.e.**

³⁶ Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 40.

verebilirlik, şeffaflık, eşitlik, erişilebilirlik, katılımcılık gibi ilkelerin korunmasının daha zorlaşacağı savunulmaktadır³⁷.

Diğer yandan özel sektörün katılımının sunulacak hizmeti maliyet ve kalite bakımından kendiliğinden daha etkin hale getireceği de beklenmemelidir. Zira kamu ve özel sektörün işbirliğinin beklenen neticeyi sağlaması için taraflar arasındaki risk paylaşımının her iki tarafın sahip olduğu niteliklere uygun olarak belirlenmeli ve risklerin, bunları en doğru şekilde yönetebilecek tarafın üzerinde kalması sağlanmalıdır³⁸.

Ayrıca hükümetlerin kamu borç stokunun artmasından çekinmelerine karşın gerçekte özel sektörün finansman sağlamada kamuya nazaran daha dezavantajlı olduğu ve borçlanma maliyetinin daha yüksek olduğu da bilinen bir gerçektir. Hal böyle iken KÖİ projelerinden daha maliyet etkin bir sonucun beklenmesi, esasen projenin uygulanması ve ortaya çıkan tesisin işletilmesinde özel sektörün finansal kaynakları daha etkin kullanacağı kabulüne dayanmaktadır. Bir başka deyişle kamu açısından bu yöntemin tercih edilmesi için özel sektörün uygulama ve işletme aşamasında sağlayacağı tasarrufun finansmandaki artı maliyeti karşılayarak maliyet etkinliği sağlaması gerekmektedir. Aksi takdirde özel sektör yüklenicisinin kamuya yansıtacağı maliyetin klasik ihale usullerinden daha yüksek olma riski bulunmaktadır. Neo-liberal iktisadi paradigmanın özelleştirme ve KÖİ yöntemleri için bu koşulların gerçekleşeceğini iddia eden kabulleri eleştiri konusu olmakta ve KÖİ yönteminin maliyet bakımından daha etkin bir sonuç ortaya çıkarmayacağı da ileri sürülmektedir³⁹.

Ayrıca KÖİ sürecinin ihale ve sözleşme hazırlığı gibi işlem maliyetlerinin yüksek olmasından dolayı ancak belirli bir sınırın üstündeki projeler için başvurulabilecek bir yöntem olduğu unutulmamalıdır⁴⁰. Bir diğer husus da KÖİ'lerin varoluş amaçlarına uygun şekilde daha çok tasarım, inşa veya işletme aşamalarında yenilik geliştirme boyutu olan, işletme aşamasında sürekli ve önemli ölçüde bakım

³⁷ A.e.

³⁸ OECD, a.g.e., s. 18.

³⁹ Ken Coghill, Dennis Woodward, "Political Issues of Public-Private Partnerships", in **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 83.

⁴⁰ Örneğin İngiltere'de Hazine Bakanlığının 2003 yılında hazırladığı bir raporda bu sınır 20 milyon pound olarak önerilmiştir. (Grimsey, Lewis, a.g.e, s. 89.)

gerektiren ve karmaşık yapıdaki projeler için uygulanmasının daha uygun olacağıdır. Ancak standart, daha basit nitelikli veya rutin bakım, yapım veya onarım projelerinde KÖİ model ve süreçlerine başvurulmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir⁴¹.

Bu kapsamda KÖİ uygulamalarının gelişimi bakımından önemli bazı örnekleri daha detaylı incelemekte yarar vardır.

a) İngiltere

KÖİ, İngiltere’de kamu ve özel kesim arasındaki işbirlikleri bakımından geniş bir kapsamı ifade ederken, bu ülkede kullanılmaya başlanan ve literatürde yerleşen adıyla Özel Finansman Girişimi (*Project Finance Initiative-PFI*) ise daha çok bu kapsamda kurulan ve genellikle bir takım yapım işlerini içeren ve özel sektör finansmanına dayanan uygulamaları ifade etmektedir. Bu nedenle İngiltere örneğinde sözleşmesel KÖİ modelleri PFI adı altında incelenmektedir.

PFI sözleşmeleri ihale sözleşmelerinin (*government contracts*) bir türü olarak kabul edilmektedir. Ayrı bir idari sözleşme rejiminin olmadığı bu ülkede ‘*government contracts*’ kavramı özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte, kamu ihale sözleşmelerine benzer bir anlam ve işleve sahiptir⁴².

PFI mekanizması 1992 yılında Muhafazakâr Parti iktidarında sağlık, hapisane, ulaştırma ve savunma projeleri gibi birçok alanda özel sektör finansmanı sağlamaya dönük olarak uygulanmaya başlanmış ve sonraki İşçi Partisi hükümetleri tarafından da güçlü bir şekilde benimsenen bir yatırım modeli olmuştur. Öyle ki partinin ikinci dönem iktidarının başlarında sadece 2002 ile 2003 yılı arasındaki dönemde PFI uygulamaları kapsamındaki harcamalar ikiye katlanmıştır⁴³.

PFI projeleri başlangıçta yeterince etkin biçimde uygulanamamış ve projelerin yürütülmesinde etkinliği sağlamak ve kapasite eksikliğini gidermek üzere kamu ve

⁴¹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 90.

⁴² Christopher Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, Oxford University Press, 2006, 452.

⁴³ Michale Pollitt, “Learning from UK Private Finance Initiative”, in **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 207.

özel sektör temsilcilerinden oluşan ve aslında kendisi de bir kurumsal KÖİ örneği olan sürekli ve yarı idari bir “Partnerships UK” birimi kurulmuştur⁴⁴.

Ayrıca idari teşkilat içinde de bazı kurumlar PFI uygulamaları ile görevlendirilmişlerdir. Bu kapsamda Ulusal Muhasebe Ofisi (*National Accounting Office-NAO*) bu kapsamdaki altyapı projelerinden oluşan “UK PFI” programının izlenmesinden sorumlu temel birim olarak belirlenmiş, Kamu Hesapları Komitesi (*Public Accounts Committee*) de NAO’nun izleme görevine yardımcı olmak ve hazırladığı raporlar doğrultusunda alınacak önlemlere ilişkin çalışmalar yapmak görevlerini üstlenmiştir. Üçüncü bir idari yapı olarak Denetim Komiyonuna (*Audit Commission*) da PFI projelerinde harcanan kamu kaynaklarının denetimi görevi tevdi edilmiştir⁴⁵.

PFI mekanizması karşısında İşçi Partisi hükümetlerinin de bu derece istekli olması önceki ihale uygulamalarında alınan olumsuz sonuçlardan kaynaklanmıştır. Örneğin yol yapım sözleşmeleri üzerine 1992 yılı NAO raporunda Ulaştırma Bakanlığı tarafından başlangıçta öngörülen fiyatın % 28’i kadar ilave ödeme yapıldığı ortaya çıkmıştır. Burada temel problemin, Bakanlığın ortaya çıkan proje risklerini özel sektöre aktarma konusundaki isteksizliği olduğu sonucuna ulaşıldığından, PFI mekanizması ile risk transferinin daha dengeli biçimde yapılabileceği düşünülmüştür⁴⁶. Ayrıca Savunma Bakanlığı ihaleleri ile ilgili hazırlanan raporda da geçmiş 13 yıl boyunca yapılan ihalelerde kayıtların tutulması ve tekliflerin değerlendirilmesinde uzmanlık eksikliği gibi tespitler yer almıştır⁴⁷.

Bununla birlikte PFI projelerinin genel olarak değerlendirilmesi amacıyla İngiliz Hazinesi tarafından hazırlanan raporda zamanlama ve maliyet öngörülerine uyulma bakımından PFI projelerinin daha başarılı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. PFI projelerinin yaklaşık % 85’i sözleşme süresinden önce veya zamanında bitirilmişken, diğer projelerde bu oran % 30 olarak gerçekleşmiştir. Ayrıca PFI projelerinin ancak %

⁴⁴ David W. Gaffey, “Outsourcing Infrastructure: Expanding the Use of Public-Private Partnerships in the United States”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 39, No: 2, Winter 2010, s. 362.

⁴⁵ **A.e.**, s. 362.

⁴⁶ Pollitt, **a.g.e.**, 215.

⁴⁷ **A.e.**, s. 215.

21'inde başlangıçta öngörülen maliyet aşılmışken diğer projelerde bu oran % 70'in üzerindedir⁴⁸.

Ayrıca İngiltere'de, kamu harcamalarının Avrupa Birliği Maastricht Kriterleri ve borçlanma üzerindeki benzeri sınırlayıcı düzenlemelere uyum sağlanması ihtiyacı da özel sektör finansmanına dayanan yeni modellerin tercih edilmesinin sebepleri arasında belirtilmektedir⁴⁹. Bu şekilde özel sektörün uzun vadeli borçlanmalarının bütçe içinde görünmemesi hükümetler nezdinde diğer yöntemlere göre PFI modeline yönelmeyi daha cazip hale getirmiştir⁵⁰.

Kamu özel işbirliği konusundaki çalışmalarda İngiltere PFI uygulamalarına çok referans veriliyor olsa da ülkede toplam yatırımlar içinde bu yöntemle gerçekleştirilenlerin oranı ancak %10-15 düzeyindedir⁵¹.

PFI projeleri ile ilgili olarak, özel sektörün finansman maliyetinin kamudan daha yüksek olduğu ve bunun ekonomik krizden sonra daha da arttığı, projelerin bu farkı kapatacak ölçüde maliyet etkinliği sağlamadığı, ileriye dönük borçlanmaların gözden kaçırıldığı gibi eleştiriler Parlamento Komitelerinde hazırlanan raporlarda yer almaktadır⁵². NAO tarafından hazırlanan raporlarda ise daha ihtiyatlı değerlendirmeler yapılmakla birlikte, sözleşme hazırlığı ve yönetimi, ihalelerde rekabetin tam olarak sağlanması ve maliyet etkinliği değerlendirmesi gibi konularda çeşitli sorunlar yaşandığı ve PFI modelinin bu sorunlara uygun çözümler geliştirilmeden her şartta ideal bir model olarak değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmektedir⁵³.

Nitekim bu gibi sorunlara çözüm bulmak amacıyla PFI modelinde ihale ve uygulama süreçlerinin daha etkin hale getirilmesi yönünde çalışmalar sürdürülmekte ve bu çerçevede yapılan bazı değişiklikler *PF2* adı altında hayata geçirilmektedir. Bu kapsamda, ihale sürecine ilişkin olarak; sürecin daha hızlandırılması, merkezileştirilmesi, idari makamların ihaleler konusundaki yeteneklerinin güçlendirilmesi, sözleşme koşullarında daha fazla standartlaşma sağlanması gibi

⁴⁸ HM Treasury, **PFI: Meeting The Investment Challenge**, 2003, s. 48.

⁴⁹ Herbert Robinson v.d., **Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships**, Wiley-Blackwell Publishing, 2010, s. 3

⁵⁰ House of Commons Treasury Committee, **Private Finance Initiative**, Seventeenth Report of Session 2010–12, s. 55.

⁵¹ OECD, **a.g.e.**, s. 28.

⁵² House of Commons Treasury Committee, **a.g.e.**, s. 57-58.

⁵³ NAO, **Private Finance Projects**, A Paper for the Lords Economic Affairs Committee, October 2009, s. 6-10.

hedefler belirlenmiştir. Uygulama aşamasında ise daha fazla esneklik sağlanması amaçlanmakta, bu doğrultuda altyapı tesislerinin yönetiminde temizlik, güvenlik gibi bazı hizmetlerin sözleşme kapsamı dışına çıkarılarak sözleşme kapsamındaki hizmet çeşitliliğinin sadeleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu şekilde sözleşme kapsamının altyapı tesisinin inşası yanında tesislerin bakım ve idamesiyle daha yakından ilgili hizmetlerle sınırlı tutulmasına doğru bir eğilim ortaya çıkmıştır⁵⁴. Yine sözleşme uygulama sürecinde küçük ölçekli bakım hizmetlerinin ve bazı seçimlik hizmetlerin sözleşme kapsamına dâhil edilip çıkarılabilmesi konusunda idareye bir yetki tanınması da uygulama süreçlerinin daha esnek hale getirilmesi için alınan önlemler arasındadır⁵⁵.

Ayrıca PFI uygulamalarında kamu ve özel sektör işbirliğinin artırılması amacıyla proje şirketinde kamunun da azınlık hissesine sahip olması da PF2 yaklaşımının getirdiği yenilikler arasında yer almaktadır. Kamunun özel sektör sermaye sahipleri ile aynı şekilde şirket yönetiminde yer almasının projelerde işbirliği ve ortaklık ilişkisini güçlendirerek maliyet etkinliği ve proje performansını olumlu yönde etkileyeceği, ayrıca şeffaflık ve hesap verebilirliğin artırılmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir⁵⁶.

b) Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

ABD’de kamu altyapı yatırımlarına özel sektör katılımı uzun bir geçmişe sahip olmakla birlikte bugün kullanılan anlamda kamu özel işbirliği sözleşmeleri 1990’lı yıllardan sonra artış göstermiştir⁵⁷. Başkan Bush yönetimi döneminde Yönetim ve Bütçe Ofisi tarafından hazırlanan A-76 numaralı yönerge (*circular*) ile özelleştirme ve özel sektöre hizmet devri (*contracting out*) yöntemleri özendirilmiştir⁵⁸. Bu kapsamda ticari nitelikteki bir faaliyetin idare tarafından yürütülebilmesi için, o konuda gerekli hizmet arzını sağlayacak yeterli bir pazar olmaması, ulusal güvenlik ve sağlık hizmetinin zafiyete uğraması veya idarenin bu hizmeti daha düşük maliyetle sunabilmesi şartlarından birinin gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Buradaki ticari

⁵⁴ HM Treasury, **A New Approach to Public Private Partnerships**, December 2012, s. 13.

⁵⁵ **A.e.**, s. 49-51.

⁵⁶ **A.e.**, s. 29-33.

⁵⁷ Boardman v.d., **a.g.e.**, s. 165.

⁵⁸ Gaffey, **a.g.e.**, s. 357.

faaliyet ise hâlihazırda bir kamu kuruluşu tarafından yürütülen, ancak serbest piyasadan sağlanabilecek her türlü mal veya hizmet üretimi olarak tanımlanmış, ayrıca yönerge ekinde bu tür faaliyetlerin örneklerini ihtiva eden bir listeye yer verilmiştir. Bu listede yer alan her türlü sağlık hizmetinden, ulaştırma, mühendislik, bakım-onarım ve ofis hizmetleri ile çok farklı alanlarda malzeme üretimine kadar birçok faaliyet, idarenin değerlendirmeye tabi tutarak özel sektöre bırakması gereken ticari faaliyetler olarak sayılmıştır⁵⁹.

Yönetimin bu desteğine Federal Otoyol İdaresi (*Federal Highway Administration*) ile Ulaştırma Bakanlığı daha istekli olarak cevap vermiş ve KÖİ modellerinin otoyol yapımında kullanımına ilişkin bilgiler veren ve hukuki gereklilikleri de içeren kılavuzlar hazırlamışlardır. Ayrıca eyaletlerin federal düzenlemelerle uyumlu bir KÖİ uygulaması yürütmeleri için çerçeve oluşturacak bir model yasa taslağı hazırlamışlardır⁶⁰.

KÖİ sözleşmelerine federal düzeyde çerçeve oluşturan genel bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte Ulaştırma Bakanlığının yasa taslağı ve eyaletlerin bu doğrultudaki düzenlemeleri bu sözleşmelerin ABD'deki hukuki yapısı hakkında bazı fikirler vermektedir. Bu kapsamda söz konusu model yasa taslağında en dikkat çeken husus, eyalete ait ihale usullerinin bu yasa kapsamında uygulanmayacağına ilişkin düzenlemedir. KÖİ kapsamında uygulanacak ihale usullerine ilişkin hükümlerde ilk önce eyaletin genel ihale mevzuatının uygulanmayacağı belirtilmekte, ardından bu usullere dair hükümlere yer verilmektedir⁶¹.

Eyaletler seviyesinde KÖİ düzenlemesi bakımından farklı uygulamalar görülmekle birlikte, belirli bir sektör veya model özelindeki düzenlemeler de dâhil olmak üzere 2008 yılı itibarıyla 31 eyalet KÖİ sözleşmelerine yetki veren yasal düzenlemeler yapmış bulunmaktadır⁶². Bu çerçevede ABD'de KÖİ uygulamalarının çoğunluğu eyalet yönetimleri ve yerel yönetimler tarafından hayata geçirilmiştir.

⁵⁹ Office of Management and Budget, Circular No. A-76, August 4, 1983 (Revised 1999).

⁶⁰ Gaffey, **a.g.e.**, s. 357-358.

⁶¹ Draft Act Concerning Public-Private Transportation Initiatives, http://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/legis_model_0610.pdf, (Çevrimiçi), 02.09.2012.

⁶² Michael E. Pikel, Jr. & Lillian Plata, "A Survey of PPP Legislation Across the United States", **Global Infrastructure**, Vol. 1, 2008. (Çevrimiçi) http://www.ncppp.org/resources/State%20PPP%20Legislation%20Survey_2008.pdf, 03.08.2012.

Federal seviyede ise KÖİ uygulamaları genelde ulaştırma projeleri ile sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğundan⁶³ bütün sektörler için uygulanacak genel bir KÖİ düzenlemesi yapılmamıştır⁶⁴. Kamu ihale kurallarının KÖİ projelerine ne ölçüde uygulanacağı konusunda da bir netlik bulunmamaktadır. Ayrı bir idari sözleşme kategorisi bulunmayan ülkede KÖİ sözleşmeleri idarenin ihale sözleşmeleri ile farklılıkları açısından değerlendirilmektedir⁶⁵. Bu doğrultuda ABD Devlet Hesap Verebilirlik Ofisi (*Government Accountability Office/GAO*) tarafından kamu özel işbirliği, kamu ve özel sektör tarafları arasında oluşturulan ve özel sektör katılımına geleneksel usullerden daha fazla yer veren bir akdi anlaşma olarak tanımlanmıştır⁶⁶.

ABD’de kamunun ihale ile yaptırdığı işlerde imzaladığı sözleşmeler çok detaylı bir mevzuat düzenlemesine tabi tutulmaktadır. Federal hükümetle yapılan sözleşmeler ‘*government contract*’ (ihale sözleşmesi) olarak isimlendirilirken, eyalet ve yerel idareler için de bu kavram kullanılmaktadır. Ancak hepsini kapsayan genel bir isimlendirme olarak ‘*public contract*’ terimi de kullanılmaktadır. ABD hukuk sisteminde ayrı bir idari sözleşme kategorisi bulunmamakla birlikte⁶⁷ bu alanda uygulanan Federal Tedarik Mevzuatı (*Federal Acquisition Regulation/FAR*) olarak adlandırılan düzenlemeler ve idarelerin kendi ihale mevzuatları, ihale sözleşmelerinin temelde tabi oldukları özel hukuk sözleşmelerine dair kurallardan nispeten farklılaşmasına sebep olmuştur⁶⁸. Federal düzeyde bütün idarelerin uyması gereken

⁶³ Dominique Custos, John Reitz, “Public Private Partnerships”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 58, 2010, s. 570.

⁶⁴ Gaffey, **a.g.e.**, s. 359.

⁶⁵ ABD’de Fransız hukukunda olduğu gibi bir kamu hizmeti teorisi bulunmadığından “public works contract” (marches publics) ile “delegations of public service” (delegations de service public) arasında bir ayrım bulunmamaktadır. (Custos, Reitz, **a.g.e.**, s. 560.)

⁶⁶ GAO, **Public-Private Partnerships: Terms Related to Building and Facility Partnerships**, GAO/GGD-99-71, April 1, 1999 (expanded version of glossary), <http://www.gao.gov/archive/1999/gg99071.pdf>

⁶⁷ Supreme Court sözleşmelere ilişkin özel hukuk kurallarının ‘public contract’lar için de uygulanacağını *United States v. Winstar Corp.*, 116 S. Ct. 2432 (1996) kararındaki çoğunluk görüşünde de vurgulamış olmakla birlikte bu konudaki içtihadı *Lynch v. United States*, 292 U.S. 571 (1934) ve *Perry v. United States* 294 U.S. 330 (1935) kararlarından bu yana süregelmektedir. (Jerry Stouck, David R. Lipson, “United States v. Winstar Corp.: Affirming the Application of Private Contract Law Principles to the Federal Government”, **The Federal Circuit Bar Journal**, Vol. 6, No. 4, Winter 1996, s. 315, 338).

⁶⁸ David F. Innis, Aaron P. Silberman, “Provisions and Issues Unique to Government Contracts”, in **Federal Government Construction Contracts**, Ed. Michael A. Branca, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2010, s. 173.

ihale kurallarını düzenleyen FAR, toplam 53 bölümden oluşan ve yaklaşık 2000 sayfalık hacme sahip olan bir mevzuat külliyatını ifade etmektedir.

Ancak KÖİ sözleşmeleri ile güdülen genel eğilim, bu detaylı düzenlemelerin ve idare lehine tanınan korumaların azaltılması yönündedir. Bu amaçla KÖİ projelerinde FAR ve idarenin sözleşmeleri alanındaki diğer yasal ve idari düzenlemelerin azaltılması yönünde düzenlemeler yapılmakta ve KÖİ projeleri daha az/esnek regüle edilmiş bir alanda uygulanmaktadır.⁶⁹ Diğer yandan bu düzenlemelerle birlikte ihale süreçlerinde rekabet ortamının güçlendirilmesi, şeffaflığın artırılması ve sözleşme hazırlığı ve ihale süreçlerinin maliyet etkinliği hedefi çerçevesinde yeniden ele alınması çalışmaları yürütülmektedir⁷⁰. Bununla birlikte KÖİ’de kamu ihalelerinden farklı olarak sadece ihale süreci değil sözleşme yönetimi de büyük önem arz ettiğinden, KÖİ’ye ilişkin düzenleme ihtiyacı hangi ihale usullerinin uygulanacağına ötesinde bu tür sözleşmelerin uygulama sürecine ilişkin kuralları da kapsamaktadır⁷¹.

c) Avrupa Birliği (AB)

KÖİ uygulamaları AB’de 1990’lı yıllardan sonra gelişme göstermiştir. KÖİ modellerinin ortaya çıkmasında; üye ülkelerde Birlik mevzuatından kaynaklanan bütçe kısıtları, kamu hizmetlerinde özel sektörün iş yapma yöntemlerinden ve tecrübelerinden daha fazla yararlanılması isteği ve genel olarak devletin ekonomideki rolünün doğrudan hizmet sunumundan, hizmeti organize eden, düzenleyen veya kontrol eden konumuna geçmesi sebeplerinin rol oynadığı söylenebilir⁷². Bununla birlikte AB düzeyinde KÖİ projeleri genel kamu yatırımları içinde küçük bir oranda kalmaktadır⁷³.

⁶⁹ Ike Y. Chang v.d., **Use of Public Private Partnerships to Meet Future Army Needs**, RAND, 1999, s. xv.

⁷⁰ Custos, Reitz, **a.g.e.**, s. 571.

⁷¹ Katharine Southard, “U.S. Electric Utilities: The First Public-Private Partnerships?”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 39, Issue: 2, 2010, s. 398.

⁷² Commission of the European Communities, **Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, Brussels, 30.4.2004, COM(2004) 327 Final, s. 3.

⁷³ Commission of the European Communities, **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Mobilising Private and Public Investment for Recovery and Long**

AB mevzuatında KÖİ'nin standart bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, 30 Nisan 2004 tarihinde Komisyon tarafından kabul edilen ve kısaca Green Paper (*Yeşil Kitap*) olarak isimlendirilen belge⁷⁴ ile KÖİ'nin kavram olarak Birliğin kamu ihaleleri (*public contracts*) ve imtiyaza ilişkin mevzuatı çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir tartışma başlatılmıştır⁷⁵.

KÖİ'nin temel özelliklerini özetleyen ve Birlik mevzuatının KÖİ uygulamalarına cevap verebilirliğinin değerlendirilmesi için temel soruları ortaya koyan bu doküman üzerine yapılan tartışmaları içeren bir istişare raporu⁷⁶ (*Consultation*) ve Komisyon tarafından biri 2005⁷⁷ ve diğeri 2009⁷⁸ yılında olmak üzere iki adet geri bildirim (*Communication*) dokümanı hazırlanmıştır.

Yeşil Kitap KÖİ'yi sözleşmesel ve kurumsal olarak ikiye ayırmış, sözleşmesel KÖİ uygulamaları ise temel olarak iki farklı türde gruplandırılmıştır. Bunlardan birincisi imtiyazî (*concessive*) model olarak isimlendirilmiş ve bu model, özel sektör ile hizmetin nihai yararlanıcısı arasında doğrudan bir ilişkinin var olduğu, özel sektörün kamu otoritesinin kontrolü altında olsa da onun yerine hizmet sunduğu yöntemleri ifade etmek için kullanılmıştır. Ayrıca bu usulde hizmet bedelinin nihai kullanıcılar tarafından veya buna idarece bir ücret de ilave edilmesi şeklinde karşılandığı ifade edilmiştir⁷⁹.

Term Structural Change: Developing Public Private Partnerships, Brussels, 19.11.2009, COM(2009) 615 Final, s. 3.

⁷⁴ Commission of the European Communities, **Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, Brussels, 30.4.2004, COM(2004) 327 Final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=EN>

⁷⁵ Bult, Spiering, Dewulf, **a.g.e.**, s. 61.

⁷⁶ Commission of the European Communities, **Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, Commission Staff Working Paper, Brussels, 3.5.2005, SEC (2005) 629. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/ppp-report_en.pdf

⁷⁷ Commission of the European Communities, **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions**, Brussels, 15.11.2005, COM(2005) 569 Final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0569&from=EN>

⁷⁸ Commission of the European Communities, **Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Mobilising Private and Public Investment for Recovery and Long Term Structural Change: Developing Public Private Partnerships**, Brussels, 19.11.2009, COM(2009) 615 Final. http://ec.europa.eu/economy_finance/events/2010/20101213-epcc/com_2009_615_en.pdf

⁷⁹ Commission of the European Communities, **Green Paper**, s. 9.

Diğer grup ise PFI modeli olarak adlandırılmış ve özel sektör tarafının kamu yerine değil, sağlık ve eğitim altyapısının sağlanması örneklerinde olduğu gibi kamu için bir hizmet yürüttüğü yöntemlerin genel adı olarak kullanılmıştır. Bu tarz uygulamalarda hizmete ilişkin bedel nihai kullanıcılar değil idare tarafından ödenmektedir. Bedel sözleşme ile sabit bir fiyat olarak belirlenebileceği gibi hizmetin ulaşılabilirliğine veya kullanılma yoğunluğuna bağlı olarak değişken de olabilmektedir⁸⁰.

Yeşil Kitabın hazırlanmasından sonra üye ülkelerin ve ilgili tarafların görüşleri alınmış Mayıs 2005'te de bu görüşleri derleyen ve analiz eden istişare raporu yayınlanmıştır⁸¹. Bu görüşler ışığında 2005 yılında Komisyon tarafından Avrupa Parlamentosuna sunulan geri bildirim raporunda ise AB Mevzuatı kapsamında KÖİ ye ilişkin hukuki çerçeve ihtiyacı olup olmadığı konusunda değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu kapsamda en önemli husus AB Mevzuatının imtiyaz ve kamu ihalelerinde uyulmasını sağlamaya çalıştığı; malların ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlandığı bir iç pazar oluşturulması, yerleşme hakkı (*right of establishment*), eşit muamele (*equality of treatment*), karşılıklı tanıma (*mutual recognition*), orantınlık/ölçülülük (*proportionality*), şeffaflık (*transparency*) gibi ilkelerin korunduğu ve maliyet etkinliğinin sağlandığı bir uygulama yürütülmesidir⁸².

Ancak Yeşil Kitap'ta ileri sürüldüğü üzere Birlik seviyesinde ortak bir KÖİ düzenlemesi yapılmasına dair istişare raporunda⁸³ da buna genel olarak sıcak bakılmamış ve 2005 yılındaki geri bildirim raporunda bu konuda bir ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmiştir⁸⁴. Ancak KÖİ'nin çok canlı ve gündemde yoğun bir yer işgal eden bir konu olması hasebiyle tartışmaların devam etmesi istenmiş ve

⁸⁰ A.e.

⁸¹ Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, **Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, 3.5.2005, SEC(2005) 629.

⁸² Commission of the European Communities, **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions**, Brussels, 15.11.2005, COM(2005) 569 Final, s. 5.

⁸³ Commission Staff Working Paper, **Report on the Public Consultation on the Green Paper**, s. 6.

⁸⁴ Commission of the European Communities, **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions**, Brussels, 15.11.2005, COM(2005) 569 Final, s. 5.

Komisyunun ilgili birimleri ile üye devlet makamları ve ilgili diğer paydaşların konu üzerindeki çalışmalarının devam edeceği belirtilmiştir⁸⁵.

AB’de KÖİ sözleşmeleri ayrı bir kategori olarak benimsenmediğinden kamu ihalesi ve iş veya hizmet imtiyazlarına benzetilerek uygulanabilmektedir⁸⁶. Kamu ihalesi veya iş imtiyazına benzer şekilde uygulandığında, bunlardan Birlik düzeyinde belirlenen limitlerin üzerinde olanlar, kamu ihalelerine ilişkin düzenlemelere tabi olmaktadır. 2004 yılında yapılan kapsamlı değişikliklerden sonra AB ihale düzenlemeleri bir dizi yeni ihale prosedürleri getirmiş ve bu kapsamda KÖİ’de olduğu gibi işin teknik özellikleri ve yaklaşık fiyatının önceden belirlenmesi zor olan daha karmaşık yapıdaki projeler için ‘yarışmacı müzakere’ (*competitive dialog*) usulü öngörülmüştür⁸⁷.

Hizmet imtiyazları⁸⁸ kamu ihale düzenlemelerine tabi olmamakla birlikte, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları doğrultusunda şeffaflık ve eşit muamele gibi AB Kurucu Antlaşması (EC Treaty) prensipleri bunlara da uygulanmaktadır⁸⁹.

Genel olarak değerlendirildiğinde, AB’de idarenin iş ve hizmet sözleşmeleri ile imtiyaz sözleşmelerine ilişkin direktiflerin KÖİ sözleşmelerinde uygulanması

⁸⁵ A.e, s. 6.

⁸⁶ AB’de “public works contract” ile “public works concession” aynı tanıma tabi tutulmakla birlikte aradaki tek fark yapılan işin karşılığının tamamen veya kısmen o işten yararlanma şeklinde karşılınıp karşılınmadığıdır. Yani bir yapım işi için örnek vermek gerekirse, yüklenicinin yaptığı işin karşılığı, kısmen veya tamamen ortaya çıkan yapıdan belirli bir süre için yararlanmayı ifade ediyorsa ortada bir iş imtiyazı söz konusu olmaktadır. Ancak bu şekilde bir yararlanma söz konusu değilse ve yaptığı işin karşılığını tamamen ücret olarak alıyorsa genel bir yapım işi ortaya çıkmaktadır. Benzer şekilde yüklenicinin alacağı ücret performansına bağlı olmayıp sabit bir ödeme şeklinde belirlenmişse de imtiyaz değil genel bir yapım işi söz konusu olmaktadır. Çünkü bu durumda risk yüklenicide kalmadığından, karşılığın ortaya çıkan işten yararlanma şeklinde verilmesinin bir anlamı kalmamaktadır. (Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts, OJ L 199, 9.8.1993, p. 54–83, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1993:199:0054:0083:EN:PDF>), (European Commission, **Guide to the Community Rules on Public Works Contracts**, s. 61 (çevrimiçi) http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/works_en.pdf, 21.9, 2013.

⁸⁷ Commission of the European Communities, **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Mobilising Private and Public Investment for Recovery and Long Term Structural Change: Developing Public Private Partnerships**, Brussels, 19.11.2009, COM(2009) 615 final, s. 5.

⁸⁸ AB mevzuatında “public service contract” ile “public services concession” arasındaki ayrım da yapılan hizmetin karşılığının tamamen veya kısmen o hizmetten yararlanma şeklinde karşılınıp karşılınmadığı kriteri kullanılmaktadır. (Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, OJ L 134, 30.4.2004, m. 1/4, p.114–240, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:EN:PDF>)

⁸⁹ Commission of the European Communities, **Mobilising Private and Public Investment.**, s. 5.

konusunda kuralların dağınık olduğu ve daha belirli bir düzenleme çerçevesine ihtiyaç olduğu söylenebilir⁹⁰.

Diğer yandan Kara Avrupası hukuk sistemi içindeki üye ülkelerde KÖİ sözleşmeleri için imtiyaz modeline ilişkin kanunlarda olduğu gibi müstakil yasal düzenlemeler yapılmaktadır⁹¹. Bu doğrultuda İtalya, Belçika, Portekiz ve İspanya’da 2003 yılında, Fransa’da 2004 yılında, Yunanistan’da ise 2005 yılında PFI modeline dayanan KÖİ yasaları kabul edilmiş veya bu yasalarda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır⁹².

d) Fransa

Fransa’da imtiyaz sözleşmeleri uygulamasının 16. ve 17. yüzyıllara kadar giden bir geçmişi olduğundan kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanma konusunda ciddi bir birikim bulunmaktadır. Bu ülkede kamu özel işbirliğinin gelişimi anlatılırken ilk olarak 1980’li yılların sonunda başlayan, hizmetten yararlananlar yerine idare tarafından özel kişiye ödeme yapılması usulüne atıf yapılmaktadır. Ancak KÖİ uygulamalarının esas gelişimi bunların “*contract de partenariat public privé*” olarak isimlendirilen ayrı bir sözleşme türü olarak kabul edildiği ve merkezi bir KÖİ biriminin kurulduğu 17 Haziran 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname’nin (*Ordonnance*) yürürlüğe girmesi ile yaşanmıştır⁹³.

Fransa’da “idare öder” türü sözleşmelerin tamamı kamu özel işbirliği sözleşmeleri kategorisinde (*contrat de partenariat and equivalents*) değerlendirilmektedir. Bu kapsama giren sözleşmeler; işbirliği sözleşmeleri (*contrat de partenariat*), uzun süreli idari kiralama (*bail emphytéotique administratif*), uzun süreli hastane kiralama (*bail emphytéotique hospitalier*), kamu mallarının geçici işgali izni (*autorisations d’occupation temporaire du domaine public*) ve bu iznin kira sözleşmesi ile birlikte verilmesi veya erken geri alma (*rachat*) hakkı öngörülen kiralama (*bail avec clause de rachat anticipé*) türlerinden oluşmaktadır. Bu

⁹⁰ Mohamed A.M. Ismail, **Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries: An Analytical Perspective**, Ashgate, 2011, s. 53.

⁹¹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 31.

⁹² **A.e.**, s. 32.

⁹³ EPEC, **France: PPP Units and Related Institutional Framework**, 2012, s. 5.

sözleşmeler, konusuna giren hizmet türü, sektörü, sözleşme otoritesi gibi özellikleri itibarıyla farklılaşabilmektedir⁹⁴.

AB mevzuatında KÖİ sözleşmeleri, ihale sözleşmeleri (*public contracts*) altında değerlendirilirken, Fransa'da ihale (*marches public*) ve imtiyaz (*concessions*) sözleşmelerinin yanında üçüncü bir tür olarak kabul edilmiştir⁹⁵. Fransız Anayasa Mahkemesinin (*Conseil Constitutionnel*) 26 Haziran 2003 tarihli bir kararı⁹⁶ ile Fransadaki KÖİ modelinin sınırları belirlenmiştir. Buna göre KÖİ sözleşmelerinde kamu hizmetinin doğasından gelen ve devamlılık, eşitlik ve uyarlanabilirlik olarak ifade edilen üç temel ilkeye riayet edilmelidir⁹⁷. Ayrıca KÖİ yöntemlerinin kullanılması için kamu yararı ile gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken de iki temel koşul aranmalıdır. Bunlardan birincisi yatırım veya hizmetin aciliyeti, diğeri ise operasyonel ve teknik olarak karmaşık bir yapıda olmasıdır⁹⁸.

KÖİ'nin uygulanması bakımından aciliyet gerekçesinin haklı görülebilmesi için 29 Ekim 2004 tarihinde verilen bir Fransız Danıştay (*Conseil d'État*) kararına göre somut bir kamu yararının sunulabilmesi aranmaktadır. Ayrıca KÖİ'nin belirli bir sektör ve kamu hizmeti alanı ile sınırlı olması ve standart ihale usulünün ciddi bir gecikmeye sebep olması şartlarının mevcut olması gerekmektedir. 2 Aralık 2004 tarihinde verilen Fransız Anayasa Mahkemesi kararı⁹⁹ da bu içtihadı benimsemiştir¹⁰⁰.

Aciliyet söz konusu olmayıp konusu itibarıyla karmaşık yapıda olan bir proje söz konusuysa KÖİ yöntemine karar verilebilmesi için idare tarafından bir ön değerlendirme çalışması yapılması gereklidir. Bu kapsamda projenin klasik ihale yöntemiyle veya imtiyaz usulüyle yapılması seçeneklerinin neden tercih edilmediğinin

⁹⁴ **A.e.**, s. 8.

⁹⁵ Pierre Van de Vyver, Marie Refalo, "Extending the Scope of Public-Private Partnerships in France", **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 4, Issue: 1, 2009, s. 45.

⁹⁶ Conseil Constitutionnel, 26 Juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, Décision n° 2003-473 DC.

⁹⁷ Athanasios Gromitsaris, "Where is the Public Law Element in Public Sector Contracts? : A Comparison of the British, French and German Points of View", **The Public Private Law Divide: Potential for Transformation?** Ed. Matthias Ruffert, British Institute of International and Comparative Law, 2009, s. 261.

⁹⁸ David Hartmann, "Public Private Partnerships in France -The Principles and the Legal and Policy Frameworks", **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 1, Issue:1, 2006, s. 36-38.

⁹⁹ Conseil Constitutionnel, 2 Décembre 2004, Loi de simplification du droit, Décision n° 2004-506 DC.

¹⁰⁰ Hartmann, **a.g.e.**, s. 38.

ve KÖİ'nin ekonomik, idari veya hukuki yönden kazandıracığı avantajların ortaya konulması gerekmektedir. Bu usul İngiliz KÖİ uygulamasında kamu sektörü karşılaştırıcısı (*public sector comparator*) olarak isimlendirilen analize karşılık gelmektedir¹⁰¹. Teknik olarak karmaşık yapıdaki projelerde diğer usullerin uygulanamaması, genellikle gerekli standartların ve teknik özelliklerin veya sözleşmenin yürütülmesinde kullanılacak finansal ve hukuki enstrümanların belirlenmesinde yaşanan zorluklardan kaynaklanmaktadır¹⁰².

Fransız uygulamasında KÖİ sözleşmelerinde ödemeler sadece idare tarafından düzenli olarak yapılabildiği gibi¹⁰³ idare ile hizmetten yararlananların birlikte ödeme yapması usulü de uygulanmaktadır¹⁰⁴.

2008 ve 2009 yılında hayata geçirilen kanunlarla KÖİ uygulamaları için konulan şartlar hafifletilmiş¹⁰⁵ ve KÖİ sözleşmelerinin uygulanmasını kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmıştır¹⁰⁶.

B. Kamu Özel İşbirliğinin Yakın Kavramlarla İlişkileri

Kavramın ifade ettiği kapsamın netleştirilmesi ve yukarıda ifade edilen tanımın daha somutlaştırılması bakımından kamu özel işbirliği modellerinin yakın kavram ve usullerle ortak ve farklı yönlerine göz atmakta yarar vardır. KÖİ kavramı kapsamına giren modellerin içeriği ve unsurları ile ilgili değerlendirmeler ilerideki bölümlerde yapılacağından burada yapılacak inceleme daha genel ve kavramsal bir karşılaştırma ile sınırlı olacaktır.

1. Kamu Özel İşbirliği ve İmtiyaz

Uluslararası literatürde imtiyaz kavramı "*concession*" olarak isimlendirilmekte ve "*concession*" kavramının KÖİ ile ilişkisi konusunda farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Genellikle KÖİ daha geniş bir kavram olarak ele alınıp imtiyazın KÖİ

¹⁰¹ Ancak İngiltere PFI uygulamasında bu analizi 2004 yılından sonra yapılabilirlik analizi (business case) olarak genişletmiş ve değiştirilmiştir. (HM Treasury, **Value for Money Assessment Guidance**, 2006, s. 5.

¹⁰² **A.e.**

¹⁰³ Gromitsaris, **a.g.e.**, s. 257.

¹⁰⁴ EPEC, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁰⁵ Van de Vyver, Refalo, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁰⁶ EPEC, **a.g.e.**, s. 5.

kapsamına giren modellerden biri olduğu belirtilmektedir¹⁰⁷. Bazı çalışmalarda ise iki kavramın farklı yönlerine işaret edilerek imtiyaz KÖİ'den ayrıştırılmaktadır¹⁰⁸. Bu doğrultuda bazı ülkelerde KÖİ modellerinin imtiyaz dışındaki PFI olarak adlandırılan modelleri kapsayan bir kavram olarak ele alındığı görülmektedir¹⁰⁹. Diğer taraftan imtiyaz sözleşmesinin yap-işlet-devret (YİD), yap-işlet gibi modellere dair sözleşmelerin genel adı olarak kullanıldığı ve KÖİ modellerinin imtiyaz niteliğinde olanlar ve olmayanlar şeklinde ayrıldığı da görülmektedir¹¹⁰. İmtiyaz kavramının kullanımındaki bu farklılıklardan dolayı *Delmon* imtiyazın (*concession*) KÖİ ile ilgili olarak en fazla kullanılan ancak içeriği en muğlak olan kavram olduğunu belirtmektedir¹¹¹.

Esasında imtiyaz kavramı da dâhil olmak üzere bu konuda uluslararası literatürde herkesin üzerinde uzlaştığı kesin tanımların olmadığını belirtmekte yarar vardır. Kavramlar, ülkelerin veya uluslararası kuruluşların farklı uygulamaları çerçevesinde şekillenmekte ve kapsamı o ülkedeki kullanıma göre belirlenmektedir. Anglosakson hukuk sisteminde ve uluslararası kuruluşlar tarafından imtiyaz kavramının genellikle özel kişilerin bir kamu hizmetini yürütmekle yetkilendirilmesinin adı olarak kullandığı söylenebilir¹¹². Bu bakımdan imtiyaz kavramının ayrı bir yargı rejimine tabi olan ve belirli unsurları içeren bir sözleşme tipi olarak Kara Avrupası hukuk sistemindeki anlamıyla kullanılmadığını belirtmek gerekir¹¹³.

Diğer yandan, Fransız idare hukukundaki anlamıyla imtiyaz kavramının, öncelikle proje yönetim süreci bakımından KÖİ'den ayrıldığı savunulmaktadır¹¹⁴. Bu

¹⁰⁷ Duncan Cartledge, **Public Private Partnerships in Construction**, Taylor & Francis, 2006, s. 7; Yescombe, **a.g.e.**, s. 5; Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. xi.

¹⁰⁸ OECD, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁰⁹ Yescombe, s. 10.

¹¹⁰ Christopher Bovis, "The Notion of Public Concession as a Component of Public Private Partnerships", **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 2, Issue: 1, 2007, s. 12; Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 72; Denton Wilde Sapte LLP, **Public Private Partnerships: BOT Techniques and Project Finance**, 2. Edition, Euromoney Books, 2006, s. 95

¹¹¹ Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure**, s. 9.

¹¹² Christopher Clement-Davies, Public/Private Partnerships in Central and Eastern Europe: Structuring the Concession Agreement, **Business Law International**, Issue: 1, 2001, s. 18; UNCITRAL, **Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects**, New York, United Nations, 2001, s. 4.

¹¹³ Clement-Davies, **a.g.e.**, s. 18.

¹¹⁴ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 245.

kapsamda, KÖİ’de idarenin hizmet ihtiyacının belirlenmesi ve buna göre performans ölçütlerinin geliştirilmesi, ödeme mekanizmasının oluşturulması, ihale sürecinin tasarlanması gibi aşamaların imtiyazdan farklılık arzettiği belirtilmektedir¹¹⁵.

İçerdiği unsurlar bakımından ise KÖİ ile imtiyazın risk paylaşımı ve ödeme açısından birbirinden ayrılabilmesi ifade edilmektedir¹¹⁶. Buna göre imtiyazda talep riski özel sektör işletmecisine KÖİ’den daha fazla devredilmektedir. Ayrıca imtiyazda hizmetin finansmanı genellikle kullanıcı ücretleri ile karşılanırken, KÖİ’de ya tamamen idare tarafından yapılacak ödemeye ya da idare ve kullanıcının birlikte ödemesine dayalı bir mekanizma oluşturulmaktadır¹¹⁷.

Uluslararası literatürdeki bu değerlendirmeler, imtiyaz kavramının belirli bir modelden ziyade idare tarafından yürütülen altyapı hizmetlerinin özel kişilere devredildiği sözleşmelerin genel adı olarak kullanıldığını göstermektedir. Ancak imtiyaz kavramının özellikle Fransız hukuk sistemindeki yerleşik uygulamasının tesiriyle, bazı özellikleri itibarıyla KÖİ’den farklılaştırıldığı görülmektedir.

Anglosakson hukuk sistemi ve uluslararası uygulamalarda daha çok kamu ihalesine benzer şekilde algılanan KÖİ’nin her iki hukuk sisteminin etkilerini de barındıran AB hukukunda ise imtiyaz ve kamu ihalesine benzetilerek uygulanması da kavramlar arasında kurulan dengenin bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

2. Kamu Özel İşbirliği ve Kamu İhalesi

Kamu özel işbirliği yöntemlerinin ortaya çıkmasında, genel olarak kamu hizmeti anlayışındaki değişim ve geleneksel kamu hizmeti alanlarının rekabete açık sektörler haline dönüşmesinin yanında, klasik kamu ihalesi yöntemlerinin beklenen neticeleri sağlayamaması da rol oynamıştır¹¹⁸. Kamu ihaleleri ile ilgili en önemli sorun başlangıçta öngörülen maliyet ve süre hedeflerine ulaşılmasında genel olarak başarılı olunamaması olarak zikredilmekte ve bunun temel sebebi olarak, belirlenen hedeflerin iyimser ve gerçekçi olmayan tahminlere dayanması gösterilmektedir¹¹⁹.

¹¹⁵ A.e.

¹¹⁶ OECD, a.g.e., s. 24.

¹¹⁷ A.e.

¹¹⁸ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 71.

¹¹⁹ A.e., s. 72.

Bu çerçevede kamu ihalelerinde karşılaşılan sorunlar için bazı çözüm önerileri geliştirilmektedir. Öncelikle kamuoyu katılımının artırılması yoluyla sürecin şeffaflığının artırılması en önemli tedbirlerden biridir. Bunun yanında, projenin uygulama safhasına dair detaylı teknik tanımlamalar koymak yerine proje çıktılarına dayanan sonuç odaklı bir yaklaşımla performans hedeflerinin daha belirgin hale getirilmesine odaklanılması ile projenin geliştirilmesi, inşası ve işletilmesine dair açık bir kurallar manzumesinin oluşturulması diğer önlemler arasındadır. Ayrıca projelerinin pazar analizine tabi olmasını sağlaması bakımından özel sektör risk sermayesinin kamu altyapı yatırımlarına dâhil edilmesi de faydalı görülmektedir¹²⁰.

KÖİ'nin yeni bir kavram ve uygulama olarak ortaya çıkması temelde bu çözüm önerilerinin hayata geçirilmesini amaçlamaktadır. Nitekim Anglosakson hukuk sisteminde imtiyaz (*concession*) kavramı ayrı bir sözleşme türünü ifade etmediğinden, KÖİ kamu ihaleleri (*public/government contracts*) ile karşılaştırılarak değerlendirilmektedir. Kamu ihalesinde bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli bir unsur veya hizmetin ayrılabilen bir parçası özel kişiden sağlanmakta, ancak bir bütün olarak hizmet için gerekli tesislerin kurulup işletilmesine yönelik bir işbirliği kurulmamaktadır. Bu açıdan kamu özel işbirliğini farklı kılan en temel unsurun bir altyapı hizmeti için gerekli tesislerin kurulması ile işletilmesinin bir arada bulunması (*bundling*) olduğu ifade edilmektedir¹²¹. Bu açıdan bir hizmet tesisinin yapımı ve sunulacak belirli hizmetlerin sağlanması ayrı ihale konularını oluşturduğu halde KÖİ'de bu iki unsurun bir arada yer alması esas farklılığı oluşturmaktadır.

Dolayısıyla, özel sektör klasik ihale usulünde olduğu gibi sadece hizmetin yürütülmesi için gerekli tesisleri yapan veya sadece hizmetin bir bölümünü sunan bir yüklenici olmanın ötesinde, tesislerin yapımından hizmetin sunumuna kadar sürecin tamamını üstlenmektedir¹²². Bu nedenle projenin tasarım aşamasından itibaren uygulama ve işletme aşamasını da düşünerek hareket etmesi ve bu çerçevede hizmet gerekleri ve standartları bakımından en etkin çözüme ulaşması beklenmektedir. Bu şekilde KÖİ uygulamalarındaki etkinlik (*value for money*) artışının, özel sektörün

¹²⁰ A.e., s. 78.

¹²¹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 92; Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, "Developing a Framework for Procurement Options Analysis", s. 398.

¹²² Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 92.

yetki ve sorumluluk devrine bağılı olarak genişleyen hareket alanının değerlendirilmesinin sonucu olacağı varsayılmaktadır. Klasik ihale usulünün ötesinde bir sorumluluk üstlenen özel sektör tarafı, hizmetin sunumunda gerekli bir mal veya hizmeti üreten taraf olmaktan çıkıp, bir altyapı hizmetini belirlenen standartlar çerçevesinde başından itibaren bizzat üstlenen bir ortak konumuna gelmektedir. Dolayısıyla kamu özel işbirliğinde özel sektör tarafı planlama, finansman, inşa, işletme ve idame aşamalarında kamu ihalesine göre daha fazla müdahil olmaktadır¹²³. Tasarım aşamasından itibaren kamu tarafından belirlenen standartlarda bir hizmet sunumunu sağlayacak şekilde özel sektör tarafından tasarlanan hizmet organizasyonunun, özel sektörün kârlılığı ile hizmet gereklerini birleştiren en etkin çözüme ulaşılmasını sağlayacağı kabul edilmektedir¹²⁴.

KÖİ'deki bu farklı yaklaşım şartname hazırlık sürecinden itibaren kendisini göstermektedir. Klasik ihale yönteminde önceden belirlenmiş ve işin teknik özelliklerine dair detay hükümleri içeren şartnameler idare tarafından önceden belirlenirken, KÖİ'de işin teknik özellikleri isteklilerle yapılan müzakerelerle şekillenir. Bu şekilde sözleşmenin uygulanması sürecince ortaya çıkabilecek değişikliklerin daha aza indirilebileceği ve yapılabiliğinin daha yüksek olacağı öngörülmektedir¹²⁵.

KÖİ'de sözleşme konusu işin uygulanmasına dair teknik koşulların belirlenmesine isteklilerin daha fazla müdahil olabilmesi ve alternatifler geliştirebilmesi, idarenin, hizmetten beklenen çıktı ve sonuçların belirlemesine daha fazla odaklanmasını gerektirmektedir. Bu noktada idareden beklenen, özel sektörden en yüksek verimi alabilmesi ve süreci doğru yönetebilmesi için 'bilinçli bir tüketici' olmasıdır. Özel sektör kendisinden istenen sonuçları üretmek için en uygun yöntemle idare ile birlikte karar verecektir¹²⁶.

İsmi KÖİ olsa dahi idarenin klasik ihale yönteminde olduğu gibi şartnamede hizmetin yürütülmesine ilişkin tüm detayları tek taraflı olarak belirlediği bir

¹²³ D. Joseph Darr, "Current Trends in Public-Private Partnership Laws", **Construction Lawyer**, Vol. 28, Issue: 3, Summer 2008, s.53.

¹²⁴ OECD, **a.g.e.**, s. 21.

¹²⁵ Demetris Savvides, "The Effectiveness of the Competitive Dialogue Procedure under the EU Consolidated Public Procurement Directive (2004/18/EC) as an Award Procedure for Public Private Partnerships", **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 6, Issue: 1, 2011, s. 26-27.

¹²⁶ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s.177; Cartlidge, **a.g.e.**, s. 150.

uygulamada özel sektörün hareket alanı daralacak ve beklenen düzeyde bir etkinlik artışı sağlanamayacaktır. Dolayısıyla klasik kamu ihale usulünü KÖİ'den ayıran en önemli farkın, özel sektöre en etkin maliyet-kalite dengesini kurabilmesi için yeterli yetki ve riskin devredilmesi olduğu kabul edilmektedir¹²⁷.

Bütün bu özellikler, KÖİ uygulamalarında ortaya çıkan modellerin yanında kamu ihalelerinden farklılaşan yeni ihale süreci anlayışının da çok önemli olduğunu ortaya koymaktadır. Nitekim bazı yazarlar KÖİ'nin, aslında yeni bir modelden ziyade, kamu ve özel sektörün 'işbirliği'ne ve risklerin tarafların kabiliyetlerine göre paylaşımına dayanan bir 'süreç yönetimi' olduğunu ifade etmektedir¹²⁸. Örneğin AB'de yarışmacı müzakere (*competitive dialog*) usulü KÖİ uygulamaları ile birlikte ihale mevzuatına dâhil edilmiştir¹²⁹.

Türk hukukunda idarenin yapacağı ihaleleri düzenleyen temel kanunlar Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu olmakla birlikte, imtiyaz ve KÖİ yöntemleri bu kanunlardan istisna edilmiştir.

Ancak imtiyaz yöntemi ile ilgili olarak ihale ilanı, şartname hazırlanması, ihale komisyonları, tekliflerin değerlendirilmesi gibi konularda Menafii Umumiyye Mütcellik İmtiyazat Hakkında Kanun'da ve kamu ihalelerine ilişkin diğer mevzuatta herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bunun yerine genel ilkeler belirtilmiş ve yargı kararları ile uygulamaya dair bazı esaslar geliştirilmiştir¹³⁰.

YİD, yap-işlet ve Sağlık Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığınca uygulanan YKD modeline dayanan kamu özel işbirliği uygulamalarında kamu ihale mevzuatından ayrı olarak ikincil düzenlemelerle ihale usullerinin müstakil olarak belirlendiği görülmektedir¹³¹. Bu düzenlemelerin içinde Sağlık Bakanlığınca Kamu

¹²⁷ OECD, a.g.e., s. 18

¹²⁸ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 87.

¹²⁹ Christopher Bovis, "The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships", **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 1, Issue: 1, 2006, s. 14.

¹³⁰ Murat Sezginer, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S.1-2, 2007, s. 1088.

¹³¹ Bkz. 26/4/2011, No: 2011/1807 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar (R.G. T. 11/6/2011, No: 27961 (Mükerrer)), Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (R.G. T. 29/8/1997 No: 23095), Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, (R.G. T. 9/5/2014 No: 28995), Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki

Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliğinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki yapım işleri ihalelerine dair düzenlemelerle oldukça benzer olduğu dikkat çekmektedir. Buna karşılık YİD ve yap-işlet usulleri daha önceden uygulanmaya başlamış olmakla birlikte yönetmeliklerde bunlara dair düzenlemelerin daha sınırlı nitelikte olduğu, sözleşmelere daha fazla atıf yapıldığı gözlenmektedir. Nitekim *Kutlu* da bu kanunlarda ihale usullerinin muğlak bırakıldığını ve bunun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir¹³².

İmtiyaz sözleşmelerine dair ikincil bir düzenleme yapılmamasında sözleşmelerin zaten Danıştay incelemesinden geçirilecek olmasının rol oynadığı düşünülebilir. Ancak özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan KÖİ modelleri için daha detaylı düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu düzenlemelerin yapılmasında klasik ihale süreçleri bir karşılaştırma unsuru olarak alınmış, bunlara göre daha esnek bir süreç yönetimi uygulanması amaçlanmıştır. Anglosakson ülkelerinde de takip edilen bu yöntemin başarıya ulaşabilmesi için klasik ihale süreçlerinin güçlü ve zayıf yönleri analiz edilmeli ve KÖİ projelerine özel olarak farklılaştırılacak hususlar, uygulanacak yöntem ve sektörün özelliklerine bağlı olarak belirlenmelidir. Bu açıdan KÖİ yöntemlerindeki ihale süreçlerinin kavramla amaçlanan hedeflere ulaşılması bakımından sürekli olarak değerlendirilmesi ve uluslararası uygulamalardan alınan tecrübelerin de takip edilerek gerekli güncellemelerin yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

İhale konusu ve süreçlerine dair belirtilen özellikler dışında, KÖİ ile klasik ihale usulleri arasındaki en önemli farklardan biri de, KÖİ’de yükleniciye yapım veya yenileme işleri karşılığında ödenmesi gereken bedelin tamamen veya kısmen belli hizmetlerin yüklenici tarafından işletilmesi ile karşılanmasıdır. Ancak bedelin ne kadarı karşılığında yükleniciye hangi hizmetlerin sunumunun bırakılacağı, uygulanan model ve proje konusu bakımından farklılık arz edebilmektedir. YİD gibi yöntemlerde yükleniciye bırakılan hizmetlere dair işletme hakları genellikle yatırım maliyetine

Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik (R.G. T. 9/5/2014 No: 28995).

¹³² Meltem Kutlu, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayını, 1997, s. 55-57.

karşılık olarak verildiğinden, idare tarafından ayrı bir ödeme yapılmadan bu model kapsamındaki altyapı hizmeti en kısa işletme süresi teklifi ile ihale edilebilmektedir. Ancak YKD modeli gibi işletme gelirlerinin yatırımı finanse etmekte yetersiz kaldığı hallerde idare tarafından bir ödeme yapılmakla birlikte, özellikle ticari hizmetler gibi belli faaliyetlerin yükleniciye bırakılmasından elde edilecek gelirler yükleniciye ödenecek bedelin bir kısmını oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, klasik ihale süreçlerinden ihale konusu, süreç ve ödeme mekanizmaları açısından ayrılan bu özelliklerin KÖİ modellerini farklı kılan nitelikler olarak ortaya çıktığı görülmektedir.

3. Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme

KÖİ, özel sektörün altyapı hizmetlerine katılımı bakımından klasik ihale usulü ile özelleştirme arasında konumlandırılarak özelleştirmeden daha önceki bir aşama olarak ifade edilmektedir¹³³. Bununla birlikte özelleştirmenin birçok farklı yöntemi içermesi, kavramlar arası ilişkinin ve hangisinin nerede başlayıp nerede bittiğinin tespit edilmesini güçleştirmektedir. Zira KÖİ'nin bugünkü kullanımına benzer şekilde, özelleştirme kavramı da özellikle 80'li ve 90'lı yıllarda kamu yönetimi alanında popüler bir slogan olarak kullanılmıştır.¹³⁴

Yabancı literatürde KÖİ'nin özelleştirmeden (*privatization*) farkı üzerine yapılan tartışmalarda her iki uygulamanın sonuçları bakımından bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Özelleştirmenin bir kamu işletmesinin özel sektöre devri ile birlikte bu işletme tarafından sunulan hizmetin tüm sorumluluğunun da devredilmesini ifade ettiği, ancak KÖİ'de sorumluluğun idarede kaldığı, dolayısıyla idarenin sunulan hizmet bakımından muhatap konumunun tamamen ortadan kalkmadığı ifade edilmektedir¹³⁵.

Ancak bu yorumun özelleştirmenin bir kamusal tesisin satışı şeklinde anlamlandırıldığı Anglosakson hukuk sistemi açısından yapılan bir değerlendirme

¹³³ Cartlidge, **a.g.e.**, s. 7

¹³⁴ Roger Wettenhall, "The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships", **Public Organization Review**, Vol. 3, 2003, s. 77.

¹³⁵ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 55; Edward Farquharson v.d., **How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets**, World Bank, 2011, s. 9.

olduğunu belirtmek gerekir. Türk hukukunda kullanılan şekliyle hizmetin özelleştirilmesinin ise “*contracting out*” veya “*outsourcing*” kavramlarına karşılık geldiği söylenebilir. Zira bu kavramlar daha çok idare tarafından yürütülen bir hizmetin özel sektöre ve rekabetçi piyasaya açılması anlamında kullanılmaktadır. Ancak “*contracting out*” terimi altyapı tesislerinin yapımını içermemesi bakımından KÖİ’den farklılık arz etmektedir¹³⁶. Bir başka deyişle “*contracting out*” sadece hizmetin yürütülmesinin özel sektöre devredilmesini ifade ederken KÖİ’de genellikle tesisin yapımı ve hizmetin sunulması bir arada bulunmaktadır.

“*Contracting out*” teriminin bir hizmetin rekabete açılması anlamına geldiği bu açıdan özelleştirmeden ayrıldığı da savunulmaktadır. Zira devletin tekel niteliğinde bir hizmetinin de özelleştirilmesi mümkün olduğundan özelleştirme her zaman rekabete açılma anlamına gelmeyebilir¹³⁷.

Diğer taraftan, özelleştirilen işletme üzerinde idarenin regülasyon yoluyla düzenleme yapma işlevi devam etmektedir. Ancak üretilen ürün veya hizmetin nitelik ve niceliğine dair belirleme yapma yetkisi ortadan kalktığı için söz konusu hizmet tamamen kâr elde etme amacına yönelik olarak sürdürülecektir. KÖİ’nin bu bakımdan farkı ise hizmetin standartları, fiyatı, tarafların hak ve borçlarının idare ve özel kişi arasındaki sözleşme ile belirlenmesi ve idarenin kamu hizmetinden kaynaklanan sorumluluğunun devam etmesidir. Bu durum aradaki ilişkinin sözleşme temeline dayanması sebebiyle, sözleşme yoluyla düzenleme (*regulation by contract*) olarak da ifade edilmektedir¹³⁸.

Dolayısıyla, özelleştirmede ilk anlamıyla bir tesisin bütünüyle özel sektöre devredilmesi söz konusu iken, KÖİ’de bir altyapı hizmetinin kamu tarafından belirlenen hizmet standartlarına uygun olarak özel sektör tarafından gerekli tesis yatırımları yapılarak işletilmesi söz konusudur. Bu yöntemle maliyet etkinliği (*value for money*) ilkesinin hayata geçirilmesi ve özel sektörün işletme mantığından yararlanma amacı vardır. Ancak özel sektörün bu etkinliği sağlayabilmesi için verilen yetki veya devredilen riskin yeterli düzeyde olması gerekmektedir. İdarenin hizmetin

¹³⁶ Grahame Allen, **The Private Finance Initiative (PFI)**, Research Paper 03/79 21, House of Commons, October 2003, s. 10

¹³⁷ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 56.

¹³⁸ A.e., s. 55.

yürütülmesine ilişkin tüm detayları belirlediği bir uygulamada özel sektörün yetki ve sorumluluk alanı daralacak ve maliyet etkinliğini artırma amacı beklenen düzeyde gerçekleşmeyecektir¹³⁹.

Türk hukukunda 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile özelleştirme yöntemleri; satış, kiralama, işletme hakkı verilmesi, mülkiyetin gayri aynî hakların tesisi, gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar olarak sayılmıştır. Kanun'un 15. maddesinde ise kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi yöntemleri; işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ile mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi şeklinde ifade edilmiştir.

Kanunda özelleştirmenin konusunun, kamu kuruluşları veya bunların mal ve hizmet üretim birimleri ile varlıkları olduğu belirtilmiş, özelleştirmenin amacı ise *“ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak”* şeklinde ifade edilmiştir. KÖİ'nin ortaya çıkmasında da verimlilik temel gerekçe olmakla birlikte, KÖİ'de en temel niteliklerden birisi olan yapım unsuru özelleştirme yöntemleri içinde yer almamakta, aksine mevcut bir kuruluş veya onun bir mal varlığı veya biriminin mülkiyetinin veya işletim/kullanım haklarının devredilmesi söz konusu olmaktadır.

4046 sayılı Kanun'un 15. maddesinde ayrıca *“Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri(nin)”* imtiyaz teşkil edeceği belirtilerek bu faaliyetlerin imtiyaz sözleşmeleri ile gördürüleceği düzenlenmektedir.

Dolayısıyla bu maddede imtiyaz teşkil etmeyen mal ve hizmet üretim tesislerinin özelleştirme usulleri kapsamına dâhil olacağı belirtilerek imtiyaz usulü özelleştirmenin sınırı olarak ifade edilmiştir.

Bu çerçevede, Türk hukukunda özelleştirmenin daha geniş anlamda ele alındığı ve 4046 sayılı Kanunda özelleştirme yöntemleri sayılırken kullanılan *“işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar”* ifadesiyle, bu yöntemlerin burada sayılanlarla sınırlandırılmadığı ve idareye başka yöntemler belirleme konusunda bir takdir yetkisi

¹³⁹ OECD, a.g.e., s. 132.

verildiği görülmektedir¹⁴⁰. Ayrıca Türkiye’de işletme hakkı devri (İHD), 4046 sayılı Kanunda bir özelleştirme yöntemi olarak yer almaktayken aynı zamanda KÖİ kapsamındaki yöntemlerden biri olarak da değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla KÖİ ile özelleştirme arasında Türk hukukunda da net bir ayırım yapılmamış olduğu söylenebilir.

Bu konuda özelleştirmenin aksine KÖİ’de mevcut bir tesisin mülkiyetinin veya sadece kullanma ve işletme hakkının devrinin değil, özel girişimci tarafından yapım ve işletme unsurlarının birlikte üstlenilmesinin söz konusu olması bakımından bir ayırım yapılmalıdır. KÖİ’nin içerdiği unsurlar bakımından sonraki bölümde daha detaylı bir inceleme yapılacak olmakla birlikte, esasında altyapı finansmanı sahasında geliştirilen bu modellerin bir altyapı tesisinin kurulmasını amaçlamasından dolayı mevcut bir tesisin özelleştirilmesinden farklılık arz ettiği tespit edilebilir.

4. Kamu Özel İşbirliği ve Ortak Girişim (*Joint Venture*)

KÖİ, ortak girişimden de ayrı bir kavramı ifade etmektedir. Zira ortak girişimde kamu ve özel sektörün ortak bir şirket çatısı altında pay sahibi ortak konumunda olmaları gerekmektedir. KÖİ’de ise sözleşme ile oluşturulan, taraflar arasında bir risk paylaşımına dayanan ve proje süresi ile sınırlı bir işbirliği söz konusudur¹⁴¹.

Ancak ortak girişimin geniş anlamda KÖİ modellerinden biri olarak değerlendirildiğine de rastlanmaktadır¹⁴². Bazı çalışmalarda ise ortak girişim bir kurumsal KÖİ uygulaması olarak kabul edilmektedir¹⁴³.

C. Kamu Özel İşbirliğinin Temel İlkeleri

1. Risk Paylaşımı

KÖİ’nin en temel ilkesi risk paylaşımıdır denilebilir. Zira KÖİ ile ilgili literatürdeki bütün kaynaklarda KÖİ’nin temel niteliği kamu ve özel sektör arasında

¹⁴⁰ Melikşah Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2007, s. 150.

¹⁴¹ Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 73.

¹⁴² Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 10-11; Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁴³ Yescombe, **a.g.e.**, s. 321.

bir risk paylaşımının yapılması olarak belirtilmekte ve KÖİ uygulamalarının başarısı öncelikle risk paylaşımının en doğru şekilde yapılmasına bağlanmaktadır¹⁴⁴.

Risk, genel olarak beklenen bir sonucun gerçekleşmesindeki belirsizlik olarak tarif edilmekte, proje yönetiminde ise gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan ve projede maliyet artışı, gecikme ve hedeflere ulaşılamamasına sebep olabilecek olaylar şeklinde anlaşılmaktadır¹⁴⁵.

KÖİ projeleri inşa veya proje riski, finansal risk, performans riski, talep riski, artık değer (*residual value*) riski şeklinde farklı risk gruplarını içerebilmektedir. Bunların dışında siyasi riskler ise iç ve dış siyasi riskler olmak üzere devletten kaynaklanan riskleri ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁴⁶.

Projede üretilecek hizmetin arz ve talep tarafına ilişkin riskler ticari risk olarak değerlendirilmektedir. Bu kısımda esasen özel sektör tüm riski üstlenmekle beraber, hizmet talep riskinin çok yüksek olması halinde bunun idare tarafından verilen talep garantileri ile dengelenmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak hizmetin kurulması ve işletilmesi sırasındaki performansa dayanan arz riskleri özel sektörün üzerinde kalmaktadır¹⁴⁷.

Esasında özel kişiler marifetiyle yürütülen her proje uygulamasında idare ile yüklenici taraf arasında bir sorumluluk ve risk paylaşımı mutlaka söz konusu olmakla birlikte, KÖİ'nin farklılığı risk değerlendirmesinin finansal yönünün daha baskın olması ve klasik yöntemlerde ifade edilmeyen risklerin de bir değerlendirme unsuru olarak hesaba katılmasıdır.

Risklerin paylaşılmasında riskin ağırlığına göre bir taksim yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Zira her riskin meydana getirebileceği maliyetin ağırlığı ve meydana gelme olasılığı farklılık arz etmektedir. Bu iki unsurun birlikte değerlendirilmesi neticesinde ortaya çıkacak ağırlıklandırmaya göre bir paylaşım yapılması gerekecektir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Darrin Grimsey, Mervyn K. Lewis, "Evaluating the Risks of Public Private Partnerships for Infrastructure Projects", **International Journal of Project Management**, Vol. 20, Issue: 2, February 2002, s. 117.

¹⁴⁵ Rui Sousa Monteiro, "Risk Management", **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 263.

¹⁴⁶ Christopher Bovis, "Risk and Public-Private Partnerships", **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 7, Issue: 1, 2012, s. 44.

¹⁴⁷ OECD, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁴⁸ **A.e.**, s. 155.

Bu çerçevede risk paylaşımında en ideal çözüm, risklerin bunları en iyi yönetebilecek taraflarca üstlenilmesi olarak ifade edilmektedir¹⁴⁹. Riski daha iyi yönetebilmenin anlamı riskin ortaya çıkmasını engelleme veya ortaya çıktığında etkilerini azaltma konusunda daha etkili olabilme şeklinde anlaşılmaktadır¹⁵⁰. Risk paylaşımının doğru yapılması, altyapı projelerinde inşa ve işletme maliyetlerini düşürerek standart ihale usulüne göre proje uygulamasının daha maliyet etkin olmasını sağlayacaktır¹⁵¹. Yapılabilirlik analizi ile etkileşimli şekilde daha net olarak belirlenen risk paylaşımı sözleşme taslağının temel altyapısını teşkil etmektedir¹⁵².

2. Maliyet Etkinliği

KÖİ modelinin temel gerekçelerinde izah edildiği üzere bu modelin ortaya çıkmasındaki temel maksat klasik ihale usullerinden daha yüksek düzeyde bir etkinliğe ulaşılmasıdır. Burada hedeflenen etkinlik KÖİ kapsamı içinde maliyet etkinliği (*value for money*) olarak kullanılmaktadır¹⁵³.

Maliyet etkinliğinin ölçülmesinde kullanılan temel gösterge ise ‘kamu sektörü karşılaştırıcısı’ (*public sector comparator*) olarak isimlendirilmektedir. Bu kavram temel olarak KÖİ konusu olan işin standart kamu ihale usulü veya diğer kamusal usullerle görülmesi halinde ortaya çıkacak maliyetle karşılaştırma ölçütünü ifade eder. KÖİ’nin maliyet etkinliğinin ön-değerlendirme aşamasında tespit edilebilmesi için öncelikle kamu sektörü karşılaştırıcısının hesap edilmesi, daha sonra KÖİ’nin muhtemel maliyetinin bu değerle karşılaştırılması yöntemi kullanılmaktadır¹⁵⁴.

Maliyet etkinliğinin beklenen düzeyde gerçekleşmesinin şartı da özel sektöre yeterli risk transferinin yapılması olarak ifade edilmektedir¹⁵⁵. Risk paylaşımında belirtilen ilkelere uygun olmak şartı ile özel sektöre ne kadar risk devredilirse, maliyet

¹⁴⁹ Bovis, “**Risk and Public-Private Partnerships**”, s. 47.

¹⁵⁰ World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 156.

¹⁵¹ European Commission, **Guidelines for Successful Public – Private Partnerships**, 2003, s. 9, 85.

¹⁵² Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 87.

¹⁵³ Matti Siemiatycki, Naeem Farooqi, “Value for Money and Risk in Public-Private Partnerships”, **Journal of the American Planning Association**, Vol. 78, No. 3, Summer 2012, s. 286.

¹⁵⁴ OECD, **a.g.e.**, s. 69. İngiltere’de PFI uygulamalarında bu analiz 2004 yılından bu yana yapılabilirlik analizi (*business case*) olarak adlandırılmaktadır. HM Treasury, **Value for Money Assessment Guidance**, 2006, s. 5.

¹⁵⁵ Yescombe, **a.g.e.**, s. 18.

etkinliği sağlamak için yüklenicinin inisiyatif alanının daha genişleyeceği ve böylece daha yenilikçi yöntemler geliştirmesinin mümkün olacağı kabul edilmektedir¹⁵⁶.

KÖİ uygulamalarında maliyet etkinliğinin sağlanması için taraflar arasında en uygun risk paylaşımı, sadece başlangıç maliyetleri yerine proje sürecinin bütünündeki maliyetin dikkate alınması, doğrudan tesise bağlı hizmetlerin ilgili diğer hizmetlerle birlikte tasarlanması ve planlanması, hizmetin çıktılarına odaklanması ve belirlenen risk paylaşımının titizlikle uygulanması gerekmektedir¹⁵⁷. Dolayısıyla maliyet etkinliğinin belirlenmesinde, proje uygulama sürecinin tamamında ortaya çıkacak maliyetler gözetilmeli ve belirlenen hizmet kalitesi dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılmalıdır¹⁵⁸. Ayrıca uygulamada maliyet etkinliğinin sağlanabilmesi için öngörülen hizmet yöntemi, teknoloji ve diğer faktörlerde yapılacak değişikliklere uygun bir maliyetlendirmeye imkân veren yeterli esnekliğin sözleşmede sağlanması, hizmetin zamanında ve etkili olarak yürütülmesini sağlamak üzere gerektiğinde ödül ve kesintilerden oluşan bir teşvik mekanizmasının oluşturulması ve sözleşme süresinin, hizmetin başlangıcında ve devamı süresince ortaya çıkacak ihtiyaçların öngörülebileceği bir dönemi aşmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁹. Bunların yanında kamu ve özel sektör tarafının yeterli beceri ve tecrübeye sahip olması ve ihale ölçeği ve karmaşıklık düzeyinin proje büyüklüğüne oranla uygun bir maliyet seviyesini aşmayacak şekilde belirlenmesi de maliyet etkinliğinin sağlanması için dikkate alınması gereken faktörler arasında bulunmaktadır¹⁶⁰.

Diğer taraftan KÖİ projelerinde maliyet etkinliğinin sağlanmasının önemli bir şartı da genel olarak kamu ihalelerinde olduğu gibi KÖİ modelinde de ihale sürecinin rekabetçi bir yapıda kurgulanmasıdır. Zira daha düşük maliyetle daha kaliteli hizmet elde etme amacının gerçekteştirilmesi için teklifler arasında rekabetçi bir yarışma ortamının oluşturulması en temel gerekliliktir. Bu noktada idare yıkıcı rekabet yöntemlerine karşı da gerekli tedbirleri almalıdır¹⁶¹.

¹⁵⁶ OECD, **a.g.e.**, s. 132.

¹⁵⁷ HM Treasury, **Value for Money Assessment Guidance**, 2006, s. 8.

¹⁵⁸ Robinson v.d., **a.g.e.**, s. 26.

¹⁵⁹ HM Treasury, **Value for Money Assessment Guidance**, 2006, s. 8.

¹⁶⁰ **A.e.**

¹⁶¹ World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 74.

3. Şeffaflık ve Hesap Verebilirlik

Şeffaflık ve hesap verebilirlik kamu ihalelerinde olduğu gibi KÖİ'ye ilişkin düzenlemelerde de gözetilmesi gereken temel ilkeler arasında yer almaktadır¹⁶². Genel olarak kamu yönetiminde benimsenen temel ilkeler arasında yer alan bu prensipler KÖİ uygulamalarının yönetimi açısından da önem arz etmektedir. Zira KÖİ projelerinin uzun vadeli niteliği ve temel altyapı hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesini konu edinmesi, kamu yararının korunması bakımından şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerine dayanan bir uygulama yürütülmesini zorunlu kılmaktadır¹⁶³.

Hesap verebilirlik kişi ve kuruluşların faaliyetlerinin sorumluluğunu üstlenmesi ve bu sorumluluğun gerektirdiği sonuçları kabul etmesi anlamında kullanılmaktadır. Şeffaflık ise kamuoyunun yürütülen kamu hizmetine dair önemli bilgilere erişebilmesi ve alınan kararları denetleyebilmesi anlamına gelmektedir¹⁶⁴.

Şeffaflık (*transparency*) ilkesinin, uyarlanabilirlik (*responsiveness*) ve sorumluluk (*responsibility*) ilkeleri ile birlikte hesap verebilirliğin unsurlarını oluşturduğu da ifade edilmektedir¹⁶⁵. Burada uyarlanabilirlik, kamu hizmeti ilkelerinde olduğu gibi, hizmet sunanların hizmetten yararlananların ihtiyaçlarına göre hizmeti düzenlemesi anlamında kullanılmaktadır. Sorumluluk ise hizmet sunumunda belirlenen kriterlere göre ortaya çıkan başarı veya başarısızlık durumu için hizmeti sunanların karşılaştıkları ödül ve cezaların açık ve belirli olmasını gerektirmektedir¹⁶⁶.

Dolayısıyla hesap verebilirliğin artırılması için alınması gereken tedbirlerin en önemlisi ulaşılabilmek beklenen hedeflerin sözleşmede mümkün olduğunca somut olarak belirlenmesi ve ölçülebilir göstergelerle takip edilebilmesidir¹⁶⁷. Şeffaflık ilkesi, uygulanan projelerde sözleşme içeriğinin erişilebilir olmasını ve projelerin

¹⁶² Christopher Bovis, The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public Private Partnerships Regulation, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol.4, Issue: 1, 2008, s. 17.

¹⁶³ Cruz, Marques, **a.g.e.**, s. 125-26.

¹⁶⁴ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 156.

¹⁶⁵ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 156; Cartlidge, **a.g.e.**, s. 86

¹⁶⁶ Cartlidge, **a.g.e.**, s. 86

¹⁶⁷ John Forrer v.d., "Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question", **Public Administration Review**, Vol. 70, Issue: 3, May/June 2010, s. 478, 481.

performansının mali ve teknik açıdan kamuoyunun bilgisine sunulmasını gerektirmektedir. Bu şekilde şeffaflık prensibi ile birlikte hesap verebilirlik de güçlendirilmektedir¹⁶⁸.

Şeffaf ve hesap verebilir bir KÖİ uygulamasında temel hedef üretilen hizmetin performansı ve ortaya çıkan maliyetin klasik usullere göre karşılaştırmasının yapılabilmesidir. Bu bakımdan KÖİ uygulamalarının şeffaflığının sağlanması için idare ile birlikte, ticari sır gibi zorunlu olarak gizli tutulması gereken hususlar haricinde, kamuoyunun da aydınlatılması önemlidir¹⁶⁹.

Diğer yandan KÖİ uygulamalarının şeffaf ve hesap verebilir olması maliyet etkinliğinin sağlanması bakımından da zorlayıcı bir etken olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle şeffaflık ve hesap verebilirliğin KÖİ uygulamalarının başarısında önemli bir yeri olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁰.

Bu ilkeler KÖİ modellerinde maliyet etkinliği yanında kamu yararı amacının ihmal edilmemesini sağlayan bir uygulama yürütülmesini amaçlamaktadır¹⁷¹. Nitekim KÖİ'ye yöneltilen en temel eleştiriler harcama ve performans etkinliği sağlanırken kamu yararının korunmasına dönük ilkelerin ihmal edilebileceği endişesinden kaynaklanmaktadır¹⁷². Bu nedenle Anglosakson hukuk sisteminde özel kişilerin kamu hizmetlerini yürütmesinde kamu hukuku ilkelerinin korunması probleminin hesap verebilirlik ilkesi çerçevesinde tartışıldığı görülmektedir¹⁷³.

D. Kamu Özel İşbirliği Modelleri

KÖİ'nin, idarenin bir kamu hizmetini bizzat yürütmesi ile mülkiyetin devri yoluyla özelleştirme arasındaki bütün modelleri kapsayacak şekilde tanımlanabilmesi, içerdiği modellerin de çok çeşitlenmesine sebep olmaktadır. Bu kapsamda imtiyaz, iltizam ve işletme hakkı devri gibi uluslararası literatürde kullanılan kavramların

¹⁶⁸ Cruz, Marques, **a.g.e.**, s. 125-26; Yescombe, **a.g.e.**, s. 24-25.

¹⁶⁹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 24-25.

¹⁷⁰ Istemi Demirag, Iqbal Khadaroo, "Accountability and Value for Money: A Theoretical Framework for the Relationship in Public-Private Partnerships", **Journal of Management & Governance**; 2011, Vol. 15, Issue: 2, s. 272.

¹⁷¹ Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 40.

¹⁷² **A.e.**

¹⁷³ Custos, Reitz, **a.g.e.**, s. 584.

yanında içeriği aşamalar ve unsurlar bazında oluşturulan şu adlandırmalar da KÖİ modelleri olarak sıralanmaktadır¹⁷⁴:

- Tasarla-İnşa Et-Yönet- Finanse Et (*Design-construct-manage-finance*)
- Tasarla-Yap- İşlet (*Design-build-operate*)
- Tasarla-Yap- Finanse Et- İşlet (*Design-build-finance-operate*)
- Yap-Sahip Ol- İdame Et (*Build-own-maintain*)
- Yap- Sahip Ol- İşlet (*Build-own-operate*)
- Yap-Geliştir- İşlet (*Build-develop-operate*)
- Yap-İşlet-Devret (*Build-operate-transfer*)
- Yap- Sahip Ol- İşlet- Devret (*Build-own-operate-transfer*)
- Yap-Kirala-Devret (*Build-rent-transfer*)
- Yap- Kirala-Sahip Ol - Devret (*Build-rent-own-transfer*)
- Yap-Kirala-İşlet-Devret (*Build-lease-operate-transfer*)
- Yap- Devret-İşlet (*Build-transfer-operate*)
- Al- Yap- İşlet (*Buy-build-operate*)
- Kirala-Sahip Ol-İşlet (*Lease-own-operate*)-veya Kirala- Geliştir- İşlet (*Lease-develop-operate*)
- Mevcut İşletmeye Ek (*Wrap-around addition*)

Bu modellerin isimleri o modeli oluşturan unsurları ifade etmekle birlikte, farklı gibi görünen unsurlar aslında bazı temel faaliyetlerin kapsamlarındaki değişimlerden kaynaklanmakta veya bir model kapsamında daha önemli olan unsuru ifade etmek için ayrıca zikredilmesi sebebiyle birbirine yakın modellerin isimleri farklılaşabilmektedir¹⁷⁵.

Nitekim IMF tarafından yapılan bir çalışmada bu sayılan modeller; yeni bir tesisin inşasını içerip sözleşme süresi sonunda idareye devredilen ve edilmeyen modellerle, mevcut bir tesisin geliştirilip işletilmesini konu edinen modeller olmak üzere üç grupta ele alınmıştır¹⁷⁶.

KÖİ modellerine dair bu isimlendirmelerde mülkiyet, işletme hakkı, kira gibi özel sektörün proje konusu tesisle ilişkisinin hukuki niteliği baz alınmakla birlikte, proje için tahsis edilen taşınmazın mülkiyetinin yükleniciye devredilmesi söz konusu olmadığından bunların KÖİ'nin ticari ve finansal gerçekliğini yansıtmadığı

¹⁷⁴ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 54; Colin F. Duffield, "Different Delivery Models", **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 190; OECD, **a.g.e.**, s. 22

¹⁷⁵ UNCITRAL, **a.g.e.**, s. 6.

¹⁷⁶ IMF, **Public-Private Partnerships**, 2004, s. 8.

belirtilmektedir¹⁷⁷. Dolayısıyla bu modellerin sadece isimleri üzerinden değerlendirilmemesi gerektiği, aynı isimle ifade edilen modellerin içeriklerinin birbirinden farklı mahiyette olabileceğine de dikkat çekilmektedir¹⁷⁸.

Nitekim KÖİ modellerinin, özel sektör tarafının altyapı tesisiyle ilgili sorumluluğuna göre yapılan bu isimlendirmeler yerine, hizmetin niteliği ve risk transferine göre, kullanım ve erişim bazlı olarak iki temel grupta değerlendirilebileceği savunulmaktadır¹⁷⁹. Kullanım bazlı (*usage-based*) olan türlerde talep riski yüklenicide kalırken, erişim bazlı (*availability-based*) modellerde idare tarafında kalmaktadır. Zira ikinci türde yararlanan kişi sayısından bağımsız olarak hizmetin kullanıma hazır bulundurulması daha önemlidir¹⁸⁰. Kullanım bazlı modellerin daha çok ulaştırma altyapısına dair otoyol, köprü, liman ve havalimanı projelerinde uygulandığı, erişim bazlı modellerin ise genellikle hastane, okul ve hapishaneler gibi sosyal altyapı olarak kabul edilen binaların kullanımı ve ilgili diğer hizmetlerin karşılanmasında söz konusu olduğu belirtilmektedir¹⁸¹.

KÖİ kapsamındaki modellerin daha doğru biçimde anlaşılabilmesini, incelenmesini ve risk paylaşımının daha gerçekçi biçimde yapılabilmesini temin etmek için bu modellerin belirli unsurlara göre kategorilere ayrıldığı görülmektedir. *Delmon*, bu geniş yelpazedeki tüm modelleri karşılaştırabilmek için bir değerlendirme çerçevesi oluşturmuş ve beş temel unsur belirleyerek KÖİ kapsamında zikredilen modelleri bu unsurlar açısından incelemiştir. Bunlar¹⁸²:

- Hâlihazırda bir işletmenin söz konusu olup olmadığı
- İnşa faaliyetinin yeni bir yapım işi veya sadece mevcut bir yapının iyileştirilmesi veya kapasitesinin geliştirilmesinden ibaret olup olmadığı
- Özel finansman gerekliliği
- Hizmetin nihai kullanıcılara mı yoksa hizmet sağlayıcı bir kuruluşa mı sunulacağı

¹⁷⁷ Yescombe, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁷⁸ Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure**, s. 11-13.

¹⁷⁹ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 11; Yescombe, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁸⁰ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 12

¹⁸¹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁸² Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure**, s. 17-19.

- Ödemenin kullanıcılardan mı yoksa hizmeti satın alan bir veya birkaç muhataptan mı alınacağı

Bu tasnifte mülkiyet, tasarım ve bakım gibi bazı unsurlar kapsam dışında bırakılmıştır. Mülkiyet, devletlerin kamu yararı amacıyla sahip olduğu kamulaştırma ve devletleştirme yetkileri sebebiyle önemli bir unsur sayılmamıştır¹⁸³. Zira KÖİ’de sözleşmenin kendisi ve sözleşme ile tanınan garantilerin esas güvenceyi oluşturduğu, tesislerin mülkiyetinin ancak sözleşme süresi sonunda bilançoju etkileyecek bir faktör olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁴.

Bakım ise modelin adında zikredilsin veya edilmesin hepsine ortak olarak bulunan bir unsur olduğundan modelleri birbirinden ayırıştıran bir unsur olarak değerlendirilmemiştir¹⁸⁵. Tasarım unsuru da çok boyutlu olduğundan ve uygulanan modellerin içeriğine göre birçok boyutuyla zaten dâhil olduğundan karşılaştırmada önemli bir unsur olarak görülmemiştir¹⁸⁶.

Dünya Bankası ise KÖİ modellerini üç temel unsura göre kategorilere ayırmaktadır. Bunlar;

- Var olan bir tesisin bakım-onarımının mı yoksa yeni bir tesisin yapılmasının mı içerildiği
- Özel kişiye nasıl ödeme yapıldığı
- Özel kişinin hangi fonksiyonları üstlendiği

şeklinde sıralanmaktadır¹⁸⁷.

Bu kapsamda yeni bir tesisin kurulması projeleri “*greenfield*” olarak isimlendirilmekte ve İngiltere’deki PFI modeli bu modellere örnek gösterilmektedir. Bunlarda yeni bir altyapının kurulması, işletilmesi ve finansmanı temel unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır. Var olan bir tesisin işletilmesi veya geliştirilmesi ise “*brownfield*” olarak isimlendirilen modellerle yapılmaktadır. Bu uygulamalarda elektrik, su gibi temel kamu hizmetlerinin işletilmesinin devralınması söz konusudur¹⁸⁸.

¹⁸³ A.e., s. 21.

¹⁸⁴ Yescombe, a.g.e., s. 209, 290.

¹⁸⁵ A.e., s. 23.

¹⁸⁶ A.e.

¹⁸⁷ World Bank Institute, a.g.e., s. 36.

¹⁸⁸ A.e.

KÖİ modellerinde ödeme mekanizması da bir tanımlama unsuru olarak kullanılmaktadır. Özel kişiye yararlanıcıların ücretleriyle ödeme yapılabileceği gibi, doğrudan idare tarafından da yapılması ve bu iki yöntemin bir arada kullanılması mümkündür¹⁸⁹. Ödeme mekanizması seçenekleri özel sektör tarafının yüklediği işlevlere göre şekillenebilmektedir.

‘Kullanıcı öder’ türü KÖİ uygulamalarında ücretli otoyollarda olduğu gibi özel sektör sunduğu hizmet karşılığında kullanıcılardan aldığı ücretle gelir elde etmektedir. Bu ücretler idareden alınan performans dayalı veya çıktıya dayalı sübvans ve ilave ödemelerle desteklenebilir¹⁹⁰. Kullanıcı tarafından yapılacak ödemelere dayalı olan bu tür modeller imtiyaz olarak da nitelendirilmektedir¹⁹¹.

‘İdare öder’ türü KÖİ modellerinde ise özel sektöre yapılan ödemenin tek kaynağı idarenin ödeyeceği ücrettir. Bu ücret tesisin veya hizmetin tanımlanan bir kalite düzeyinde kullanılabilirliğine dayalı olarak değişecek şekilde tasarlanabilir. Bu ücret çıktı odaklı bir belirleme yapılarak da tespit edilebilir. Örneğin, ‘gölge ücret’ sisteminde yolcular için bir otoyolu kullanmak ücretsiz iken, idare kullanıcı başına bir ücret ödemeyi taahhüt edebilir¹⁹². Bu yöntemlerin farklı şekillerde bir araya getirilmesi ile de KÖİ modelleri çeşitlenmekte ve birçok türde KÖİ uygulamasının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle KÖİ modelleri, kamu ve özel sektör arasındaki paylaşımın farklı unsurlarda ve ağırlıklarda olmasından dolayı bir doğru üzerindeki noktaların birleşiminden oluşan modeller silsilesi olarak görülmektedir¹⁹³. Ancak bu modellerin hepsinin belirli unsurları içermesi gerektiğinden sadece özel sektörün katılmış olması bir yatırım projesinin KÖİ olarak kabul edilmesine yetmeyecektir. Örneğin bir elektrik dağıtım şirketinin aldığı ruhsatla yapmış olduğu hizmet bir KÖİ modeli olarak algılanmamaktadır. Yine sadece bir tesisin tasarımı ve yapımını içeren bir uygulamanın KÖİ olarak değerlendirilemeyeceği söylenebilir¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 11.

¹⁹⁰ **A.e.**, s. 38.

¹⁹¹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 5.

¹⁹² Benjamin G. Perez, **Achieving Public-Private Patnership in the Transport Sector**, New York, iUniverse Inc, 2004, s. 30.

¹⁹³ Cruz, Marques, **a.g.e.**, s. 3.

¹⁹⁴ Yescombe, **a.g.e.**, s. 5.

Bu kategorilerin içerdiği unsurlar bazında ikinci bölümde daha detaylı bir inceleme yapılacak olmakla birlikte, literatürde ve uygulamada daha sık karşılaşılan bazı modellerin temel özelliklerine yer vermekte fayda görülmektedir.

1. Yap- Sahip Ol- İşlet-Devret (Build-Own-Operate-Transfer)

Yap- sahip ol- işlet-devret modeli KÖİ'nin en yaygın modellerinden biridir. Yap-işlet-devret (*build-operate-transfer*) modeli ile aynı içeriğe sahiptir¹⁹⁵.

Bu modelde yüklenici şirket, tesisin tasarımı, yapımı, finansmanı ve 25-30 yıl gibi uzun bir süre için işletmesinden sorumludur. Süre sonunda tesis ücretsiz olarak veya küçük bir meblağla idareye devredilir. Tesisin mülkiyeti yüklenicide olduğundan, kullanımı sırasındaki bütün ticari riskler ve bakım maliyetleri yüklenicinin üzerindedir. Buna karşılık bu modelde ücret tamamen veya ağırlıklı olarak kullanıcılar tarafından ödenir¹⁹⁶.

YİD modeli genellikle otoyollar gibi büyük ulaştırma altyapısı projelerinde kullanılmaktadır¹⁹⁷.

2. Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet (Design-Build-Finance-Operate)

Tasarla-yap-finanse et- işlet modeli, İngiltere'de 'özel finansman girişi' (*PFI*) olarak kullanılan modeldir. Bu modelde de yüklenici tesisi tasarlamak, inşa etmek, finanse etmek ve işletmekle yükümlüdür. İdare ise belirlenen 25-30 yılı gibi uzun bir süre boyunca yüklenici tarafından üretilen hizmetlerin satın alıcısı konumundadır¹⁹⁸. Tesislerin mülkiyeti sözleşme süresi boyunca yüklenicide kalmakta, sözleşme sonunda ise devredilip devredilmeyeceği ve devredilecekse bunun maliyeti ve koşulları sözleşmede belirlenmektedir¹⁹⁹. Ancak bazı yazarlar bu modelde tesislerin

¹⁹⁵ A.e., s. 12.

¹⁹⁶ Carsten Greve, Graeme Hodge, **The Challenge of Public-Private Partnerships**, s. 64.

¹⁹⁷ Cartledge, a.g.e., s. 30.

¹⁹⁸ Carsten Greve, Graeme Hodge, **The Challenge of Public-Private Partnerships**, s. 64; Schwartz, s. 246.

¹⁹⁹ Carsten Greve, Graeme Hodge, **The Challenge of Public-Private Partnerships**, s. 64; Paolo Balduzzi, "Models of Public-Private Partnerships for the Provision of Goods", **Economics & Politics**, Vol. 23, July 2011, s. 288; IMF, **Public-Private Partnerships**, s. 7.

mülkiyetinin idarede kaldığını, özel girişimciye sadece işletme hakkı verildiğini belirtmektedir²⁰⁰.

Bu model, tasarla-inşa et-yönet- finanse et (*design-construct-manage-finance*) veya tasarla-yap-finanse et- idame et (*design-build-finance-maintain*) olarak da adlandırılabilir²⁰¹.

YİD modelinde yükleniciye kullanıcılardan ücret tahsil etme yetkisi verilerek, bu risk yükleniciye devredilirken, bu modelde idarenin yükleniciye belirli bir dönem içinde düzenli olarak ödeme yapması yöntemi uygulanmaktadır²⁰². İdare tarafından yapılan ödemeler ise genellikle hizmetin erişilebilirliğine ve yüklenicinin performansına bağlı olarak belirlenmektedir²⁰³.

3. Tasarla-Yap-İşlet (*Design-Build-Operate*)

Tasarla-yap-işlet (*design-build-operate*) modeli ise standart kamu ihalelerine benzemekte, ancak birden fazla yapım işi ve hizmet alımının bir araya getirilmesi ve tek sözleşme ile gördürülmesi yönüyle onlardan farklılaşmaktadır. İdare yapım işinin tamamlanması ile birlikte tesisin maliki haline gelmekte, yüklenici ise bu aşamadan sonra tesisin işletilmesi ve bakımından sorumlu olmaya devam etmektedir²⁰⁴.

4. Yap-Kirala-İşlet-Devret (*Build-Lease-Operate-Transfer*)

Yap-kirala-işlet-devret (*build-lease-operate-transfer*) veya yap-kirala-devret (*build-lease-transfer*) olarak adlandırılan modelde, özel hukuk kişisi bir tesis inşa etmekte ve yapımın ardından tesisi idareden kiralarak, kira bedeline karşılık olmak ve riski kendisine ait olmak üzere sözleşme süresi boyunca işletmektedir²⁰⁵. İdare bu modelde uzun vadeli al ya da öde mekanizmaları veya minimum trafik garantileri gibi türlerde gelir garantileri sağlayabilmektedir²⁰⁶.

²⁰⁰ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 65; Yescombe, **a.g.e.**, s. 8.

²⁰¹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 12.

²⁰² Cartlidge, **a.g.e.**, s. 28, 30.

²⁰³ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 62.

²⁰⁴ Carsten Greve, Graeme Hodge, **The Challenge of Public-Private Partnerships**, s. 64.

²⁰⁵ Christopher H. Bovis, “**Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU**”, s. 216.

²⁰⁶ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 150.

Yap-kirala-işlet-devret (*build-lease-operate-transfer*) modeli; yap-devret-işlet (*build-transfer-operate*), yap-devret-kirala (*build-transfer-lease*) veya yap-kirala-devret (*build-lease-transfer*) adıyla da kullanılabilir²⁰⁷.

YİD yerine bu tür modellerin tercih edilmesi, inşa aşamasından sonra mülkiyetin idareye geçmesi ile yüklenicinin mülkiyetten kaynaklanan bazı sorumluluk ve risklerden kurtulmasını sağlama amacını taşıyabilmektedir²⁰⁸.

Ancak bu modelin içinde yer alan kiralama unsuru, literatürde idareye devrin ardından idareden kiralama şeklinde anlaşılırken, Türkiye’de sağlık ve eğitim hizmetlerinde uygulanan model için kullanılan yap-kirala-devret modelinde idareye kiralama şeklinde bir anlam kazanmıştır.

5. Al-Yap-İşlet (*Buy-Build-Operate*)

Bu model diğerlerinden farklı olarak kirala-sahip ol-işlet (*lease-own-operate*), kirala- geliştir- işlet (*lease-develop-operate*) ve mevcut işletmeye ek (*wrap-around addition*) modelleri ile birlikte bir yeni tesisin inşasını değil, mevcut bir tesisin geliştirilmesini içeren modeller arasında yer almaktadır²⁰⁹.

Bu modellerde bir kamu altyapı tesisinin, belirli bir süre için özel hukuk kişisine kiralama veya başka bir surette devrinden sonra bu özel hukuk kişisi tarafından kendi finansmanı ile geliştirilmesi ve işletilmesi söz konusu olmaktadır²¹⁰. Söz konusu modellerde inşa unsuru bulunmakla birlikte bu mevcut bir tesisin geliştirilmesi veya yenilenmesi amacını taşımaktadır.

E. Kamu Özel İşbirliği Modellerindeki Genel Sözleşme Yapısı

KÖİ modellerindeki farklılaşmalar bu uygulamalarda kullanılan sözleşmelerin yapısını da farklılaştırabilmekle birlikte kamu özel işbirliğinin genel özellikleri ve bu modellerin ortak yönleri sebebiyle sözleşmelerin yapısı ve özelliklerine dair genel niteliklerden bahsetmek mümkündür.

²⁰⁷ A.e.

²⁰⁸ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 65.

²⁰⁹ IMF, **Public-Private Partnerships**, 2004, s. 8.

²¹⁰ Christopher Bovis, “Public-Private Partnerships in the 21st Century”, **ERA Forum**, Vol. 11, Issue: 3, 2010, s. 389.

KÖİ uygulamalarında sözleşmeler temel olarak idare ile bir şirket veya konsorsiyum arasında otuz veya elli yıl gibi uzun bir dönem için bir projenin tasarlanması/inşası/işletilmesini içerir. Bu konsorsiyum genelde finansmanı sağlayacak şirket, inşaa kısmını üstlenen şirket ve tesis/işletmenin yönetimini yapacak şirketin proje amacıyla birleşmesinden oluşan ayrı bir şirket yapısındadır²¹¹.

İdare ile proje şirketi arasındaki uygulama sözleşmesi çerçevesinde idare, projenin konsorsiyum tarafından yürütülmesi karşılığında sözleşme ile belirlenen ücreti dönemler itibarıyla ödeme yükümlülüğü altına girmekte veya hizmetten yararlananlardan ücret alınmaktadır.

Kamu özel işbirliği sözleşmelerinde gerçek anlamda bir işbirliği söz konusu olabilmesi için şu temel unsurların bulunması şartı aranmaktadır²¹²:

- En az bir tarafı kamu ve diğeri özel kişi olmak üzere iki veya daha çok tarafın olması
- Tarafların kendi iradeleriyle hareket etme kabiliyetine sahip olmaları, başka bir otorite adına hareket etmemeleri
- Taraflar arasında sağlam ve uzun süreli bir işbirliği oluşturulması
- Tarafların işbirliğine kendinden maddi veya gayri maddi bir katkı sunması
- Tarafların çıktılar ve sonuçlar üzerinde *paylaşılmış* bir sorumluluk üstlenmesi

KÖİ uygulamalarında en gelişmiş standart sözleşme rehberi olan, İngiliz Hazine Bakanlığının PFI yöntemine dair hazırladığı kılavuzda, PFI yöntemindeki sözleşme unsurları şu başlıklara ayrılmıştır: Başlangıç hükümleri ve tanımlar, sözleşme süresi, hizmetin başlangıcı, gecikmeye karşı koruma hükümleri, beklenmeyen haller, garantiler, fiyat ve ödeme mekanizmaları, hizmet sunumu gereklilikleri, performans gereklilikleri, ödeme mekanizması yönetimi ve izlenmesi, bakım yükümlülükleri, ödemeler ve mahsuplaşma, hizmet koşullarındaki değişiklikler, mevzuat değişiklikleri, fiyat değişimleri, taşeronluk, çalışanlar ve

²¹¹ Peter Sheridan, "PFI/PPP Disputes: Part 1", **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 4, Issue:2, 2009, s. 92. Bu konsorsiyum yapısı sözleşmelerde özel amaçlı şirket (*solely for the purpose of the project/ SVP*) şeklinde ifade edilmektedir.

²¹² Bing Li, Akintola Akintoye, "An overview of public-private partnerships", **Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities**, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck and Cliff Hardcastle, Blackwell, 2003, s. 6.

doküman değişiklikleri, yetkilendirme, mülkiyet değişiklikleri, arazi, donanım ve diğer mameleke dair haklar, hizmet süresi sonunda tesislerin durumu, erken sona erme ve buna bağlı ödemelerin hesaplanması ve ödenmesi, sözleşmenin sona ermesi öncesi ekspertiz incelemesi, teminat ve garantilerle sözleşmeye bağlı talepler, sigorta, bilgi ve gizlilik, fikri mülkiyet hakları, uyuşmazlıkların çözümü, idarenin müdahalesi, çeşitli hükümler²¹³.

Diğer yandan, KÖİ modellerinde proje şirketi, idare ile arasındaki temel sözleşmenin dışında, proje kapsamında finansman temini ve projedeki ana iş kalemlerinin yürütülmesi amacıyla birçok sözleşme ilişkisi kurmaktadır. Proje şirketinin, pay sahipleri arasındaki sözleşmeler başta olmak üzere, kredi sağlayıcılarla yapacağı kredi anlaşmaları, proje konusu tesisin inşası, sunulacak hizmetlerin yürütülmesi ve projede ihtiyaç duyulan girdilerin sağlanması amacıyla yapacağı sözleşmelerle sigorta sözleşmeleri bu kapsamda yer almaktadır. Dolayısıyla bu şirketin ortakları aynı zamanda ayrı ayrı olarak bu proje şirketiyle sözleşme ilişkisi içinde bulunmaktadır²¹⁴. Diğer yandan kredi sağlayan kuruluşlar gibi projedeki diğer tarafların kendi aralarında da sözleşme ilişkileri (*intercreditor agreements*) kurulabilmektedir²¹⁵.

Bu çerçevede, KÖİ modellerinde sadece bir sözleşme değil, sözleşmeler ağı bulunmakta²¹⁶ ve bu yapı içerisinde idarenin muhatabı proje şirketi olmakla birlikte, finansörler ve alt yükleniciler ile hukuki, finansal ve teknik danışmanlar, sigortacılar, değerlendirme kuruluşları gibi diğer taraflar da proje şirketi ile yaptıkları sözleşmeler çerçevesinde rol üstlenmektedir²¹⁷.

Odağında proje yüklenici şirketin bulunduğu bu ağ içinde bu çalışmanın konusu, şirketin idare ile yaptığı uygulama sözleşmesidir. Bu sözleşme uluslararası kaynaklarda genellikle KÖİ sözleşmesi (*PPP contract*) adıyla anılmakla birlikte uygulanan modele göre özel finansman girişimi sözleşmesi (*PFI contract*), YİD

²¹³ HM Treasury, **Standardization of PFI Contracts**, (Version 4), 2007.

²¹⁴ Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure**, s. 38

²¹⁵ Delmon, **Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers**, s. 119. Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 59.

²¹⁶ Jeffrey Delmon, **Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk**, Wolters Kluwer, Second Edition, 2009, s. 251; Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 228; Yescombe, **a.g.e.**, s. 9-10.

²¹⁷ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 108.

sözleşmesi (*BOT contract*) şeklinde de adlandırılabilir. Ayrıca bu ana sözleşmenin genel olarak uygulama sözleşmesi, proje sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi (*concession agreement*) olarak adlandırıldığı görülmektedir²¹⁸. Ancak buradaki imtiyaz ifadesinin genel olarak kullandığı ve Fransız ve Türk idare hukukundaki teknik anlamıyla birebir örtüşmediği söylenebilir. Zira Fransa’da da kamu özel işbirliği sözleşmesi (*contract de partenariat public privé*) idari sözleşmeler içinde imtiyaz sözleşmesinden ayrı bir kategori olarak kabul edilmiştir.



²¹⁸ Clement-Davies, **a.g.e.**, s. 18; Delmon, **Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers**, s. 18; Yescombe, **a.g.e.**, s. 10-11; Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 48, 52.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN İDARE HUKUKU BAKIMINDAN ÖNE ÇIKAN ÖZELLİKLERİ

A. Kamu Özel İşbirliği'nin Türkiye'deki Gelişimi

Kamu ve özel sektör arasında kamu altyapı hizmetlerinin görülmesi maksadıyla kurulan sözleşme ilişkileri ülkemizde Osmanlı döneminden bu yana uzun bir geçmişe sahiptir¹. Kamu hizmetlerinin görülüş usulleri olarak imtiyaz, iltizam ve müşterek emanet usulleri de bu sözleşme ilişkilerinin farklı türlerini ifade etmektedir. Bu yöntemlerin kullanımı izlenen ekonomi ve yatırım politikasına bağlı olarak çeşitli dönemler itibarıyla değişkenlik göstermiş, bu sahada yeni kavramlar ve modeller gündeme gelmiştir. Bu kapsamda KÖİ'nin dünyada ortaya çıkmasına benzer şekilde daha liberal ekonomik politikaların benimsenmesine dayanan gelişmeler Türkiye'de de yaşanmış ve 80'li yıllardan itibaren ülkemizde özelleştirme ve kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle yürütülmesi eğilimleri tekrar güçlenmiştir.

Nitekim uluslararası literatürde 4 Aralık 1984 tarih ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'un YİD modeli ile ilgili ilk düzenleme olduğu kabul edilmekte ve KÖİ kavramının ortaya çıkmasında önemli bir safhayı oluşturduğu ifade edilmektedir². Bazı çalışmalar kamu özel işbirliği kavramının kökenini İngiltere'de kullanılan özel finansman girişimi olarak çevrilebilecek '*private finance initiative*' veya kısaca PFI denilen modele dayandırılmaktaysa da bu uygulama 1992 yılında başladığından YİD modelinin KÖİ'nin gelişiminde daha erken bir safhayı teşkil ettiği söylenebilir³.

Ülkemizde YİD modeli ile devletin sanayiden sonra altyapı yatırımlarından da çekilmeye başladığını ve bu şekilde hizmetlerin işletilmesinde özel kesim dinamizminden daha çok yararlanan, politik baskıdan uzak ve rekabete dayalı, etkin

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Ali Erberk, **İmtiyazla İşleyen Nafia Hizmetleri**, Ankara, 1937; Turgut Tan, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları", **AÜSBFD**, 1967, C. XXII, S: 2; Seda Örsten Esirgen, **Osmanlı Devleti'nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları**, Doktora Tezi, Dijital Yayın, Ulusal Tez Merkezi, Ankara, 2010.

² Yescombe, **a.g.e.**, s. 7-8. Cartlidge, **a.g.e.**, s. 30

³ Cartlidge, **a.g.e.**, s. 12;

ve verimli bir hizmet sunumu amaçlandığı belirtilmektedir⁴. Nitekim Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planından (1985-1989) itibaren kalkınma planlarında belirlenen yatırım politikalarında, toplam yatırımlar içinde özel kesimin payının artırılması temel ilkeler arasında yer almış ve sonraki dönemlerde de gelişmeler bu yönde seyretmiştir⁵. Kalkınma planlarında, kamu yatırımlarının özel sektör yatırımlarını destekleyici nitelikteki altyapı yatırımlarına yoğunlaşması ve altyapı yatırımlarının özel sektör katılımına ve finansmanına açılmasına dönük yöntemlerin geliştirilmesi temel bir politika olarak benimsenmiştir.

KÖİ'nin ülkemizdeki gelişimi çeşitli modellere ilişkin mevzuat altyapısı ve yürütülen proje uygulamaları ekseninde incelenebilir.

1. Kamu Özel İşbirliği ile İlgili Mevzuat Düzenlemeleri

KÖİ, ilk bölümde incelendiği üzere YİD başta olmak üzere altyapı hizmetlerinin yürütülmesinde birçok modeli içeren bir kavram olarak tanımlandığında, Türkiye'de kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinde kullanılan sözleşme türlerinin birçoğu ve bunlara ilişkin düzenlemeler geniş anlamda KÖİ uygulama örnekleri olarak değerlendirilebilir. Bu açıdan literatürde KÖİ kapsamında değerlendirilen YİD, yap-işlet gibi modellere ilişkin kanun ve ikincil düzenlemeler bu alanda önemli bir altyapı oluşturmaktadır.

YİD modeline dair ilk düzenleme olarak değerlendirilen 3096 sayılı Kanun, elektrik hizmetleri alanında Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki kuruluşların elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesini konu edinmiş ve bu model uygulanarak yapılan sözleşmeler "görevlendirme sözleşmesi" olarak adlandırılmıştır⁶.

Karayolu projelerinde de 28.5.1988 tarihinde kabul edilen 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanunla özel hukuk hükümlerine tabi ve sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin;

⁴ Vahit Polatkan, **Yap-İşlet-Devret**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1997, s. 11.

⁵ Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1985-1989), s. 1; Altıncı Beş Yıllık Kalkınma Planı (1990-1994), s. 1; Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1996-2000), s. 197; Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (2001-2005), s. 31-32; Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013), s. 73; Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018), s. 81-84, (Çevrimiçi) www.kalkinma.gov.tr, 12.05.2004.

⁶ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 257; Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s. 356.

otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesi düzenlenmiştir.

Her iki kanun da sektörel bazda bir düzenleme yaparken, 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'la uygulanan modellerin genel çerçevesi YİD olarak isimlendirilmiş ve bu modelin düzenleme çerçevesi oluşturulmuştur. Kanunda YİD modelinin KİT'ler dâhil olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarınca ifa edilen yatırım ve hizmetlerden “ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak” gerektirenlerin yaptırılması amacıyla hayata geçirildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla yüksek maddi kaynak gerektiren işlerin özel sektör finansmanı ile daha hızlı biçimde gerçekleştirilerek yatırım ihtiyacının karşılanması ve aynı zamanda gerektiğinde yabancı şirketlerin görevlendirilmesi yoluyla teknoloji transferi sağlanması amaçlanmıştır⁷.

Ancak YİD modelinin ülkemizde benimsenmesi hiç de kolay olmamış, verilen isim ne olursa olsun, YİD modeline dair görevlendirme sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmesi usullerine tabi olmadan yürütülmesi idari yargı organları tarafından idari yargı denetiminden kaçınma olarak değerlendirilmiş ve niteliği itibarıyla imtiyaz sözleşmesi olarak görülen sözleşmeler verilen ada bakılmaksızın Danıştay ve idari yargı denetimine tabi tutulmuştur⁸. Zira imtiyaz sözleşmesi kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesindeki modellerden biri iken müşterek emanet ve iltizam sözleşmelerinin uygulamasının kalmaması ve bu alandaki her tür sözleşmenin Danıştay tarafından imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmesi sonucunda imtiyaz, kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin tek yöntemi şeklinde algılanmış ve yargı kararları ile bu yorum istikrarlı olarak benimsenmiştir⁹. Bu doğrultuda 3996 sayılı Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve

⁷ Polatkan, **a.g.e.**, s. 12-13.

⁸ Yıldırım v.d., **İdare Hukuku**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 469-470.

⁹ Turgut Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 297; “Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusu olup, imtiyaz suresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedelin yasa ile saptanacak bir tarife üzerinden lanse edilecek olması ve bu hizmet devrinin, uzun ve belli bir devre için yapılması, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran özelliklerdir.” (10. Daire E. 1991/1, K. 1993/1752, T. 29.4.1993, DBB).

imtiyaz teşkil etmeyeceği yönünde yapılan yasal düzenlemeler de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹⁰.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın kararlarına karşı yasama organı tarafından verilen cevap ise kamu hizmeti, idari sözleşme ve idari yargı ilişkisinde önemli kırımlara yol açmıştır. Anayasa'nın 47, 125 ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle kamu hizmetlerinin gördürülmesinde özel hukuk sözleşmelerinin yapılabilmesi, imtiyaz sözleşmelerine tahkim şartı konulabilmesi mümkün hale getirilmiş ve Danıştayın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi, düşünce bildirmeye dönüştürülerek ilgili kanuni düzenlemelerin yapılmasının önü açılmıştır.

Bu çerçevede, yapılan değişikliklerle Anayasa'da kamu hizmetinin maddi unsura bağlı tanımı korunmakla birlikte kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin tabi olduğu hukuki rejimde yasama organının istediği şekilde bir belirleme yapabilmesi mümkün kılınmıştır. Bu şekilde kamu hizmetinin yürütülmesi-idari sözleşme ilişkisi zayıflatıldığı gibi, Anayasa'nın 125. maddesinde yapılan değişiklikle bunun da ötesine geçilerek imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı konulabilmesine müsaade edilmesi yoluyla idari sözleşme-idari yargı bağlantısı da zorunlu bir ilişki olmaktan çıkarılmıştır.

Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişikliğe bağlı olarak 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanunla, 3996 sayılı Kanun uyarınca Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiş, ayrıca 3096 sayılı Kanun kapsamındaki elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti konuları da 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeden sonra imtiyaz sözleşmelerinin konusuna giren yatırım ve hizmetlerin neredeyse tamamı bu kanun kapsamına dâhil olmuş ve bu konuların tamamında özel hukuk sözleşmesi yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir¹¹.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994, R.G. 24.01.1995-22181, Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, K. 28.6.1995, R.G. 20.03.1996-22586.

¹¹ Günday, **a.g.e.**, s. 360, "3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun'un 5 inci maddesi, "Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir." biçiminde değiştirilmiş, gerekçesinde de Anayasa'nın 47 nci maddesi değişikliğine uyum sağlanarak, Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde yaptırılacağı belirtilmiştir. Bu açık hüküm ve gerekçesi karşısında, 3996 sayılı Kanun kapsamına giren yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında

Ancak YİD modeli ile ilgili tartışmalar, modelin içeriğinden ziyade yapılan sözleşmelerin hukuki niteliği ve hangi yargı yolunun denetimine tabi olacağı üzerinden yürütülmüştür. Dolayısıyla KÖİ'nin temel konusu olan, altyapı hizmetlerinin finansman, risk paylaşımı, tesis inşası, hizmet sunumu gibi boyutları itibarıyla ne tür modellerle özel kişilerin katılımına açılacağı ve bu alanın nasıl düzenleneceği meselesinin üzerinde yeterince durulmamıştır.

Yap-işlet modeli ise 16.7.1997 tarih ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunla uygulanmaya başlanmıştır. Kanunda yap-işlet modeli *“elektrik enerjisi santrallerinin üretim şirketleri mülkiyetlerinde kurulmalarını, işletilmelerini, üretilen elektrik enerjisinin belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde satışını içeren model”* olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda, TEAŞ optimal elektrik üretim sistemi gelişim planları çerçevesinde yapımı öngörülen üretim tesisleri için Resmi Gazete’de ilan yayımlayarak teklif alabileceği gibi, üretim tesisi kurmak ve işletmek üzere üretim şirketlerinin de TEAŞ'a başvurabilecekleri düzenlenmiştir. Yap-işlet modeli ile ilgili sözleşmelerin niteliği 1/7/2006 tarih ve 5539 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile özel hukuk sözleşmesi haline dönüştürülmüştür.

KÖİ kavramı ülkemizde YİD ve yap-işlet modellerine dair uygulamaların ardından ortaya çıkmış ve birtakım yeni modeller de bu aşamada hayata geçirilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla KÖİ kavramının uluslararası literatürde yaygınlaşması ile birlikte ülkemiz açısından ortaya çıkan en önemli sonuç, YKD ve restore et-işlet-devret gibi bazı yeni modellerin de bu kapsamda uygulamaya girmesi olmuştur. Nitekim Türkiye’de kamu özel işbirliği ile ilgili ilk düzenleme çalışmasında KÖİ, halihazırda kullanılan modellerle birlikte yeni modelleri de kapsamına alan bir üst kavram olarak kullanılmıştır. Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Müsteşarlığı’nda başlatılan çalışmalar sonucunda hazırlanan kanun taslağında YİD ve yap-işlet modelleri yanında yap-kirala ve İHD modelleri de kamu özel işbirliği modelleri olarak sayılmış ve bunlara dair genel düzenleyici hükümler yer almıştır. Bu kanun taslağı ile

düzenlenecek sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır.” (Danıştay 1. Daire E. 2003/108, K. 2003/110 T. 11.9.2003, DBB).

belirtilen modellere dair kanuni düzenlemelerin de yürürlükten kaldırılması amaçlanmıştır.

Ancak söz konusu taslak DPT Müsteşarlığı'ndan Başbakanlığa sevk edildikten sonra TBMM'ye sunulmadığından tasarı haline dönüşmemiş ve sektörler itibarıyla ayrı düzenlemeler yapılması esası benimsenmiştir. Bu doğrultuda YKD modelinin sağlık ve eğitim sektörlerinde uygulanması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Sağlık sektöründe KÖİ uygulamalarında hayata geçirilen en yeni model, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 3.7.2005 tarih ve 5396 sayılı Kanunla eklenen Ek 7. madde ile ilk yasal temeli oluşturulan YKD yöntemidir.

Bu maddede yer alan *“Yapılmasının gerekli olduğuna Yüksek Planlama Kurulu tarafından karar verilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığınca verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.”* hükmü ile bu modelin çerçevesi çizilmiştir. Ayrıca maddede taşınmazların devri ve kira bedelinin tespitine dair düzenleme yapılmıştır. Maddede Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan sağlık tesislerinin yenilenmesinin de *“öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda”* ve *“tesislerdeki tıbbi hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında”*, sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılacağı düzenlenmiştir.

Daha sonrasında 25/11/2010 tarih ve 6082 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu'nun 20. maddesine eklenen hükümler ve 25/8/2011 tarih ve 2011/652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 23. maddesine yapılan benzer düzenlemeler ile eğitim-öğretim tesisleri ile yurt bina ve tesisleri için de bu modelin mevzuat altyapısı oluşturulmuştur. Ayrıca 8/9/2012 tarih ve 28405 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelikle eğitim tesisleri ile ilgili olarak YKD modelinin ihale ve uygulama esasları düzenlenmiştir.

Eğitim-öğretim tesislerinde, sağlık tesislerinde olduğu gibi *“tesislerdeki eğitim öğretim hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında”* mevcut

tesislerin yenilenmesi de modelin kapsamına dâhil edilmiş, eğitim ve yurt hizmetleri kapsamında ise, yurt bina ve tesislerinin yenilenmesine dair bir hüküm konulmayıp, sadece yeni bina yapımı düzenlenmiştir.

YKD modeli KÖİ alanında en önemli yenilik olarak ortaya çıktığından, bu model, 21/2/2013 tarih ve 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 doğrudan “kamu özel işbirliği modeli” olarak adlandırılmıştır. Sonrasında 21/3/2014 tarih ve 2014/6282 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği ile bu modele dair uygulama esasları belirlenmiştir.

Yönetmelikle modele dair temel ilkeler, ihale usul ve esasları, sözleşmelerin düzenlenmesi ve sözleşmelerde yer alacak hususlar, sözleşmenin sona ermesi, sorumluluk, tazminat ve anlaşmazlıkların çözümüne dair hükümler düzenlenmiştir.

Bunların dışında restore et-işlet-devret yöntemi Yalova Termal Kaplıcalarının İdaresi ve İşletilmesi Hakkında Kanun’da 3/6/2004 tarih ve 5185 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle mevzuatımıza girmiş, modelin uygulama esasları ise 02.05.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Yalova Termal Kaplıcalarının Gerçek Kişilere veya Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Kiralanmak veya Restore Et-İşlet-Devret Usulü ile Devredilmek Suretiyle İşletilmesine Dair Yönetmelik ile düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde restore et-işlet-devret yöntemi “*Yapılacak restorasyon karşılığında taşınmazın tamamının veya belirli bir kısmının işletme hakkının, ihale ile belirlenen sürece yükleniciye devrini ve belirlenen sürenin bitiminde yüklenici tarafından işletme hakkının Bakanlığa iadesi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Ancak bu yönetmelik kiralama ve restore et-işlet-devret usulünün her ikisine dair sınırlı bir düzenleme getirmekte, Yönetmelikte öngörülen ihale işlemleri ile ilgili hüküm bulunmayan hallerde ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine atıf yapılmaktadır.

2. Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Türkiye'deki Uygulamaları

Türkiye'de günümüze kadar kamu özel işbirliği modelleri ile gerçekleştirilen projelerde imzalanan sözleşme sayısı 211'e, projelerin yatırım bedeli ve projeler kapsamında devlete ödenecek tutarların toplamından oluşan sözleşme değerleri toplamı 122 milyar ABD Doları ve toplam yatırım tutarı ise 53 Milyar ABD Dolarına ulaşmış bulunmaktadır. Sadece 2013 yılında imzalanan sözleşme sayısı 31 ve bunların toplam büyüklüğü 65 milyar ABD Doları olmuştur¹².

Bu projelerden 101'i YİD, 87'si İHD, 18'si YKD ve 5'i de yap-işlet modeli ile uygulanmaktadır. Bu projeler içinde sözleşme değeri itibarıyla YİD projeleri 77, İHD 31, YKD 10 ve yap-işlet modeli ise yaklaşık 4 milyar ABD doları paya sahiptir¹³.

2011 yılı ile karşılaştırıldığında son birkaç yılda İHD projelerinde 42, YİD modelinde 18 ve YKD modelinde 17 adet ilave proje imzalandığı, yap-işlet modeli uygulanan proje sayısında ise artış olmadığı görülmektedir¹⁴.

İstanbul Yeni Havalimanı projesinin, YİD modelinin KÖİ projeleri portföyü içindeki ağırlığını önemli ölçüde artırdığı, ardından İHD ve YKD modelinde bütçe büyüklüğü açısından önemli bir artış yaşandığı görülmektedir. İstanbul Yeni Havalimanı projesi KÖİ proje büyüklüklerini önemli oranda artırmış, bunun ardından özellikle enerji üretim tesisi, havaalanı ve limanlarda uygulanan İHD projelerinde yaşanan 17 milyar Dolar ve sağlık tesisi projelerindeki 10 milyar Dolar artışlarla 2011 yılında 35 milyar Dolar olan toplam KÖİ büyüklüğü 122 milyar ABD Dolarına ulaşmıştır¹⁵.

YİD modeli ile gerçekleştirilecek İstanbul Yeni Havalimanı projesi halihazırdaki en yüksek bütçeli KÖİ projesi olup 03.05.2013 tarihinde yapılan ihale sonucunda; yatırım için 10,2 Milyar Avro bedelle, ilk etabının en geç 42 ayda

¹² Kalkınma Bakanlığı, Kamu Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, (Çevrimiçi) <https://koi.kalkinma.gov.tr/>, 04.12.2016.

¹³ Kalkınma Bakanlığı, Kamu Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, (Çevrimiçi) <https://koi.kalkinma.gov.tr/>, 04.12.2016.

¹⁴ Kalkınma Bakanlığı, Kamu Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, (Çevrimiçi) <https://koi.kalkinma.gov.tr/>, 04.12.2016, Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, 2012, s. 26.

¹⁵ Kalkınma Bakanlığı, Kamu Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, (Çevrimiçi) <https://koi.kalkinma.gov.tr/>, 04.12.2016, Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, s. 21-22.

tamamlanarak işletmeye alınması ve 25 yıllık işletme süresi karşılığında KDV hariç 22,1 Milyar Avro ile en yüksek kira bedelini teklif eden firma görevlendirilmiş olup, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (DHMI) ile görevli şirket tarafından kurulan yeni şirket arasındaki uygulama sözleşmesi 19.11.2013 tarihinde imzalanmıştır¹⁶.

YKD yöntemi kapsamında ise sağlık hizmetleri alanındaki mevzuat altyapısının oluşturulmasından sonra başlatılan çalışmalar 6428 sayılı Kanundan sonra da devam etmiş ve şehir hastaneleri olarak adlandırılan yeni hastane projelerinin bu yöntemle uygulanmasına başlanmıştır.

Projelerin toplam bütçesi büyük miktarlara ulaşmakla birlikte finansman açısından bazı sorunlar yaşanabilmektedir. Nitekim dünya genelinde olduğu gibi İngiltere’de de 2007 dünya finans krizinin ardından KÖİ uygulamalarında finansman problemleri ortaya çıkmış ve piyasa yapısı daha kırılgan hale gelmiştir¹⁷. Bu çerçevede, 6428 sayılı Kanun’un 13. maddesi ile 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’a borç üstlenimine dair 8/A maddesinin eklenmesi, YİD ve YKD projeleri için Hazine garantisi sağlanarak finansman sorununun aşılmasına dönük bir düzenleme olmuştur. Konuya dair uygulama usul ve esasları ise 19 Nisan 2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelikle belirlenmiştir.

Bu düzenlemelerle sözleşmelerin süresinden önce feshedilmesi ve tesisin kamuya devredilmesi durumunda, fesih tarihine kadar yapılan işler için kullanılmış olan dış finansmanın üstlenilmesi yoluyla talep garantisi yanında ikinci bir garanti mekanizması da oluşturulmuştur. Buna göre YİD projelerinde 1 Milyar ABD Doları, YKD projelerinde ise 500 Milyon ABD Dolarının üzerindeki projelerin sözleşmelerinde süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idare tarafından devralınmasına dair hüküm bulunması halinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için sağlanan ana kredinin ve varsa ana kredinin teminine yönelik türev ürünlerden

¹⁶ Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü 2015-2019 Stratejik Planı, (Çevrimiçi) www.dhmi.gov.tr, 05.02.2015, s. 48.

¹⁷ Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, s. 34.

kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından kısmen veya tamamen üstlenilmesi ve ödenmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu şekilde talep garantisi yanında finansman garantisi de sağlanmış olmaktadır.

Ancak borç üstlenimi, sadece genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idarelerin YİD modeli ile gerçekleştirecekleri projeleri kapsadığından¹⁸ KİT'ler ve mahalli idarelerin YİD projeleri için Hazine Müsteşarlığınca borç üstlenim taahhüdü verilmesi mümkün değildir.

KÖİ uygulamalarının hedeflenen etkinliği sağlayabilmesi için idarelerde KÖİ uygulamalarına yönelik uzmanlık birikiminin güçlendirilmesine ihtiyaç vardır. KÖİ projelerinde ihale süreçleri, finansal ve ekonomik analizlerin yapılması, sözleşme hazırlığı ve değişikliklerde müzakere süreçlerinin yürütülmesi, izleme ve değerlendirme mekanizmalarının geliştirilmesi gibi konularda idarenin yetkinliğinin artırılması KÖİ projelerinin başarısı için büyük önemi haizdir¹⁹. Türkiye'deki KÖİ uygulamalarında edinilen tecrübeler ışığında özellikle fizibilite etüdü hazırlama ve değerlendirme, ihale sürecinin yönetimi ile uzun vadeli sözleşmelerin izlenmesi konularında idare tarafındaki uzmanlığın geliştirilmesine ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir²⁰.

Türkiye'deki uygulamalara dair bu genel tespitler doğrultusunda, yatırım ve hizmetlerden beklenen etkinliğin sağlanabilmesi için KÖİ yöntemlerinin ekonomik olarak yüksek getirili alanlarda doğru modellerle uygulanması, her türlü yatırım için en uygun araç olamayacağı göz önünde bulundurulması gerekmektedir²¹.

B. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Genel Çerçevesi

¹⁸ 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 8/A, Hazine Müsteşarlığı Tarafından Gerçekleştirilecek Borç Üstlenimi Hakkında Yönetmelik, m.1.

¹⁹ Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, s. 36-37; Kalkınma Bakanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2014, s. 84.

²⁰ Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, s. 36-37; Kalkınma Bakanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, s. 57-58.

²¹ Kalkınma Bakanlığı, **Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, s. 35.

KÖİ'nin Türk idare hukuku çerçevesi içindeki konumunun daha net olarak anlaşılması için temel bazı unsurlar bakımından daha detaylı olarak incelenmesi ve niteliklerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak KÖİ kavramının kapsamının bazı belirsizlikler içermesi ve birçok farklı uygulama ve modeli içerebilmesi, bu unsurların farklı mahiyetlerde görünebilmesine de sebep olmaktadır.

1. İdare-Yüklenici İlişkisi

KÖİ Türk idare hukuku kapsamında incelenirken, ilk olarak ele alınması gereken husus, kavramın özünü oluşturan işbirliği veya ortaklık unsurunun anlamı ve bunun kamu hizmetlerinin yürütülmesinde idare ile yüklenici ilişkisi bakımından diğer modellerden farklı olup olmadığıdır. İdare yüklenici ilişkisinin 'işbirliği' şeklinde ifade edilmesi, bu işbirliğinin kavramlarının da kendine göre oluşturulmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle yüklenicinin bir hizmetin yükümlüsü, idarenin ise hizmetin sahibi olarak değerlendirilmesi yerine; altyapı hizmetlerinin yürütülmesinde risk paylaşımı esasına dayanan bir işbirliğinin tarafları olarak kabul edilmesi yaklaşımı öne çıkmıştır.

KÖİ'nin arka planındaki idare ve yüklenici ilişkisine dair bu yaklaşım farklılığının uygulanan modellerin içeriklerinden önce tespit edilmesi gerekmektedir. Bu alandaki literatürde de KÖİ'nin içerdiği modellerin özelliklerinden ziyade idare ile kurulan ilişkinin farklı niteliğine vurgu yapılmaktadır²². Zira KÖİ'de idare bir müşteriden ziyade ortak olarak konumlandırılmakta ve idareden de kendi kontrolündeki yatırım arazisinin mülkiyeti, irtifak hakkı tesisi, kullanıcılardan ücret talep edilebilmesini sağlama yetkisi, yatırım planlaması ve güzergâh belirleme gibi kamusal yetkileri projenin başarısı için kullanması beklenmektedir. Bu yönüyle idarenin karşı taraf olmaktan çıkarak yüklenici şirket ile birlikte proje ortağı olarak algılandığı söylenebilir²³.

Bu ilişkinin sağlıklı şekilde kurulabilmesi için özel sektör tarafının kâr elde etme amacıyla kamu tarafının belirli bir kalite ve standartta hizmetin sunumunu sağlama amacı arasındaki gerilimin ideal bir dengeye kavuşturulması gerekmektedir²⁴.

²² Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 87.

²³ **A.e.**

²⁴ Robinson v.d., **a.g.e.**, s.4.

Bu şekilde ‘hizmet gördürme’ kavramından ‘işbirliği’ olgusuna geçiş, yönetim (*governance*) kavramı ile yakından ilişkilidir. Kamu yönetimi alanında yönetim kavramının ‘idare-idare edilen’ ayrımını dönüştürmesi gibi, KÖİ de idare-yüklenici ayrımının işbirliğine dönüşmesini temsil etmektedir²⁵. Aynı şekilde bir hizmetin yürütülmesinin idare tarafından bahşedilen bir hak ve menfaat olarak değerlendirildiği anlamını yansıtan ‘imtiyaz’ kavramı yerine ‘kamu ile özel sektörün işbirliği’ ifadesinin kullanılması esasen, kamu hizmetlerinin sunumunda kamu ve özel kesimin rollerine bakış tarzındaki değişimi yansıtmaktadır. Bu açıdan KÖİ modellerinden birisi olan YİD sözleşmelerinin imtiyazdan başka bir model olmadığı savunulmakta ise de²⁶ sözleşmenin konusu bakımından isimlendirilmesine doğru yaşanan değişim bu sürecin bir aşaması olarak değerlendirilebilir.

Ancak unutmamak gerekir ki KÖİ’deki işbirliği veya ortaklık ilişkisi maliyet etkinliği ve risk paylaşımı gibi kavramların temelini oluşturan bir ekonomik ve finansal dengeye dayanmaktadır. Bu açıdan KÖİ’de taraflar arası ilişkide finansal boyutun daha belirgin hale geldiği ve yüklenici konsorsiyumun arkasında bulunan finansman kaynağının sahibi olarak bankalar ve finans kuruluşlarının ciddi bir etkinliğe sahip olduğu söylenebilir. Bu nedenle, kamu ve özel sektör arasındaki bu ilişki biçiminin bir yetki devri anlamına geldiği ve finansman sağlayıcıların politika belirleme süreçlerine müdahale edebilme kabiliyeti kazandığı savunularak KÖİ’ye karşı bazı eleştiriler de ileri sürülmektedir²⁷.

KÖİ’de işbirliği unsurunun öne çıkması, altyapı hizmeti sunumu modelleri olarak KÖİ’nin sağlık, eğitim gibi alanlara yayılmasının bir sonucu olarak da değerlendirilebilir. Zira KÖİ’de bu alanlarda altyapının bir yapım işi olmaktan çıkıp altyapı hizmeti sunumuna dönüşmesi, ‘çekirdek’ kamu hizmetini sunan idare ile yüklenici arasında dikey bir ilişkiden ziyade yatay bir çalışma ilişkisi ortaya çıkarmaktadır²⁸.

²⁵ Graeme Hodge, Carsten Greve “Public–Private Partnerships: a Policy for All Seasons?”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge & Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 364-365.

²⁶ Turgut Tan, “Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline”, **AÜSBFD**, C. 47, S. 3, 1992, s. 325.

²⁷ Jean Shaoul, “‘Sharing’ Political Authority with Finance Capital: The Case of Britain’s Public Private Partnerships”, **Policy and Society**, Vol. 30, 2011, s. 210.

²⁸ Duffield, **a.g.e.**, s. 189.

Ancak, idarenin sorumlu olduğu bir altyapı hizmetinin özel hukuk kişisinden alımını konu edinmesi ve nihai sorumluluğun idarenin üzerinde kalmaya devam etmesi göz önüne alındığında, KÖİ modellerinde idarenin yüklenicinin ‘ortağı’ olarak değerlendirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Bu açıdan idarenin bir ortak olarak konumlandırılmak istenmesinin kamusal kaynakların proje lehine kullanımının sağlanmasına yönelik olduğu söylenebilir.

2. Sözleşme Konusu İş veya Hizmet

Birçok modeli kapsayan genel bir kavram olarak KÖİ’nin konusunu altyapı hizmetleri oluşturmaktadır. KÖİ kavramına dair yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği gibi²⁹ enerji, ulaştırma, içme suyu gibi altyapılar ekonomik; hastane, okul gibi tesisler ise sosyal altyapı alanlarında doğrudan bir tesisin bakım ve idamesi gibi fiziki hizmetlerle tesise ait temizlik, güvenlik gibi yan hizmetlerin hepsini kapsayan genel bir kavram mahiyetindedir³⁰. Bu özelliği dolayısıyla KÖİ modellerinin konusu olarak altyapı hizmeti, kamu hizmeti niteliğinde olabileceği gibi, kamu hizmetinin dışında kalan ancak, onun gerçekleştirilebilmesi için gerekli altyapının sağlanması ve diğer yan hizmetlerle sınırlı bir içeriğe de sahip olabilir³¹. Ayrıca KÖİ modellerinin idarenin kamu hizmeti teşkil etmeyen iktisadi nitelikteki faaliyetlerinde de kullanılabilmesi mümkündür. Dolayısıyla bir altyapı tesisinin kurulması veya yenilenmesi ile işletilmesi unsurlarını içeren KÖİ modellerinin bir kamu hizmetinin yürütülmesinde kullanılabilmesi mümkün olduğu gibi idarenin kamu hizmeti teşkil etmeyen örneğin iktisadi nitelikli faaliyetlerinde de kullanılması söz konusu olabilir.

Kamu hizmeti ile ilgili alanlarda KÖİ modellerinin kullanılması durumunda ise KÖİ uygulamaları konusu itibarıyla çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır. Buna göre KÖİ projelerinde idare ile yüklenici arasındaki paylaşımına göre sözleşmenin konusunun şu şekillerde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir³²:

- İdarenin çekirdek hizmeti sunarken, yüklenicinin sadece altyapı sağlanması

²⁹ Bkz. “Kamu Özel İşbirliği Kavramı”, s. 9-10.

³⁰ Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 34, Yescombe, **a.g.e.**, s. 10

³¹ Cruz, Marques, **a.g.e.**, s. 84; Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. xiv.

³² Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 102.

- İdarenin çekirdek hizmeti sunarken, yüklenicinin altyapı ile birlikte bazı yan hizmetleri sunması
- İdarenin çekirdek hizmeti sunarken, yüklenicinin altyapı ve yan hizmetlerle birlikte “*community service*” denilen, belediyelerin sunduğu mahalli hizmetlere benzetilebilecek hizmetleri sunması
- Ulaştırma projelerinde olduğu gibi yüklenicinin hizmetin tamamını sunması

Dolayısıyla idarenin çekirdek hizmeti sunduğu alternatiflerde yüklenicinin sunduğu hizmetler; sadece altyapının sağlanmasından, yan hizmetler ve hizmetin doğrudan içinde olmayan ancak onunla ilişkili hizmetlere kadar genişleyebilmektedir. Ulaştırma projeleri gibi genellikle sunulan hizmetin esas unsurunu altyapının oluşturduğu durumlarda ise hizmeti bir bütün olarak yüklenicinin sunmasının söz konusu olduğu belirtilmekte ise de esasında bu alanda da ‘çekirdek hizmet’ idarede kalmaya devam etmektedir. Zira ulaştırma alanındaki hizmetin özünü oluşturan ulaşım planlaması ve bu alandaki düzenlemelerin yapılması gibi görevler her tür projede idarenin bizzat sunması gereken hizmetleri oluşturmaktadır. Nitekim bu tip projelerde kamu ile yüklenici şirket arasındaki ‘işbirliği’; finansman temini, ödeme, idarenin proje konusu hizmetle ilgili düzenleme yetkileri ve aradaki uzun vadeli sözleşme ilişkisi gibi unsurlar üzerinden tanımlanmaktadır³³. Ancak sağlık hizmetlerinde olduğu gibi altyapı hizmeti ile birlikte yürütülen bir çekirdek kamu hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda gerçek anlamda bir işbirliğinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir³⁴.

KÖİ’nin konu itibarıyla yukarıda sayılan türleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hepsinde altyapı sunumunun içerildiği, özel sektör tarafının sunduğu hizmetlerin sınırının ise ‘çekirdek’ kamu hizmetine kadar genişleyebildiği ortaya çıkmaktadır.

Ancak tam bu noktada, altyapı sağlanmasının başlı başına bir kamu hizmeti olup olmayacağı, kamu hizmetinin kurulması ile altyapı sağlanmasının aynı anlamda olup olmadığı, kamu hizmetinin yürütülmesinin ne anlama geldiği gibi bazı sorular

³³ Simon Domberger, Patrick Fernandez, “Public-Private Partnerships for Service Delivery”, **Business Strategy Review**, Vol. 10, Issue: 4, 1999, s. 30.

³⁴ Christina D. Tvarnø, “Law and Regulatory Aspects of Public Private Partnerships: Contract Law and Public Procurement Law”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 228.

ortaya çıkmaktadır. İdare hukukumuzda ise bu tartışmaların genellikle bayındırlık işlerinin hukuki niteliği üzerinden yapıldığı gözlenmektedir.

Onar, bayındırlık işlerini idarenin mal edinme usulleri arasında zikretmekte ve gayrimenkul kamu malları üzerinde kamu yararı ve bir kamu hizmetinin görülmesi maksadıyla kamu malının mütemmim cüzü mahiyetinde eserler meydana getirmeye matuf işleri bayındırlık faaliyeti olarak tanımlamaktadır³⁵. Konu itibarıyla, yol yapımı gibi bir bayındırlık işinin kamu hizmeti teşkil ettiğini, burada bir kamu hizmetinin veya kamu hizmetinin bir safhasının ifasının söz konusu olduğunu, ancak bunun kamu hizmetinin işletilmesini konu etmediğini belirtmektedir³⁶. *Duran* ise otoyol yapımı, bakımı ve işletilmesi gibi işlerin ‘dar anlamda’ kamu hizmeti sayılmasa da ortaya çıkan yapı ve tesisler kamu malı niteliğinde olduğundan bu faaliyetlerin bayındırlık işi imtiyazının konusunu teşkil ettiğini belirtmektedir³⁷. *Bilgen* ise karayollarının yapımı ve işletilmesinin ‘klasik kamu hizmetleri’ arasında yer aldığını ifade etmektedir³⁸. Dolayısıyla bayındırlık işlerinin türlerinin kamu hizmeti teşkil edip etmediği ile ilgili farklı görüşler söz konusu olabilmektedir.

Ayrıca bayındırlık işleri ile kamu hizmeti ve kamu malı arasında kurulan zorunlu ilişki zamanla zayıflamış ve kamu yararı amacına yönelik olmak şartıyla kamu hizmeti teşkil etmeyen ve özel kişilerin malları üzerindeki bazı işler de bayındırlık hizmeti sayılmaya başlamıştır³⁹. Nitekim *Duran* da bayındırlık imtiyazının konusunun kamu hizmeti olmayabileceğini ifade etmektedir⁴⁰.

1999 yılında 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 42/c maddesinde 4492 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ‘bayındırlık imtiyazı’ kavramının madde metninden çıkarılması sonucu kanunlarda artık bu kavram yer almamaktadır⁴¹. Ancak, bayındırlık imtiyazının konusu olarak zikredilen baraj, kanal, kanalizasyon, otoyol, köprü, tünel, petrol boru hattı, deniz ve hava limanları, otopark ve otopark gibi tesislerin yapımı ve

³⁵ Sıdık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. Bası, İstanbul, 1966, s. 1582-83.

³⁶ **A.e.**, s. 1600.

³⁷ Lütfi Duran, “Yap-İşlet-Devret”, **AÜSBFD**, C. 46, S. 1-2, 1991, s. 157.

³⁸ Pertev Bilgen, “Yap - İşlet - Devret Sözleşmeleri, Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi II. Kitap, Kamu Yönetimi**, Ankara, 1990, s. 800.

³⁹ Metin Kıratlı, “İdarenin Bayındırlık Hizmetleri”, **AÜSBFD**, C. 27, S. 4, s. 53-54.

⁴⁰ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 156.

⁴¹ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C. I, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 695.

işletilmesinin YİD sözleşmesi konusu olarak zikredilen işlerle benzerlikler arz ettiği görülmektedir⁴².

Dolayısıyla KÖİ kapsamına giren modellerden biri olarak YİD sözleşmelerinin ve bayındırlık imtiyazlarının konusu olan bu tür işlerin kamu hizmeti teşkil edip etmeyeceği KÖİ için de önemli bir soru niteliğindedir.

Nitekim *Gülan*, 3996 sayılı Kanun'da sayılan YİD sözleşmesi konularının kamu hizmetlerinin görülüş usulleri kapsamında değerlendirilebileceği gibi kamu mallarından özel istisnai yararlanma sözleşmesi olarak da değerlendirilebilecek konuları içerdiğini ifade etmektedir⁴³. Bu açıdan sözleşmenin türü belirlenirken asıl amacının kamu hizmetinin yürütülmesi mi yoksa bir kamu malının kullanılması mı olduğuna bakılması gerekecektir⁴⁴. 3996 sayılı Kanunda sayılan YİD modelinin konusu olabilecek tesisler içinde kamu hizmeti için gerekli olanlar olduğu gibi doğrudan kamu hizmeti niteliğinde olmayan faaliyetler için gerekli tesisler de yer almaktadır. Örneğin fabrika veya lojistik merkezi gibi örnekler aslında kamu hizmeti amacı gütmeyen tesisler olarak değerlendirilebilir. Bu durumda, kamuya ait taşınmaz üzerinde bu gibi yapılar için YİD modelinin kullanımı, kamu malından sözleşme ile özel istisnai yararlanma niteliğinde olabilir.

Anayasa Mahkemesi ise bu tür tartışmalara girmeden “*toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler*” oldukları gerekçesiyle “*köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler*” in kamu hizmeti olduğunu ifade etmektedir⁴⁵.

Bu çerçevede genel olarak bayındırlık işlerinde söz konusu olduğu üzere⁴⁶ KÖİ'nin konusu olan altyapı hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinde olabileceği gibi bu nitelikte olmamasının da mümkün olabileceği söylenebilir. Zira KÖİ'de esasen bir bayındırlık eserinin yapımı ve onun bakımı ile işletilmesine dair hizmetlerin yürütülmesi söz konusudur. Nitekim bu unsurları içeren en temel uygulamalardan biri

⁴² Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 156.

⁴³ Aydın Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999, s. 219.

⁴⁴ **A.e.**

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.6.1995, R.G. Tarih-Sayı: 20.03.1996-22586.

⁴⁶ Kırathı, “**İdarenin Bayındırlık Hizmetleri**”, s. 53.

olarak YİD modeli de KÖİ modelleri arasında yer almaktadır. Bu açıdan genellikle kamu hizmeti imtiyazı ile karşılaştırılan YİD modelinin kamu hizmetinin ifasını içermeyebilmesi yönüyle esasen bayındırlık imtiyazı kavramı ile ifade edilen uygulamalara daha fazla benzediği söylenebilir.

YKD modelinde ise sözleşme konusu okul, hastane gibi bir eğitim veya sağlık tesisinin yapımı ve bu tesisin idamesi ile ilgili hizmetleri kapsadığından kamu hizmetinin kendisi değil, onun yürütülmesine yardımcı olan birtakım altyapı hizmetleri söz konusu olmaktadır. Kamusal tesislerin kiralama karşılığında özel sektöre yaptırılması, klasik olarak bayındırlık işleri veya hizmetleri arasında zikredilmese de, özel sektörden sağlanan altyapı hizmetlerinde yeni gelişen bir alan olarak ortaya çıktığı söylenebilir.

İdare hukukumuzda bayındırlık işlerinin kamu hizmeti niteliği konusundaki belirsizlik, hizmetin kurulması ve işletilmesi ayırımına gelindiğinde de devam etmektedir. Bu ayırım özellikle imtiyaz sözleşmeleri kapsamında gündeme gelmekte, imtiyaz sözleşmelerinde konunun esasının bir kamu hizmetinin işletilmesi olduğu, ancak hizmetin kurulmasının dâhil olması halinde bu kısmının da bayındırlık imtiyazı teşkil edeceği ve ikisinin bir arada bulunmuş olacağı belirtilmektedir⁴⁷. Ayrıca kurma ve işletmenin bir arada olması halinde de bir kamu hizmeti imtiyazının söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁴⁸.

Ancak burada bir kamu hizmetinin kurulmasının ne anlama geldiğinin sorgulanması gerekmektedir. *Duran*, “*kamu hizmeti imtiyazı ilk kuruluşu içermekte ise; bunun başlangıç aşaması bir bayındırlık imtiyazını kapsar*” demekte ve yapım işi ile hizmetin kuruluşunu aynı anlamda değerlendirmektedir⁴⁹. *Bilgen* de “*belediyeler bazen de bayındırlık işini kendileri yapmakta yani kamu hizmetin kendileri kurmakta..*” diyerek aynı yaklaşımla bayındırlık işi ile kamu hizmetinin kurulmasını eş anlamlı olarak kullanmıştır⁵⁰.

Kanımızca bayındırlık imtiyazının konusu olarak bir kamusal tesis yapımının kamu hizmetinin kurulması ile aynı anlamda değerlendirilmemesi gerekir. Doktrinde

⁴⁷ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 695.

⁴⁸ **A.e.**; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 557; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 511.

⁴⁹ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 156.

⁵⁰ Bilgen, **Yap - İşlet - Devret Sözleşmeleri...**, s. 801.

kamu hizmetinin kurulmasının anlamı üzerinde yeterince durulmamış olmakla birlikte⁵¹, kamu hizmetinin kurulmasının, genel olarak bir faaliyetin ya baştan itibaren kamu tarafından üstlenilmesi veya özel kesim tarafından yürütülen bir faaliyetin kamu hizmeti statüsüne alınması yoluyla iki şekilde ortaya çıkabildiği ifade edilmektedir⁵².

Kamu hizmetinin kurulması, öncelikle bu hizmetin yürütülmesi için gerekli bir kurum kurulması veya mevcut bir kuruma bir faaliyeti yürütme yetkisinin verilmesi yoluyla, o hizmet için gerekli araç-gereç, personel ve mali kaynağın tahsis edilmesi anlamına gelmektedir⁵³. Bu şekilde verilen bir görev ve yetki, sadece o kuruma tahsis edilerek idare tarafından tekel olarak yürütülebileceği gibi, virtüel kamu hizmetlerinde olduğu şekilde idarenin ruhsat ve imtiyaz verdiği özel girişimcilerle birlikte hizmeti sunması da söz konusu olabilmektedir⁵⁴.

Bir başka deyişle, bir hizmet idarenin görev alanı içinde tanımlandığında kamu hizmeti kurulmuş olmakta, ancak bundan sonra o hizmetin yürütülmesi için gerekli tesislerin yapımı ve işletilmesi bir imtiyaz sözleşmesinin konusu olabilmektedir. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmesinin işletme ile birlikte içerebildiği veya müstakil olarak bayındırlık imtiyazının konusu olan ‘kurma’ unsurunun, kamu hizmetinin kurulması değil, kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli tesislerin kurulması anlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda imtiyaz sözleşmesinin konusunu bir kamu hizmetinin kurulması oluşturmamakta veya imtiyaz sözleşmesi ile bir kamu hizmetinin kurulması idare tarafından devredilmemektedir⁵⁵. Ancak, kurulmuş olan bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli tesislerin kurulması ve işletilmesi yetkisi devredilmektedir.

Kanımızca buradaki belirsizlikte ‘tesis’ kelimesinin kamu hizmeti ile ilgili kullanımındaki karmaşa da rol oynamaktadır. Zira bir kamu hizmetinin tesis

⁵¹ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 258.

⁵² Günday, **a.g.e.**, s. 332; Kemal Gözler, **İdare Hukuku, C. II**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın, 2009, s. 353.

⁵³ İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner, **İdare Hukuku**, 2. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2006, s. 858-59; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 233.

⁵⁴ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 234-35; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2009, s. 87.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi 28.6.1995 tarihli ve E: 1994/71, K: 1995/23 sayılı kararında, “*konusu kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler(i)*” kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak tanımlamıştır.

edilmesinden bahsedildiğinde, fiil anlamıyla bir kamu hizmetinin kurulması kastedilirken, kamusal bir tesisin yapımı söz konusu olduğunda idarenin bayındırlık faaliyetinin konusu olan kamu malı ifade edilmektedir⁵⁶.

Diğer yandan, kamu hizmetinin işletilmesi ile yürütülmesinin de her zaman aynı anlamda kullanılmadığı görülmektedir. Zira *Onar*'ın örnek verdiği gibi, yol yapımı bir kamu hizmeti mahiyetinde olmakla birlikte, burada imtiyazda olduğu gibi bir kamu hizmetinin işletilmesi söz konusu değildir⁵⁷.

Kamu hizmetlerinin gördürülmesinde diğer iki yöntem olan müşterek emanet ve iltizamın ise kamu hizmetlerinin kurulmasını içermeyip, sadece işletilmesi ile ilgili olduğu ifade edilmektedir⁵⁸. Ancak iltizamın bayındırlık imtiyazı ile aynı anlamda olduğunu savunanlara göre iltizam modeli de yapım ve işletme unsurlarını bir arada içerebilmektedir⁵⁹. Hatta bu doğrultuda iltizamın imtiyazla çok az bir farklılığının olduğu belirtilmektedir⁶⁰. *Özay*, YİD sözleşmesinin imtiyaz veya iltizam mahiyetinde olabileceğini söylerken, bu iki usul arasında uygulanan model itibarıyla bir farklılık görmemekte, ancak işletme unsurunun konusu itibarıyla bir ayırım yapmaktadır⁶¹. *Özay*, buradaki farklılığı açık biçimde ifade etmemiş olsa da iltizam için verdiği otoyol yapımı örneğinden⁶², altyapının işletilmesinin bir kamu hizmeti teşkil etmediği YİD örneklerini iltizam, 3096 sayılı Kanun çerçevesinde elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını gibi konusu kamu hizmetinin işletilmesi mahiyetinde olan YİD uygulamalarını ise imtiyaz olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır⁶³.

Diğer taraftan, KÖİ sözleşmelerinin konusu olan altyapı hizmetinin tekel olarak yürütülmesi zorunlu değildir. Nitekim kamu hizmeti görülüş usullerinden iltizam usulünde de imtiyazda olduğu gibi bir tekel unsuru aranmadığından, imtiyazı iltizamdaki ayıran unsurun sadece kamu hizmetinin işletilmesini konu edinmesi değil, aynı zamanda bunun bir tekel unsuru içermesi gerektiği olduğu söylenebilir.

⁵⁶ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, s. 115.

⁵⁷ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, s. 1600.

⁵⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 343; Gözler, **a.g.e.**, s. 404, 406.

⁵⁹ İl Han Özay, "Ortak Yararlı İşletme veya Nam-ı Diğer Müşterek Emanet", **İÜHFİM**, C.LIV, 1994, s. 57.

⁶⁰ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 248.

⁶¹ **A.e.**, s. 246.

⁶² Özay, "Ortak Yararlı İşletme..", s. 57.

⁶³ **A.e.**, s. 55.

Doktrinde bir kısım yazarlar tekel olarak yürütmeyi imtiyazın unsurları arasında saymamakla birlikte⁶⁴ birçok yazar da imtiyazın hizmeti tekel olarak yürütmeyi içerdiğini savunmaktadır⁶⁵. Hatta *Duran*, imtiyazın sözleşmede yer alması dahi tekel unsurunu içerdiğini belirtmektedir⁶⁶. *Duran*'a göre idare imtiyaz sözleşmesi ile genellikle özel şirketin söz konusu hizmeti tekel olarak görmesini sağlamakta, bu konuda başka bir imtiyaz veya ruhsat vermemeyi taahhüt etmektedir⁶⁷. Nitekim Osmanlı döneminde elektrik üretimi, liman, tramvay ve vapur işletmesi gibi birçok hizmetin ilk defa kurulması söz konusu olduğundan imtiyaz usulü hizmetin yürütülmesinde tekeli de içermiştir⁶⁸. Zira ilk kuruluş maliyetlerinin yüksek olması, verilen imtiyazın uzun süreli olmasına ve imtiyaz sözleşmelerinde özel girişimciye kamu mallarından yararlanma, hizmeti tekel olarak yürütme gibi hakların verilmesine sebep olmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla imtiyaz sözleşmesindeki tekel olarak yürütme unsuru; ya imtiyaz sözleşmesinin bir hizmetin ilk baştan kurulmasını içermesi yoluyla veya bir KİT vasıtasıyla tekel olarak yürütülmekte olan hizmetin KİT'in özelleştirilmesi yoluyla özel kişi tarafından görülmeye başlanması nedeniyle ortaya çıkabilmektedir. İmtiyazla KİT'ler arasındaki bu ilişki, Osmanlıdan Cumhuriyete geçişte de diğer yönüyle görülmektedir. Zira birçok imtiyaz sözleşmesi sona erdirilerek bu işletmelerden bir kısmı KİT'lere dönüştürülmüştür⁷⁰.

Özay ise hizmetin tekel olarak yürütülmesini, imtiyazı ruhsattan ayıran bir farklılık olarak zikretmektedir⁷¹. Hizmetin tekel olarak yürütülmesinin imtiyazı ruhsattan ayıran bir özellik olarak değerlendirilmesi Danıştay 1. Dairesinin şu kararında⁷² da görülmektedir:

“...içme ve kullanma suyu hizmetlerinin Danıştayın görüşü ve İçişleri Bakanlığının kararıyla imtiyaz yoluyla devredilebilmesi yanında, bu hizmetleri *imtiyaz veya tekel oluşturmayacak şekilde* ruhsat vermek veya 67

⁶⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 699; Gözler, **a.g.e.**, s. 418-419; Günday, **a.g.e.**, s. 348.

⁶⁵ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982, s. 337; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 251; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 89; Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, s. 59; Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s. 329.

⁶⁶ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 337.

⁶⁷ **A.e.**, s. 337-338.

⁶⁸ Yayla, **İdare Hukuku**, s. 89.

⁶⁹ **A.e.**

⁷⁰ Sıddık Sami Onar, “İdare Hukuku Bakımından İktisadi Devlet Teşekkülleri”, **İÜHF**, C.7, S. 4, 1941, s. 735-736; Gözler, **a.g.e.**, s. 445-46.

⁷¹ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 251.

⁷² Danıştay 1. Daire E. 2005/924, K. 2005/1073, T. 26.9.2005, DBB.

inci maddedeki esaslara göre hizmet satın almak yoluyla da yerine getirebileceği..”

Nitekim 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nun 15. maddesinde “*Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz*” denilerek imtiyaz, hizmetin tekel niteliği unsuruna dayalı olarak tarif edilmiştir. Hizmetin tekel niteliği ise bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içinde yer alıp almadığına göre belirlenir⁷³.

Anayasa Mahkemesinin ise imtiyaz sözleşmesi için tekel unsurunu gerekli bir şart olarak görmediği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi “*Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir*” şeklinde bir tanımlama yapmaktadır⁷⁴.

KÖİ modellerinde sözleşme konusunun kamu hizmeti ile ilişkisine dair bu tartışmalar Fransız literatüründe de yapılmakta ve KÖİ sözleşmesinin (*contract de partenariat*) kamu hizmetinin gördürülmesi veya bayındırlık işi olarak değerlendirilmesi konusunda bir belirsizlik olduğu ifade edilmektedir⁷⁵. Esasen bunun kaynağının KÖİ’de sunulan hizmetle ilgili yaklaşım farklılığı olduğunu söylemek mümkündür. Zira KÖİ’de sadece bir tesisin yaptırılmasından ziyade bir hizmetler bütünüün (*stream of services*) satın alınması söz konusudur⁷⁶. Bu da alınan hizmetin ve ödemelerin zamana yayılması ile sağlanmaktadır. Bir bayındırlık eseri söz konusu olduğunda ise sadece bir *tesis yapımından* ibaret olan yüklenicinin üstlendiği iş, KÖİ’de belirli bir dönem boyunca *altyapı hizmetinin sunulması* olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla KÖİ’de proje konusunu oluşturan yapım işinin bir altyapı hizmetine dönüştürüldüğü dikkat çekmektedir. Bu nedenle standart ihale

⁷³ Danıştay 1. Daire E. 2005/754, K. 2005/1075, T. 26.9.2005, DBB. Ayrıca 1. Daire E. 2005/307, K. 2005/668, T. 18.5.2005 kararında da bu hususu şu şekilde belirtilmiştir: “*2918 sayılı Yasada 5228 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerle tescile bağlı araçların muayenelerini yapma hizmeti, kamu hizmeti niteliğinde olmakla birlikte, herhangi bir kamu kuruluşunun asli görev ve faaliyeti içindeki tekel niteliğinde bir hizmet üretimi olmaktan çıkarılmış bulunduğundan, bu hizmetin özelleştirilmesine ilişkin sözleşmenin bu hüküm yönünden de imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.*” (Sinerji İhtihat Programı)

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994, R.G. T. 24.01.1995, S. 22181.

⁷⁵ Onur Karahanoğulları, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)”, **AÜSBFD**, C. 66, No: 3, 2011, s. 200 dn. 22.

⁷⁶ Duffield, **a.g.e.**, s. 188.

süreçlerindeki iş ve hizmet ayırımının KÖİ'nin konusu olarak altyapı hizmetleri ile birebir örtüşmediği söylenebilir.

KÖİ'nin kurumsal yapılanmalardan politika araçlarına kadar değişik kullanımları olmakla birlikte, sözleşmesel KÖİ modelleri bu nedenle, altyapı odaklı hizmetler (*asset-based services*) alanında uzun vadeli hizmet sağlanmasına (*long-term service provision*) odaklanmaktadır⁷⁷. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi yöntemlerinde de esas itibarıyla söz konusu olan altyapı hizmetleridir. Ancak bu genellikle açık biçimde ifade edilmemekte ve kamu hizmetinin kurulması/işletilmesi ayrımı ile açıklanmaktadır.

Diğer yandan, kamu hizmetlerindeki dönüşüm süreci hizmet alımı konusu olabileceği kabul edilen hizmetlerin genişlemesini de beraberinde getirdiğinden⁷⁸ hizmet sunumuna dönüşen altyapı hizmeti ile birlikte bu tür yan hizmetler birleşerek KÖİ modellerinin konusunu oluşturmaktadır.

KÖİ konusu olan altyapı hizmetleri ise sadece ulaştırma ve enerji gibi sektörlerle sınırlı kalmamakta, sağlık ve eğitim gibi sosyal altyapı sektörlerine de yaygınlaştığından konusu itibarıyla ülkemizdeki YİD modelinden daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu doğrultuda elektrik, telekomünikasyon, ulaştırma, içme suyu ve kentsel altyapı sektörlerindeki tesisler ekonomik; hastane, okul, kütüphane ve hapishane gibi tesisler ise sosyal altyapı hizmetlerinin konusu olarak değerlendirilmektedir⁷⁹. YİD konusu olan hizmetlere genel olarak bakıldığında buradaki hizmetlerin esasen bir tesisin yapılmasının esas unsurunu oluşturduğu hizmetlere dair olduğu söylenebilir. Ancak KÖİ modellerinden biri olan YKD modeli ülkemizde sağlık ve eğitim sektörlerinde uygulamaya girmiştir. Dolayısıyla 'altyapı hizmetleri' ifadesi altyapı sunumunun başlı başına bir hizmet teşkil ettiği veya yapım işi olarak adlandırılan işlerin bir hizmet sağlanmasına dönüştürüldüğü konuları ifade etmektedir. Ancak KÖİ konusu olan hizmetlerin hastane, okul ve hapishanelerin altyapı hizmetlerinin sunulmasına doğru genişlemesi, sözleşme konusu olacak hizmetlerin sınırı sorununu gündeme getirmektedir.

⁷⁷ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 14.

⁷⁸ Turgut Tan, "Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi?: Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay", **İÜHFİM**, C. LXIX, S. 1 – 2, 2011, s. 294.

⁷⁹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 1; Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 21.

Örneğin ülkemizde sağlık hizmetleri alanında uygulanmasına başlanan YKD modeline dair ilk düzenlemelerde⁸⁰ tıbbi hizmetler açık olarak kapsam dışında bırakılmışken, uygulanan modelin KÖİ modeli olarak isimlendirildiği sonraki düzenlemede ise hizmet tanımının ucu açık bırakılmış, ihale konusu olabilecek hizmetlerin tamamı bu kapsama dâhil edilmiştir⁸¹. Dolayısıyla sözleşme kapsamına girebilecek hizmetlerin tıbbi hizmetlere doğru genişleyebilmesinin yolu açılmıştır.

Bütün bu çerçeve içinde, kamu hizmetlerinin yürütülmesi alanında daha sağlıklı bir kavramsallaştırma yapılabilmesi için kamu hizmetlerinin türlerine göre bir tasnife tabi tutulmasının yararlı olacağı söylenebilir⁸². Aksi takdirde birbirinden farklı mahiyetteki hizmetler sadece kamu hizmeti olup olmama veya kurma/işletme ayrımına göre değerlendirildiğinde uygulanan modellerin tanımlanmasında bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Zira ulaştırma veya enerji sektöründe sunulan hizmetle sağlık ve eğitimde sunulan kamu hizmeti birbirinden farklı niteliktedir. Öncekilerde esasen hizmetin sunulmasından kasıt, bu hizmetler için gerekli altyapının inşa edilmesidir. Bu açıdan yol yapımı işi bir kamu hizmeti olsa da karayolu taşımacılığı tek başına bir kamu hizmeti değildir⁸³. Elektrik enerjisinin üretimi ve dağıtımı da esas olarak altyapının kurulması ile sunulan bir hizmettir. Ancak eğitim, sağlık, adalet, güvenlik gibi hizmetler ise temel olarak bu hizmeti sunmakla görevli olan kamu görevlileri vasıtasıyla sağlanan hizmetler olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da memurlar ürettikleri hizmetin türüne göre bir sınıflandırmaya tabi tutulmuşlardır.

Bu ihtiyaçtan dolayı KÖİ ile ilgili olarak yabancı literatürde hizmetler nihai kullanıcıya hitap edip etmediklerine göre tasnife tabi tutulabilmektedir. Bu kapsamda hizmetler, son kullanıcıya sunulan hizmetler ve idare içi hizmetler olarak ikiye ayrılabilir⁸⁴. Ayrıca genel anlamda kamu hizmetlerinin altyapı ile ilişkisi

⁸⁰ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek 7. madde ve Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik.

⁸¹ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 4/1-(1).

⁸² Domberger, Fernandez, **a.g.e.**, s. 30.

⁸³ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 157.

⁸⁴ Domberger, Fernandez, **a.g.e.**, s. 31-32.

bağlamında da altyapıya dayanan hizmetlerle, bu şekilde olmayan güvenlik hizmetleri gibi hizmetlerin farklı kategorilerde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵.

Bu çerçevede KÖİ, tesis temelli hizmetlerin (*asset-based services*) bir bütün olarak değerlendirilmesi ve kapsamının genişlemesi yanında, hizmet sunumu odaklı bayındırlık faaliyetlerinin (*service-led construction*) enerji, ulaştırma gibi ekonomik altyapı alanlarından eğitim ve sağlık gibi sosyal altyapı konularına doğru yaygınlaşması sonucunda ortaya çıkmaktadır⁸⁶. KÖİ, bu sürecin bir sonucu olarak kamu hizmetinin parçalanması ve iktisadi olarak kârlı alanlara özel sektörün dâhil olması yoluyla idare ve özel şirketlerin daha yakın bir birlikteliğinin ortaya çıktığı modelleri ifade eden bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda sağlık veya eğitim hizmetlerinde olduğu gibi kamu görevlileri tarafından sunulan bir çekirdek hizmet alanı mevcut olduğunda, uygulanan KÖİ modeli tesis yapımı ile birlikte bu alanın dışındaki tüm yan hizmetleri kapsayabilmektedir.

Diğer yandan, özellikle sağlık hizmetleri alanında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yapılan değişiklikle birlikte sağlık hizmetlerinin hizmet alımı yoluyla gördürülebilmesine imkân tanınması, ülkemizde KÖİ kapsamına girebilecek hizmet alanlarının genişleme eğiliminde olduğunu göstermektedir⁸⁷.

3. Sözleşme Hazırlığı ve İhale Süreci

KÖİ usullerinde sözleşme konusunun yapım ve yan hizmetleri bir arada içerebilmesi, idare tarafından belirlenen şartnameye en uygun teklifin istenmesine dayanan klasik ihale yöntemi yerine hizmetten beklenen çıktılarının belirlenmesi ve yeni çözümler sunulmasına açık bir yöntemin tercih edilmesini beraberinde getirmektedir⁸⁸. Literatürde *Hart*, KÖİ ile klasik ihale uygulamasını bu açıdan karşılaştırmış ve hizmete dair kalite standartlarının belirlenmesi ile hizmetin yürütüleceği tesise dair yapım standartlarının belirlenmesi arasında bir ayrım yapmıştır. Buna göre, hizmet kalitesine dair standartların belirlenmesinin mümkün olduğu ve tesisin yapımına dair

⁸⁵ Neil S. Grigg, **Infrastructure Finance: The Business of Infrastructure for a Sustainable Future**, Wiley, New Jersey, 2010, s. 9.

⁸⁶ Hans Lind, Lena Borg, "Service-led construction: Is it Really the Future?", **Construction Management and Economics**, Vol. 28, Issue: 11, November 2010, 1147.

⁸⁷ Tan, "Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi?: Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay", s. 292.

⁸⁸ Yescombe, a.g.e., s. 21; Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 92.

standartlardan daha fazla önem arz ettiği hallerde KÖİ modellerinin daha başarılı olması beklenebilecektir⁸⁹. Bu durumda girişimcinin işletme aşamasını da düşünerek idarenin belirleyeceği standartlar çerçevesinde kendisi için en maliyet etkin çözümü üretme konusunda bir esnekliğe sahip olacağı ve bu şekilde daha yenilikçi yöntemler ortaya çıkabileceği düşünülmektedir. Bu çözümlerin geliştirilebilmesi için de teklif sahipleri ile müzakere edilmesine dayanan bir ihale süreci uygulanmaktadır.

Nitekim KÖİ'nin esas önemini içerdiği modellerden ziyade proje yönetim sürecine dair yaklaşım farklılığında olduğu savunulmaktadır⁹⁰. KÖİ uygulamalarında daha rekabetçi bir ihale süreci oluşturulması için yarışmacı müzakere (*competitive dialog*) veya etkileşimli ihale (*interactive tender*) denilen ve ihaleye katılanlarla daha yoğun bir etkileşimin söz konusu olduğu metotlar uygulanabilmektedir. Bu nedenle KÖİ uygulamalarındaki sözleşmelerin yapılış süreci açısından diğer sözleşmelerden ayrılan en temel özelliği, yarışmacı müzakere usulü gibi daha katılımcı mekanizmalar içermesi ve bu nedenle hazırlık safhasının ihale sözleşmelerine nazaran daha fazla adımdan oluşmasıdır⁹¹. Bu yöntemlerde ihaleye katılanlar teknik tekliflerini sunduktan sonra bunları idare ile müzakere ederek idarenin görüşlerini almakta, ardından idarenin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde kendi çözüm önerilerini yeniden düzenleyerek nihai tekliflerini sunmaktadırlar. Bu süreç içinde teklif sahiplerinin farklı aşamalarda elenmesi söz konusu olabilmektedir⁹².

İmtiyaz sözleşmelerinde ihale sürecine ilişkin olarak Türk ve Fransız hukukunda idareye geniş bir takdir yetkisi verilmiş ve belirli ilkelere uyulmasına dair kurallar haricinde bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır⁹³. Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun'da sözleşmelerin yapılış sürecine dair çok az sayıda hükme yer verilmiştir. Ayrıca bu sözleşmelere dair ikincil bir düzenleme de bulunmadığından imtiyaz yönteminin uygulaması tamamen yargı kararları ile şekillenmiş ve idarenin uygulanacak usul bakımından geniş bir takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir⁹⁴.

⁸⁹ Oliver Hart, "Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships", *Economic Journal*, Vol. 113, March 2003, s. 74.

⁹⁰ Grimsey, Lewis, *Public Private Partnerships*, s. 87.

⁹¹ *A.e.*, s. 82-83.

⁹² World Bank Institute, *a.g.e.*, s. 196.

⁹³ Sezginer, "*İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*", s. 1088.

⁹⁴ *A.e.*, s. 1084.

YİD, yap-işlet ve İHD modellerine dair müstakil ihale düzenlemeleri yapılmış olmakla beraber, bunlarda yarışmacı müzakere usulüne dair özel bir süreç tarif edilmemiştir. Ancak YKD modeline dair Yönetmelikte düzenlenen belirli istekliler arasında ihale usulünün yarışmacı müzakere usulüne dair temel unsurları içerdiği söylenebilir.

Yarışmacı müzakere sürecinde müzakereye katılım daveti (*Invitation to Participate in Dialogue*) ön ve nihai davet şeklinde iki aşamalı olarak uygulanmaktadır. Bu şekilde projeyi uygulama kapasitesi daha az olan teklif sahipleri başlangıçta elenmekte ve nihai seçim sürecine geçen katılımcı sayısının azaltılması sağlanmaktadır⁹⁵. Ancak bu aşamaların öncesinde ilan edilen ihale duyurusuna cevap vererek başvuruda bulunanlara bir ön yeterlilik anketi (*Pre-qualification questionnaires*) gönderilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu anket, adayların projeyi yürütme kapasitesine sahip olup olmadığını tespit etme ve teklif edilen proje ile ilgili olarak bazı temel sorulara cevap alma maksadını taşımaktadır⁹⁶.

KÖİ projelerinin ihale duyurusu tekliflerin alınma sürecini başlatan işlemdir. Bu aşamada genellikle resmi gazete ile duyuru yöntemi kullanılmaktadır. Örneğin AB'de belirli bir limitin üzerindeki ihalelerin AB Resmi Gazetesi'nde (*Official Journal of the European Communities/OJEC*) yayımlanması zorunluluğu bulunduğundan bu kapsamda PPP projelerine dair ihale duyuruları da aynı şekilde yayımlanmaktadır⁹⁷. Resmi gazetenin yanında bir veya birkaç uluslararası gazetede yayımlama yolu da tercih edilebilir⁹⁸. Ayrıca bunların dışında yatırımcılara yönelik olarak sunum organizasyonları ve toplantılar düzenlenmesi yoluyla teklif sürecinin başlatılması gibi uygulamalar da görülmektedir⁹⁹.

Yapılan duyuruda projeye dair açıklayıcı bir özet bilgi verilmesi gereklidir. Ön yeterlilik aşaması olan uygulamalarda yapılan duyuru ile birlikte bir ön yeterlilik çağrısı (*request for qualifications*) da yapılmakta ve ihale süreci bu duyuruyla başlamaktadır¹⁰⁰. Bu duyuruya cevap veren ilgililere ön yeterliliklerinin tespiti için

⁹⁵ Robinson v.d., **a.g.e.**, s. 52.

⁹⁶ Cartlidge, **a.g.e.**, s. 27.

⁹⁷ **A.e.**, s. 142.

⁹⁸ EPEC, **a.g.e.**, s. 27.

⁹⁹ World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 189.

¹⁰⁰ Yescombe, **a.g.e.**, s. 79.

sunmaları gereken bilgiler bildirilmekte veya bir ön yeterlilik anketi gönderilmektedir¹⁰¹. Ayrıca teklif verecek firmalar için projeye dair ihaleye katılma kararının verilebilmesine yetecek düzeyde bilgilerle ihale sürecine dair açıklamalar ve yeterlilik kriterleri ve sürecinin açıkça belirtilmesi gereklidir¹⁰².

Ön yeterlilik belirli teknik ve mali limitleri karşılayamayan teklif sahiplerinin elenmesini amaçlamaktadır. Bu şekilde hem projeyi gerçekleştirmek için yeterli kapasiteye sahip olmayan firmaların hem de idarenin zaman kaybının önüne geçilmekte ve yeterli düzeydeki firmalara odaklanılması sağlanmaktadır. Ancak buradaki kriterlerin piyasaya yeni firmaların girmesini engelleyecek düzeyde tecrübe yoğunluklu koşullar içermemesine de dikkat edilmelidir¹⁰³.

İhale duyurusu ve yeterlilik çağrısı yapıldıktan sonra, gelen yeterlilik başvuruları (*statements of qualifications*) belirlenen kriterlere göre incelenerek sıralama yapılması veya ön yeterlilik kriterlerini geçen-geçmeyen ayrımı yapılarak bir eleme sağlanması yöntemi uygulanabilmektedir. Bu aşamayı geçen ve elenen teklif sahiplerine bildirim yapıldıktan sonra yeterlilik kriterlerini sağlayan teklif sahiplerinden oluşan bir kısa liste oluşturularak ihale sürecine geçilmektedir¹⁰⁴.

İhale süreci temel olarak;

- Teklif çağrısı dokümanlarının hazırlanması ve ilanı
- İhaleye katılanlarla ihale süreci boyunca karşılıklı temasların sürdürülmesi
- Tekliflerin alınması ve değerlendirilerek ihale üzerinde bırakılacak kişinin belirlenmesi

safhalarından oluşmaktadır¹⁰⁵.

Teklif çağrısı dokümanında, projeye ve ihale sürecine dair detaylı bilgi ve belgeler sunulmaktadır. Projenin temel özelliklerini veren bir bilgi dosyası ile birlikte, taslak proje sözleşmesi, proje ile ilgili izin ve onay belgelerinin kopyaları ile proje hazırlık sürecinde derlenen teknik bilgiler bu dokümanlar kapsamında yer almaktadır. Ayrıca ihale sürecine ilişkin olarak, detaylı ihale kuralları, süreci ve zaman çizelgesi

¹⁰¹ EPEC, **a.g.e.**, s. 27-28.

¹⁰² World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 190.

¹⁰³ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 118.

¹⁰⁴ Robinson v.d., **a.g.e.**, s. 50; World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 192.

¹⁰⁵ World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 193.

ile ihaleye katılacakların uyacakları esaslar ve değerlendirme kriterleri ile geçici teminat gerekliliklerine de bu dokümanda yer verilecektir¹⁰⁶.

Teklif çağrısı dokümanlarının ve sürecinin mümkün olduğunca açık ve kolay anlaşılabilir olması, alınan tekliflerin de ihtiyaca daha iyi cevap vermesini sağlayacaktır. Bu şekilde değerlendirme sürecinin de daha hızlı, kolay ve daha az maliyetli bir şekilde yürütülmesinin sağlanabileceği ve en iyi teklifin belirlenme şansının daha yüksek olacağı belirtilmektedir¹⁰⁷.

Tekliflerin alınmasına ilişkin davette ise en önemli unsur taslak sözleşmenin hazırlanmasıdır. Taslak sözleşme temelde teklif çağrısı (*request for proposals*) ve ihale sürecinin başlatılması için gerekli bir doküman olup nihai sözleşme bunun üzerinde yapılacak müzakerelerle oluşmaktadır. Bu nedenle ana unsurları itibarıyla bu safhada oluşan sözleşmenin hazırlanmasına dair bazı temel prensiplerin incelenmesi faydalı olacaktır.

KÖİ uygulamalarında ‘iyi’ bir sözleşme, açık ve anlaşılır, kapsamlı ve taraflar için belirsizlikler içermeyen sözleşmeleri ifade etmektedir. Sözleşmelerin uzun bir dönemi kapsayacağı, karmaşık yapıda ve birçok risk unsuru barındırdığı, ayrıca yeniden müzakere süreçlerinin getireceği ilave maliyetler düşünüldüğünde sözleşmelerin bu kriterlere göre hazırlanması büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle sözleşmelerin kurulmasında gerektiğinde yeterli esneklik düzeyinin sağlanması ile sözleşme hükümlerinin belirli ve açık olması ilkeleri arasında hassas bir dengenin sağlanmasının büyük önem arz ettiğini söylemek mümkündür¹⁰⁸.

Taslak sözleşmenin hazırlanması aşamasında sözleşmede yer alacak unsurların tamamının sözleşmede bulunması sağlanamasa da özellikle uygulama süreçlerine dair performans gereklilikleri, ödeme mekanizmaları, değişiklikler ve uyarılma hükümleri, uyuşmazlıkların çözümü ve sözleşmenin sona ermesi gibi temel hükümlerin kurgulanması gerekmektedir. Bu hükümler taraflar arasındaki risk paylaşımının esas unsurlarını yansıtmaları bakımından sözleşme dengesinin temelini oluşturmaktadır. KÖİ ihale süreçlerinde taslak sözleşmelerin daha kolaylıkla hazırlanması amacıyla standart sözleşmelerin kullanılması yolu genellikle tercih edilmektedir.

¹⁰⁶ A.e., s. 193-94.

¹⁰⁷ Farquharson v.d., a.g.e., s. 121.

¹⁰⁸ World Bank Institute, a.g.e., s. 162-63.

Teklif çağrısının yayınlanmasından sonra, teklif sahipleri çağrıda belirtilen kriterlere uygun olarak detaylı tekliflerini hazırlayacaklardır. Bu süreçte idare teklif sahipleri ile ne tür yöntemlerle ve hangi ölçüde bir iletişim kuracağını belirlemelidir. Çünkü bu süreç içinde en azından teklif sahiplerinin bilgi talepleri ve ilave açıklama istedikleri hususlarda bunların sunulması gerekmektedir. Bu amaçla, sorular ve verilen cevapların bütün teklif sahipleri için belirli aralıklarla teklif sahiplerinin tamamına iletilmesi, idarede teklif sahiplerinin bilgi taleplerinin karşılanacağı bir ‘bilgi odası’ nın oluşturulması veya teklif sahiplerinin sorularının cevaplanacağı konferansların düzenlenmesi gibi seçenekler uygulanabilmektedir. Ayrıca gelen talepler doğrultusunda teklif çağrısı dokümanlarının düzeltilerek yeniden yayımlanması da tercih edilebilir. Diğer yandan bazı tekliflerin diğerlerine karşı avataj elde etmesinin önüne geçmek için tekliflerin kapanmasından belirli bir süre önce bilgi taleplerine cevap verilmesinin sona erdirilmesi yöntemi uygulanabilmektedir¹⁰⁹.

Tekliflerin alınmasından sonraki süreç, ihalenin tek aşamalı yada iki veya daha çok aşamalı olmasına göre farklılaşmaktadır. Ancak tek aşamalı süreç içinde de ihaleye katılanlardan gelen açıklama önerileri çerçevesinde proje değişikliği yapılmadan ihale dokümanlarının bazı kısımlarının düzeltilmesi veya sunulan tekliflerin ilgili bölümlerinin detaylandırılması söz konusu olabilmektedir. Bu düzeltme ve değişiklikler proje kapsamında bir değişiklik gerektirmediğinden ayrı aşamalar olarak değil tek teklif sistemi olarak uygulanmaktadır¹¹⁰.

Bununla birlikte yarışmacı müzakere adı verilen yöntemde yukarıdaki unsurları içeren taslak sözleşme ile yapılan çağrıya verilen cevaplar değerlendirilerek bunlar doğrultusunda teklif çağrısı ve sözleşme gözden geçirilmekte ve ikinci bir teklif çağrısı daha yapılabilmektedir¹¹¹. Bu aşamada tekliflerin bir kısmı elenebileceği gibi, teklif sahipleri ile müzakereler yürütülmesi de mümkün olabilmektedir. Yapılan yeni teklif çağrısındaki değişikliklere göre tekrar teklif alınmakta ve nihai aşamada teklif sahipleri fiyat tekliflerini de sunmaktadır¹¹².

¹⁰⁹ World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 195.

¹¹⁰ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 121.

¹¹¹ World Bank, s. 184.

¹¹² World Bank, s. 184.

Yarışmacı müzakere süreci, teklif sahiplerinin, idarenin ihtiyaç ve taleplerine göre alternatif teklifler sunmasına imkân sağlamaktadır. Yarışma süreci ancak tekliflerini yeterli düzeyde detaylandıran ve idarenin ihtiyaçlarını karşılayabileceği değerlendirilen teklif sahipleri ile yürütülmektedir. Bu şekilde bütün teklif sahipleri arasında sunulan tekliflerin detaylı bir değerlendirmesine dayanan bir rekabet oluşturulmakta ve idare için hizmet ihtiyacını karşılayan ve ekonomik olarak en avantajlı projelerin aşamalı olarak geliştirilmesi sağlanmaktadır¹¹³.

Diğer yandan, bu usulde müzakere süreci daha sistemli olarak kurgulanmakta ve idarenin ihtiyaçlarının piyasanın yetenekleri ile daha iyi uyumlaştırılması ve ihaleye katılanların yeterliliklerinin ve sundukları önerilerin daha iyi incelenmesi mümkün olmaktadır¹¹⁴. Bu özellikleri sebebiyle yarışmacı müzakere usulünün karmaşık yapıdaki projeler için daha uygun bir yöntem olduğu savunulmaktadır. Ancak müzakerelerin şeffaf, rekabetçi ve etkin olarak yürütülebilmesi ve ihaleye katılanların tekliflerinin diğerleri tarafından öğrenilmemesini sağlamamak için bu sürecin çok özenle tasarlanması gereklidir. AB’de bu usul ihale düzenlemelerinde 2004 yılında yapılan değişiklikle uygulamaya girmiş olup yarışmacı müzakere (*competitive dialogue*) adıyla uygulanmaktadır¹¹⁵. Ancak AB uygulamasında da bu usulün kötüye kullanılmasını engellemek için açık ve adil rekabet, şeffaflık ve ölçülülük ilkelerine vurgu yapılmaktadır¹¹⁶.

4. Modellerin Unsurları

KÖİ’nin birçok modeli içeren bir kavram olarak kullanılması ve çeşitli ülkelerin veya uluslararası kuruluşların ayrı modellerle farklı hukuki çerçevelerde yürüttükleri uygulamaların bu kavram kapsamında incelenmesi KÖİ’nin kapsamının belirlenmesindeki temel problemi oluşturmaktadır.

Bu nedenle, KÖİ modelleri incelenirken bahsedildiği gibi bazı temel unsurlar yönünden bir değerlendirme yapılması daha uygun olacaktır. Bu şekilde kullanılan kavramların içeriklerinin daha somut olarak anlaşılması sağlanabilir.

¹¹³ Robinson v.d., **a.g.e.**, s. 53.

¹¹⁴ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s.122.

¹¹⁵ **A.e.**

¹¹⁶ European Commission, **Guidelines for Successful Public – Private Partnerships**, s. 9, 47.

Esasında uygulanan modeller, hizmetlerin niteliğinden bağımsız olmadığından, her birisi belirli sektörler ve hizmet türleri için daha uygulanabilir usulleri yansıtmaktadır. Zira farklı sektörlerde hizmetin niteliği yanında, yatırım maliyetleri, uygun işletme mekanizması ve hedef kitlesi gibi faktörler çeşitlilik arz etmektedir. Bu doğrultuda *Delmon*, KÖİ'nin farklı sektörlerdeki karakteristiğini incelemiş ve telekomünikasyon, enerji ve ulaştırma ile su ve diğer kentsel altyapı olmak üzere dört başlıkta bu sektörlerde üretilen hizmet ve kullanılan modele göre bir tasnif yapmıştır¹¹⁷.

Ülkemizde kamu hizmetlerinin görülüş usullerinde bu tür bir ayırım yapılmamakla birlikte, günümüzde altyapı yatırımlarının yürütülmesine dair yöntemler de giderek sektörel piyasalara dair mevzuat kapsamında düzenlendiğinden bu eğilimin güçlendiğini söylemek mümkündür. Örneğin telekomünikasyon ve elektrik piyasalarına dair yasal düzenlemeler bu sektörlerdeki altyapı yatırımlarına dair yöntemleri de içermektedir.

Bunun da ötesinde Evrensel Hizmet Kanunu ile telekomünikasyon sektöründe yapıldığı gibi belirli bir sektördeki hizmet türü için ayrı bir kavram üretilmesi de bu yöndeki değişimin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Zira bu kanunla, kapsamı değişebilmekle birlikte temel olarak telekomünikasyon sektöründe üretilen hizmet, ayrı bir kategori içinde ve kullanılacak modellerin özel olarak sayılması suretiyle müstakil bir çerçeve oluşturularak belirlenmiştir.

Bovis ise KÖİ modellerini içerdiği unsurlar üzerinden; yeni bir tesis inşasını içermesi veya mevcut bir tesisin yenilenmesi ve geliştirilmesini konu edinmesine ve sözleşme sonunda devir yapılıp yapılmamasına göre gruplamaktadır¹¹⁸.

a) **Yapım İşi**

Yapım unsuru, esas olarak altyapı hizmetlerini konu aldığı için KÖİ modellerinin neredeyse tamamında bulunan bir ortak özellik olarak nitelendirilebilir. Bu unsur yeni bir tesis inşası şeklinde olabileceği gibi mevcut bir tesisin restore

¹¹⁷ Delmon, **Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers**, s. 168.

¹¹⁸ Bovis, **“Public-Private Partnerships in the 21st Century”**, s. 389

edilmesi, genişletilmesi gibi şekillerde de ortaya çıkabilmektedir¹¹⁹. YKD modeline dair sağlık ve eğitimdeki mevzuatta da bu modelin kullanımı yapım ve yenileme şeklinde iki ana kategoride düzenlenmiştir. 6428 sayılı Kanunda konusu yapım işini içeren projelerde yapılan sözleşmeye da yapım sözleşmesi ismi verilmiştir. Ancak yapım işi standart bir kamu ihalesinde olduğu gibi müstakil bir iş ve sözleşmenin esas konusu olmaktan ziyade sunulacak altyapı hizmetinin bir ön aşaması mahiyetindedir¹²⁰. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin konusu yapılacak altyapı ile sunulması istenen hizmettir¹²¹. Bu şekilde altyapının ve bazı hizmetlerin ayrı ayrı sağlanması yerine altyapı ile üretilen hizmetlerin alınması¹²² şeklinde bir yaklaşım geliştirilerek altyapının sağlanması bir yapım işinden hizmete (*infrastructure services*) dönüştürülmektedir. Klasik ihale yöntemlerine nazaran KÖİ kapsamındaki modellerin en önemli farklılığı bu noktada ortaya çıkmaktadır¹²³.

KÖİ modellerinde esas olanın altyapı hizmeti sunumu olması, yapım aşamasının bir an önce tamamlanmasının hem idarenin hem de yüklenicinin menfaatine olması sonucunu doğurmaktadır. *Pekgüçlü Karabulut YİD* modelinde inşa unsurunun, işletme hakkının kullanılabilmesinin bir ön şartı mahiyetinde olmasının bu sonucu ortaya çıkardığını belirtmektedir¹²⁴. YKD modeline dair düzenlemelerde de bedelin ödenmesinin yapımın tamamlanıp hizmet sunumunun başlamasına bağlanması, yapım aşamasının erken tamamlanmasının yüklenicinin menfaatine olmasını sağlamaktadır¹²⁵. Eğitim öğretim tesislerinde YKD modelinin kullanımına dair Yönetmelikte ise “*eğitim öğretim tesisleri yapım süresi üç yılı geçemez*” şeklinde bir hüküm konularak yapım süresine sınırlama getirilmiştir¹²⁶. Sağlıkta ise yapım veya

¹¹⁹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 3; Bovis, “**Public-Private Partnerships in the 21st Century**”, s. 389

¹²⁰ Güzin Pekgüçlü Karabulut, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 149-150.

¹²¹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 177.

¹²² **A.e.**, s. 84.

¹²³ Duffield, **a.g.e.**, s. 207.

¹²⁴ Pekgüçlü Karabulut, **a.g.e.**, s. 149-150.

¹²⁵ 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 5/2, Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik m. 35/6.

¹²⁶ Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik m. 33/3. (R.G. T. 8.9.2012, S. 28405).

yenileme işleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanımın sağlanması aşaması, sabit yatırım dönemi olarak ifade edilmiş ve bu sürenin sözleşmede belirtileceği düzenlenmekle birlikte sözleşmeler için getirilen 30 yıllık süre sınırında yatırım döneminin hesaba katılmayacağı belirtilmiştir¹²⁷.

KÖİ'de yapım işlerinin bir altyapı hizmeti sunumuna dönüşmesi yanında bunun birtakım yan hizmetlerle de desteklenmesi söz konusudur. Bu nedenle sadece yapım unsurunu içeren bir sözleşme standart bir yapım işi niteliğinde olduğundan KÖİ modelleri kapsamına girmemektedir. KÖİ'yi farklı kılan unsur bir hizmet için gerekli tesislerin ve daha sonra bununla ilgili bakım, temizlik, güvenlik vb. hizmetlerinin ayrıca ihale edilmesi yerine bunların bir araya getirilmesi (*bundling*) ve yüklenicinin bir bütün olarak bu altyapı hizmetlerini sunmasıdır.

Diğer yandan, yapım unsurunun risk paylaşımı açısından mevcut bir işletme veya yeni bir işletmenin oluşturulmasına göre ayrılması gerektiği ifade edilmektedir. Yeni bir su arıtma tesisinin inşası ile mevcut bir havalimanının kapasitesinin genişletilmesi bu türlere örnek olarak verilebilir¹²⁸. Buradaki ayırım yeni bir inşaat işi ile mevcut yapının restore edilmesi veya genişletilmesi ayırımına benzetilebilirse de ikisi farklı mahiyettedir. Örneğin mevcut bir havalimanının yenilenmesi halinde, yolcu kapasitesi, gelir tahmini vb. unsurlar yönünden tahmin edilebilir bir işletme faaliyeti bulunmakta ancak, yeni bir inşaa faaliyetine girilmektedir¹²⁹.

KÖİ'de yapım unsurunun bir başka önemli özelliği ise tasarım aşamasının daha fazla önem kazanmasıdır. Nitekim bazı KÖİ modellerinde bu unsur ayrıca zikredilmektedir. Bu aşamada projenin proje fikri ve amaçlanan hizmete en uygun ve en maliyet etkin biçimde hazırlanması amaçlandığından, idare tarafından belirlenen bir tasarımın yüklenici tarafından uygulanması yerine idarenin belirlediği hedefler doğrultusunda yüklenicinin esas belirleyici olduğu bir tasarım süreci söz konusudur¹³⁰.

¹²⁷ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 50/1.

¹²⁸ Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure**, s. 23-24.

¹²⁹ **A.e.**, s. 59.

¹³⁰ Cruz, Marques, **a.g.e.**, s. 8.

b) İşletme

KÖİ modellerinde işletme unsurunu altyapı hizmetlerinin sunumu oluşturmaktadır. Ancak bu unsur altyapı tesislerinin yapımını da içerdiğinden tek başına işletme unsurunu taşıyan modeller KÖİ kapsamına dâhil edilmemektedir. Bu doğrultuda konusu sadece mevcut bir tesisin işletilmesi mahiyetinde olan işletme hakkı devirlerinin de KÖİ modeli olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

KÖİ’de işletme unsuru inşa edilen veya yenilenen bir hizmet tesisinin proje süresi boyunca belirli bir standartta kalmasını temin etme yükümlülüğünü de içermekle birlikte, bu kısım bakım unsuru (*maintenance*) olarak çeşitli modellerin isminde ayrıca da ifade edilebilmektedir.

KÖİ’deki işletme aşaması daha çok önceki aşamada yapılmış olan tesislerin yönetimini ifade etmekte olup, bunların bakım ve idamesi, temizlik, güvenlik gibi destek hizmetlerinin ve bilgi işlem faaliyetlerinin yürütülmesi gibi unsurlardan oluşmaktadır¹³¹. Ancak ekonomik altyapı hizmetlerinde bu kapsam daha genişleyerek tesisin kullanımını bir bütün olarak kapsayabilmektedir. Zira enerji, telekomünikasyon, ulaştırma gibi ekonomik altyapı sektörlerinde tesislerin işletilmesi kamu hizmeti alanını da içerebilmekteyken; sağlık, eğitim gibi sosyal sektörlerde bunlara dair bina ve tesislerin işletilmesi, kamu hizmetinin yürütülmesini içermemektedir¹³². Başka bir deyişle işletme unsuru, tesisin ürettiği hizmetin türüne göre farklı görünümler alabilmektedir.

İşletme unsurunun konusu bir bütün olarak idarenin alıcı olduğu bir su arıtma tesisi hizmetinin teknik işletimi olabileceği gibi, doğrudan hizmetten yararlananlara dönük olan su dağıtım şebekesi işletimi veya bir okulun bakım hizmetleri de dâhil olmak üzere yapımı gibi sadece bir kamu hizmetinin destek hizmetlerinin sağlanması da KÖİ modellerinde işletme unsurunu oluşturabilir¹³³.

Dolayısıyla KÖİ modelinin unsuru olarak işletmenin kamu hizmetinin işletilmesi ile aynı anlama gelmediğini belirtmek gerekir. Verilen örneklerden de görüleceği üzere işletme unsurunun konusu bakımından KÖİ modelleri kamu hizmetinin gördürülmesi yöntemlerinden ve bu kapsamda imtiyaz sözleşmesinden

¹³¹ Cartlidge, **a.g.e.**, s. 33-34.

¹³² Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 103.

¹³³ World Bank Institute, **a.g.e.**, s.37.

farklılık arz edebilir. Zira imtiyazda bir kamu hizmetinin işletilmesi zorunlu bir unsur olduğundan¹³⁴ işletme unsuru muhakkak bir kamu hizmetinin işletilmesine karşılık gelmelidir. Ancak bayındırlık imtiyazında olduğu gibi¹³⁵ KÖİ’de de bir altyapı hizmetinin sunumu amacıyla yapılmış olan tesisin işletilmesi her zaman kamu hizmetinin işletilmesi anlamına gelmeyebilir. Dolayısıyla bir tesis işletmesinin kamu hizmetinin işletilmesi olabilmesi için, hizmetin bir ekonomik kamu altyapı hizmeti niteliğinde olması gerektiği söylenebilir. Zira bu tür hizmetlerde işletme unsuru altyapı ile daha sıkı bir ilişki içindedir.

Diğer taraftan, KÖİ modellerinde işletme unsurunun kapsamına bazı ticari hizmetler de girebilmektedir. Ancak bunlar bir altyapı hizmeti sunumundan ziyade hizmetin finansmanını sağlamayı amaçlamaktadır. Nitekim 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun’un 4.maddesinde de otoyol üzerindeki tesislerin yapımı ve işletilmesinin sözleşme kapsamına dâhil edilebileceği belirtilmiştir.

KÖİ’de işletme konusu olan hizmetlerin yararlanıcısı idare olabileceği gibi doğrudan hizmetin nihai yararlanıcıları (*end-user*) da olabilir¹³⁶. Örneğin bir elektrik üretim tesisinin yapımı ve işletilmesinde faydalanıcı idare olabilirken, bir içme suyu tesisinin yapımı ve işletilmesi doğrudan nihai kullanıcılara sunulan bir hizmete örnek gösterilebilir¹³⁷. Bu hususun bayındırlık imtiyazı ile imtiyaz sözleşmesini de ayıran bir unsur olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim *Duran* elektrik üretim iznini, bir hizmet sunumunu değil, sadece üretilen elektriğin toptan satışını içermesi dolayısıyla bir bayındırlık imtiyazı olarak kabul etmiştir¹³⁸.

KÖİ’de işletme unsurunun belirli bir tesisle ilgili hizmetlerin yürütülmesini kapsamaması ve maliyet etkinliğinin daha önemli hale gelmesi, yürütülen hizmetlerin performans esasına bağlanmasını ve buna dair ölçütlerinin sözleşme ile belirlenmesini beraberinde getirmektedir¹³⁹.

¹³⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 695; Gözler, **a.g.e.**, s. 418.

¹³⁵ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 156, Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 696.

¹³⁶ Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure**, s. 39.

¹³⁷ **A.e.**

¹³⁸ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 156-57.

¹³⁹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 177.

c) Risk Paylaşımı

Risk paylaşımı, KÖİ'nin en temel ilkelerinden birisini oluşturduğundan, KÖİ modellerinin hizmetin ve risk transferinin niteliğine göre değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁰. KÖİ'de ortaya çıkabilecek temel risk grupları şu şekilde sıralanmaktadır: proje yerinden kaynaklanan riskler, tasarım, inşa ve hizmete alma riskleri, işletme riski, talep riski ve diğer ticari riskler, sektörel düzenleme çerçevesi ve siyasi riskler, genel hukuki çerçeveye dair riskler, temerrüt riski, ekonomik ve finansal riskler, mücbir sebep (*force majeure*), tesislerin mülkiyeti ile ilgili maliyet değişimi vb. sebeplerden kaynaklanan riskler¹⁴¹.

Risk paylaşımında temel ilke olan riski en iyi yönetebilecek tarafın alması prensibi, aynı zamanda bu riskin doğurabileceği zararı en az maliyetle ortadan kaldıracak tarafı ifade etmektedir¹⁴². Bu doğrultuda proje aşamaları itibarıyla sayılan risklerin açık olarak tanımlanması ve bunların kim tarafından üstlenildiğinin belirlenmesi için 'risk matrisi' bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu matriste risk türleri itibarıyla ortaya çıkma ihtimali, etkileri ve vuku bulması halinde ortaya çıkacak finansal sonuçlar da değerlendirildiğinden projenin finanse edilebilirliğinin değerlendirilmesi açısından da önemli bir gösterge oluşturmaktadır¹⁴³. Bu hem projenin finansörleri hem de idare tarafı için müzakere aşamasında öngörülebilirliği artıracak gibi sözleşmede kesinleştirilecek paylaşımın da altyapısını oluşturmaktadır¹⁴⁴.

Yapılacak paylaşımında yükleniciye devredilemeyen risk türleri; idarenin tazminat ödemesi gereken durumlar (*compensation events*), yüklenicinin cezalandırılmayacağı, ancak ona bir ödeme de yapılmayacak haller (*relief events*) ve iki tarafın da sorumlu olmayacağı mücbir sebep (*force majeure*) halleri olmak üzere üç türlü olabilir¹⁴⁵.

Esasen burada sayılan bir kısım risk türleri, kamu hizmetlerinin görülüş usullerinde de yer almakla birlikte, KÖİ'de bunların daha tanımlı ve görünür hale

¹⁴⁰ Yescombe, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁴¹ World Bank Institute, **a.g.e.**, s. 154.

¹⁴² Yescombe, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁴³ Cartlidge, **a.g.e.**, s. 178-179; Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 39.

¹⁴⁴ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 39; Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 179-180.

¹⁴⁵ Yescombe, **a.g.e.**, s. 245.

geldiği ve hem idare hem de yüklenici bakımından taraflar arasındaki risk paylaşımının unsurları arasında hesaba katıldığı göze çarpmaktadır. Bu durum, KÖİ’de finansman unsurunun ağırlığının daha fazla hissedilmesi ve kullanılan terminolojiye de yansıdığı üzere taraflar arasındaki sözleşmelerde kurulan dengenin finansal bir risk değerlendirmesi ve paylaşımına dayanmasının sonucu olarak görülebilir¹⁴⁶.

Nitekim kamu hizmetlerinin klasik görülüş usullerinde risk paylaşımı yerine hasar kavramı kullanılmakta ve kullanılan yöntemler hasarın kime ait olduğuna göre birbirinden ayrılmaktadır. Bu nedenle KÖİ ile imtiyaz uygulamasının risk paylaşımı açısından farklılık arz ettiği ifade edilmektedir¹⁴⁷. Zira KÖİ’nin temel özelliği olan risk paylaşımı olgusu yerine imtiyaz sözleşmelerinde tüm hasar ve riskin özel hukuk kişisi üzerinde kaldığı kabul edilmekte, idare ancak öngörülemezlik ilkesine dayalı olarak ortaya çıkacak riskleri üstlenme durumunda kalabilmektedir¹⁴⁸. İltizam sözleşmelerinde de özel hukuk kişinin hizmeti kâr ve zararını üstlenerek yürüteceği belirtilmektedir¹⁴⁹. Esasen örneğin müşterek emanet usulünde riskin idarenin üzerinde kalması idari sözleşmelerde de risk paylaşımında farklı yöntemlerin mümkün olabileceğini göstermektedir¹⁵⁰. Bu noktada müşterek emanet ile imtiyazın hasarın kimin üzerinde olduğuna göre ayrıştığı dikkate alındığında¹⁵¹ KÖİ’nin riskin paylaşımı prensibinin bu ikisinin arasında yer aldığı söylenebilir. Zira KÖİ’de yüklenici işletmeye dair riskleri üstlenmekle birlikte, özellikle minimum talep garantisi gibi mekanizmalarla bu risk idare tarafından da paylaşılabilir¹⁵².

İmtiyaz sözleşmesinde yükleniciye tanınan haklar imtiyazın konusunu teşkil eden ücret toplama, bir kamu malını işletme ve kullanma ile tekel olarak o hizmeti

¹⁴⁶ Cliff Hardcastle, Kate Boothroyd, “Risks overview in public private partnerships”, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck and Cliff Hardcastle, **Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities**, Blackwell, 2003, s. 37,42.

¹⁴⁷ OECD, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁴⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 348; Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 514.

¹⁴⁹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 690.

¹⁵⁰ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 246.

¹⁵¹ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, s. 45; Özay, “**Ortak Yararlı İşletme.**”, s. 65-67.

¹⁵² Sandro Cabral, Antonio Francisco Silva Jr., “An Approach for Evaluating the Risk Management Role of Governments in Public-Private Partnerships for Megaevent Stadiums”, **European Sport Management Quarterly**, Vol. 13, Issue: 4, 2013, s. 479.

işletme gibi unsurları içermektedir¹⁵³. Bunun karşılığında yüklenici hizmeti tüm sorumluluğunu alarak yürütmektedir. KÖİ’de ise bu gibi unsurlar idare tarafından verilen hak ve yetkilerden ziyade idarenin işbirliğine sağladığı katkılar olarak görülmekte, yüklenicinin de bunların karşılığında inşa riski, işletme riski gibi riskleri üstlendiği savunulmaktadır.

Ancak KÖİ’de yükleniciye devredildiği söylenen risklerin gerçek anlamda devredilip devredilmediği tartışma konusu olabilir. Zira her ne kadar risk paylaşımı KÖİ’nin temel bir unsuru olsa da toplum için temel bir hizmetin aksaması siyasi olarak da hükümetlerin istemeyeceği bir durumdur¹⁵⁴. Gerçekten, bir hizmetin işletilmesinde ortaya çıkan aksaklıklar, yüklenicinin kusurundan kaynaklansa bile idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Ancak imtiyaz sözleşmesinde hizmetin işletilmesinden kaynaklanan sorumluluk da devredilmekte ve yükleniciye ait olmaktadır. Bu açıdan yapılan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olması, idare tarafından taşınan sorumluluk bakımından imtiyaz sözleşmesine nazaran daha ağır bir mükellefiyet doğurmaktadır.

Ayrıca risk paylaşımında kurulması gereken dengenin bozulması KÖİ ile ulaşılması hedeflenen maliyet etkinliğinin sağlanamamasına sebep olacaktır. Nitekim *Emek*, KÖİ’de alım garantileri ile talep riskinin özel şirkete yüklenmediği durumlarda idare tarafından yapılan sabit ödeme karşılığında hizmet alımı şeklinde işleyen modellerin kamu alımına benzediğini belirtmektedir¹⁵⁵.

KÖİ modelleri birçok çalışmada risk paylaşımına göre tasnif edilmekte ve riskin tamamının idareye ait olduğu klasik kamu ihalelerinden tamamen özel sektöre ait olduğu ve esasında birer özelleştirme türü olan modellere doğru değişen bir yelpaze içinde gruplanmaktadır¹⁵⁶. Bu silsile içinde modellere ismini veren unsurların özel hukuk kişisine devredilen risklerden oluştuğu da söylenebilir.

Klasik ihale yönteminde altyapı kullanılmadan idare tarafından ödemeler yapılmakta, ancak KÖİ’de idare kullanmaya başlamadan ödeme yapılmadığından

¹⁵³ J. Luis Guasch, **Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right**, World Bank, Washington, D.C, 2004, s. 26.

¹⁵⁴ Monteiro, “**Risk Management**”, s. 275.

¹⁵⁵ Uğur Emek, Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye”, **Rekabet Dergisi**, C. 9, S. 1, 2009, s. 49-50.

¹⁵⁶ E. S. Savas, **Privatization and Public Private Partnerships**, Chatham House Publishers, London, 2000, s. 241; Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 3-4; Cartlidge, **a.g.e.**, s. 7.

altyapının zamanında tamamlanma riski yüklenici üzerinde kalmaktadır. Çünkü idare ancak altyapı tamamlanıp hizmet sunulmaya başladıktan sonra ödemeye başlamakla yükümlüdür¹⁵⁷. Bu şekilde KÖİ modellerinde işin tamamlanmasındaki gecikmelerin azaltılması amaçlanmaktadır.

Diğer yandan, finansman riski özel sektöre devredilemiyorsa bu tür KÖİ modelleri DBO (Tasarla, Yap, İşlet) olarak adlandırılmakta ve esasen birden fazla kamu ihalesinin birleştirilmesinden ibaret bir mahiyet kazanmaktadır¹⁵⁸.

d) Finansman

KÖİ kavramının ortaya çıkmasındaki en önemli gerekçelerden biri kamunun altyapı finansmanı ihtiyacı olduğundan, KÖİ modellerinde özel hukuk kişisi bir altyapı tesisinin inşası ve işletmesini üstlendiğinde bu işin finansmanı da kendisi tarafından karşılanmaktadır.

KÖİ modellerinde finansmanın temel bir unsur olması ve hatta bu modellerin ortaya çıkış sebepleri arasında en önemli yere sahip olması, KÖİ'nin bir finansman modeli olarak adlandırılmasına ve bu açıdan incelenmesine sebep olabilmektedir. Nitekim, ülkemizdeki KÖİ modellerinin ilki olan YİD modeline dair 3996 sayılı Kanun'da YİD, bir finansman modeli olarak adlandırılmış ve "*finansman unsurunun yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*" olarak tarif edilmiştir.

Ancak, her ne kadar finansman çok önemli bir unsuru oluştursa da KÖİ'nin yalnızca finansman modeli olarak adlandırılmasının yeterli olmadığı da belirtilmektedir¹⁵⁹. Zira altyapı hizmetlerine özel sektör katılımı kapsamındaki modelleri içeren bir kavram olarak KÖİ'de özel sektör katılımının tek boyutunu finansman temini oluşturmamaktadır. Ayrıca devlet tarafından projede finansman garantisi sağlanması halinde olduğu gibi KÖİ'de finansman riskinin her zaman bütünüyle yüklenici tarafından üstlenilmediği de görülmektedir. Nitekim ülkemizde

¹⁵⁷ David Corner, "The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk", **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 49.

¹⁵⁸ Yescombe, **a.g.e.**, s. 311-12.

¹⁵⁹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 6.

de KÖİ modellerine belirli koşullarla Hazine Müsteşarlığı tarafından finansman garantileri sağlanmış ve bu durum özel sektörün KÖİ projelerinde finansman riskini de idare ile paylaşması sonucunu doğurmuştur¹⁶⁰.

Diğer yandan, YİD modelinde yatırım maliyetinin karşılandığı süreden daha uzun sözleşme süresi verilerek idarenin yükleniciden işletme ücreti elde etmesinin de söz konusu olabilmesi, bu modelde de finansman sağlanmasının tek amaç olmadığını göstermektedir. Bu tür uygulamalarda yatırımcının yatırımın geri dönüşünü sağladığı süreden sonra da işletme hakkını elinde bulundurarak hizmet sunmaya devam etmesi, yatırım finansmanı ile birlikte, hizmet sunumunun da yüklenici tarafından yürütülmesinin tercih edildiğini göstermektedir.

KÖİ’de finansman kaynaklarını temelde proje şirketinin (*Special Purpose Vehicle/SPV*) öz sermayesi ile bankalardan ve diğer finans kuruluşlarından alınan krediler oluşturmaktadır¹⁶¹. Öz sermaye genellikle proje şirketi ortağı olan inşaat şirketleri, bankalar ve proje konusuna göre diğer tür şirketlerden oluşan öz sermaye yatırımcıları (*equity investors*) ile proje ortaklarından sağlanmaktadır. Öz sermaye oranının projelerde genellikle %20-%30 aralığında olması gerekmektedir. Bunun dışında projelerin en önemli finansman kaynağını bankalardan alınan krediler oluşturmaktadır¹⁶². Bu amaçla proje finansmanı ile ilgili olarak proje şirketi ile finansör/kreditör kuruluş arasında da bir sözleşme imzalanmaktadır.

6428 sayılı Kanununun 6. maddesinde de yüklenicinin, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlü olduğu ve yapım işlerinde yüklenicinin tahsis edeceği öz kaynak oranının sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının en az yüzde yirmisi düzeyinde olacağı belirtilmiştir.

YİD modelinin uygulama usul ve esaslarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının 21. maddesinde ise proje finansmanının içeriğine dair unsurların sözleşme ile belirleneceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda görevli şirketin finansmanının tamamını sağlamakla yükümlü olduğu toplam yatırım tutarı ve varsa uygulanacak eskalasyonlar ile bunlara uygulanacak formüller, köprü kredi kullanılacaksa bunun kullanılacağı

¹⁶⁰ Bkz. “Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Türkiye’deki Uygulamaları”, s. 58-60.

¹⁶¹ Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructures**, s. 34-35; Cartledge, **a.g.e.**, s. 39.

¹⁶² Cruz, Marques, **a.g.e.**, s. 59.

durumlar, ek maliyetler ve bunların nasıl karşılanacağı ile kullanılacak her tür krediye ilişkin hususlar sözleşmede yer alacaktır. Söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının 4. maddesinde tanımlandığı üzere köprü kredi, “(U)ygulama sözleşmesi çerçevesinde belirlenen koşullarda ve görevli şirket hatası dışındaki durumlarda, gerektiğinde projenin beklenmeyen finansman ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla herhangi bir dış finansman kaynağından temin edilen krediyi” ifade etmektedir.

Yap-işlet yönteminde ise mülkiyet özel hukuk kişisinde olduğundan ve idareye devredilmesi de zorunlu olmadığından, idareye ait bir yatırımının finanse edilmesinin söz konusu olmadığı ifade edilmektedir¹⁶³. Finansman unsurunun anlamı, kurulması yüksek kaynak gerektiren hizmet tesislerinin finansmanının özel kesimden sağlanması olduğundan yap-işlet yönteminin bu bakımdan geleneksel yöntemlerden bir kopuş niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁴.

e) Tesis Üzerindeki Hakkın Niteliği

KÖİ modellerinin sınıflandırılmasında tarafların sorumlulukları yanında, yapılan tesisler üzerinde idare ve yüklenicinin ne tür haklara sahip olduğu da önemli rol oynamaktadır¹⁶⁵. İnşa edilen tesisler üzerinde kamunun ya baştan itibaren veya sözleşmenin sona ermesi ile birlikte mülkiyet hakkına sahip olması KÖİ’yi özelleştirmeden ayıran unsurlardan biri olarak zikredilmektedir¹⁶⁶. Nitekim bazı yazarlar kamu mülkiyeti veya sözleşme süresi sonunda kamuya devir unsuru içermeyen modelleri KÖİ kapsamına dâhil etmemektedir¹⁶⁷. Ancak genel olarak değerlendirildiğinde yapılan tesislerin mülkiyetinin kamuda olmasının her zaman zorunlu bir unsur olmadığı söylenebilir.

Diğer taraftan, yüklenici inşa ettiği tesislerin mülkiyet hakkına sahip olabilirse de aslında bu mülkiyet hakkı da bazı kayıtlara tabidir. Zira tesis üzerindeki mülkiyet hakkı, tesisin yapıldığı taşınmazın mülkiyetinden ayrı nitelikteyse de ona bağımlı olan ve üst hakkından doğan bir yetki niteliğindedir. Bu nedenle yapı üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkından bağımsız olarak devredilemeyeceği, rehnedilemeyeceği, sınırlı

¹⁶³ Taner Ayanoglu, “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *İÜHFİM*, C. LXV, S. 1, 2007, s. 9.

¹⁶⁴ *A.e.*, s. 9.

¹⁶⁵ Cruz, Marques, *a.g.e.*, s. 4.

¹⁶⁶ *A.e.*, s. 3.

¹⁶⁷ Yescombe, *a.g.e.*, s. 3.

ayni hak ile takyit edilemeyeceği ve üst hakkı süresince devam edip, sürenin sona ermesiyle de sona ereceği belirtilmektedir¹⁶⁸. Nitekim bu gibi özellikleri sebebiyle tesisin mülkiyetinin uygulanan modelin değerlendirilmesinde önemli bir unsur olmadığı da savunulmaktadır¹⁶⁹.

Yüklenici kendi mülkiyetindeki tesisi ya bizzat veya idare ile birlikte kullanarak işletmektedir. Otoyol ve enerji gibi iktisadi altyapı hizmetlerinde tesislerin bütün olarak özel sektör tarafından işletilmesi söz konusu olabilmekte, ancak eğitim ve sağlık gibi sosyal altyapı hizmetlerinde ise idare tarafından kamu hizmeti sunumu da gerçekleştirilmektedir. Bu ikinci durumda aradaki ilişki yüklenicinin mülkiyetindeki tesisin kamu hizmeti sunmak üzere idare tarafından kiralanması olarak adlandırılmakta ve YKD modeli ismini buradan almaktadır.

Diğer taraftan tesis yapımının ardından mülkiyetin idareye devredildiği KÖİ modellerinde yüklenicinin mülkiyet yerine sadece işletme hakkına sahip olması söz konusu olabilir. Ancak kamunun sahip olduğu bir tesis üzerinde sadece işletme hakkının özel hukuk kişisine devredilmesini içeren bir uygulamanın yapım unsurunu içermemesinden dolayı dar anlamda bir KÖİ modeli olarak adlandırılmaması gerektiği söylenebilir.

f) Devir

KÖİ modelleri devretme unsurunun olup olmamasına göre de farklılaşmaktadır. Tesisin işletilmesi bütün modeller için genel bir unsur olmakla birlikte, belirli bir süre sonrasında tekrar idareye devredilmesi bütün modellerde görülen bir özellik değildir¹⁷⁰. Ancak devir unsurunu içermeyen modeller KÖİ modelleri yelpazesinde özel sektör ağırlığının en fazla olduğu ucu oluşturmaktadır¹⁷¹. Nitekim yabancı literatürde “*build-own-operate*” olarak adlandırılan yap-işlet

¹⁶⁸ Müge Erekmekçi, **Türk Özel Hukuku'nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 77.

¹⁶⁹ Delmon, **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure**, s. 21-22.

¹⁷⁰ Cartlidge, **a.g.e.**, 140, Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 56.

¹⁷¹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 12.

sözleşmelerinin devir unsuru taşımaması bu modelin bir özel sektör teşebbüsü mahiyetinde değerlendirilmesine sebep olmaktadır¹⁷².

Ayrıca devrin hangi aşamada yapıldığı bakımından modeller arasında farklılaşmalar olabilmektedir. Örneğin YİD modeli ile yap-devret-işlet modeli arasında ikincisinde inşa aşamasından hemen sonra proje konusu tesislerin mülkiyetinin idareye devredilmesi bakımından bir farklılık oluşmaktadır. Bu modelde yüklenici proje sonuna kadar inşa ettiği tesislerin sadece işletme haklarını elinde bulundurmaktadır¹⁷³.

Genel olarak, KÖİ modellerinde ilgili mevzuatta bir düzenleme yapılmamışsa sözleşme süresi sonunda tesislerin bedelsiz olarak veya sözleşmede belirlenen bir bedel karşılığında idareye devredilmesi öngörülebilir. Nitekim, KÖİ ile ilgili mevzuat incelendiğinde, YİD ve YKD modellerine dair düzenlemelerde yatırım ve hizmetlerin sözleşme süresi sonunda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçeceğinin düzenlendiği görülmektedir¹⁷⁴.

g) Ücret

Ücretin kim tarafından ödendiği KÖİ modellerinin tasnifinde en önemli unsurlardan biridir. KÖİ modelleri ödemeyi kimin yaptığına göre imtiyazî model ve özel finansman girişimi (PFI) modeli olarak iki grupta incelenmektedir¹⁷⁵. İmtiyazî modellerde yüklenici gelirini kullanıcılardan aldığı ücretlerden tahsil etmekte, PFI olarak adlandırılan modellerde ise idare tarafından yükleniciye ödeme yapılmaktadır. Ayrıca YİD gibi bazı KÖİ uygulamalarında iltizam usulünde olduğu gibi işletme aşamasında yüklenicinin elde edeceği gelirin yatırım maliyetlerini aşmasına bağlı olarak yüklenicinin idareye bir bedel ödemesi de söz konusu olabilmektedir¹⁷⁶.

Hizmetin kullanıcıları tarafından ödeme yapılması imtiyaz usulünde, bir bayındırlık işi için kullanıcılardan alınacak ücret karşılığında idareye ödeme yapılması ise iltizamda da söz konusu olabildiği halde, ücretin idare tarafından doğrudan

¹⁷² Thillai A. Rajan, Sheetal Sharad and Sidharth Sinha, "PPP in Greenfield Airport Development: A Case Study of Cochin International Airport Limited", **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Wiley-Blackwell, 2009, s. 100.

¹⁷³ UNCITRAL, **a.g.e.**, s. 5.

¹⁷⁴ 3996 sayılı Kanun, m. 9, 6428 sayılı Kanun m. 7.

¹⁷⁵ Farquharson v.d., **a.g.e.**, s. 11; Yescombe, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁷⁶ Pekgüçlü Karabulut, **a.g.e.**, s. 108-109.

ödenmesinin klasik kamu hizmeti görülüş usullerinde genellikle bulunmadığı söylenebilir. Nitekim KÖİ'deki bu farklılık YİD modeline dair kanunla birlikte ülkemizde de hayata geçmiş, idare tarafından ödeme yapılması alternatifi 3996 sayılı Kanun'da öngörülmüştür¹⁷⁷. Ancak idare tarafından yapılacak ödemenin usulü, 3996 sayılı Kanun'da 2008 yılında 5762 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, 3. maddeye eklenen (e) bendi ve ücret konusunu düzenleyen 8. maddesinde idare tarafından görevli şirkete kısmen veya tamamen bir katkı payı ödenmesi mümkün hale getirilerek düzenlenmiştir.

KÖİ'de iyi bir performans değerlendirmesi sağlandığı takdirde kullanıcı tarafından ödeme yerine idare tarafından ödemenin işletme performansını artırabileceği de savunulmaktadır¹⁷⁸. Ayrıca kullanıcılar tarafından ödeme yapılmasının, yüklenicinin yaptığı yatırımın geri dönüş süresinin ve dolayısıyla imtiyaz müddetinin çok uzamasına sebep olduğu belirtilmektedir¹⁷⁹.

Diğer taraftan, kullanıcılar tarafından ücret ödenmesi aynı zamanda yüklenici açısından bir ticari risk unsuru oluşturmaktadır¹⁸⁰. Bu durumda idarenin de ücret miktarını fiyat tarifeleri ile belirlemesi bir zorunluluktur.

Bu noktada, kullanıcı başına idare tarafından ödeme yapılması şeklinde uygulanan gölge ücret mekanizması yükleniciye ödenecek ücret için kullanılan bir ara formül niteliğindedir. Bu şekilde idareye doğrudan kullanıcılara ücret ödeme mükellefiyeti getirilmeden kullanım riskini yükleniciye devretmesi imkânı sağlanmaktadır¹⁸¹.

3465 sayılı Kanun'da öngörüldüğü gibi inşa edilen tesisler kapsamında birtakım ticari işletmelerin de yer alabilmesi¹⁸² bunlardan elde edilecek gelirlerin de yüklenicinin elde edeceği gelirlerin bir unsuru olarak değerlendirilebileceğini göstermektedir. Nitekim sağıktaki KÖİ modelinde idare tarafından ödenecek bedelin hesabında *“yatırımın maliyeti ve projenin mahiyeti, tıbbi donanım da dâhil her türlü donanım ve mefruşatın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, uluslararası*

¹⁷⁷ 3996 sayılı Kanun m.3/1-a.

¹⁷⁸ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 87.

¹⁷⁹ Erberk, **a.g.e.**, s. 10.

¹⁸⁰ Cruz, Marques, **a.g.e.**, s. 59.

¹⁸¹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 61.

¹⁸² Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 157.

sektörel içkarlılık oranları gözönünde bulundurularak hesaplanan yüklenici karı, tesisteki ihtiyari hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin yükleniciye verilip verilmeyeceği hususları(nın) dikkate alın(acağı)” düzenlenmiştir¹⁸³.

Eğitim öğretim tesisleri ve yurt binası ve tesisleri ile ilgili YKD modeline dair düzenlemelerde de kira bedeli ve kiralama süresinin tespitinde bu unsurlara yer verilmiş, ayrıca taşınmazın gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait olup olmadığı ve Hazine taşınmazının bedelsiz olarak devri veya üst hakkı tesisi sağlanıp sağlanmadığı hususlarının da dikkate alınacağı belirtilmiştir¹⁸⁴. Bununla birlikte, YKD modelinde bedel, yüklenicinin sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedel olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır¹⁸⁵.

Ayrıca YKD modelinde bedelin idarece ödenmesi, yapım aşamasının tamamlanmasına bağlanmıştır. Bu husus 6428 sayılı Kanun m.5/2’de “(Y)apım işinin tamamlanmasından önce hiçbir şekilde bedel ödemesi yapılamaz.” şeklinde belirtilmiştir.

5. Hukuki Rejim

KÖİ kapsamında Türkiye’de uygulanan modellere ilişkin yasal düzenlemelerde bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu belirlenmiştir. Bu kapsamda YİD¹⁸⁶, yap-işlet¹⁸⁷ ve YKD¹⁸⁸ sözleşmeleri Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra yapılan kanuni düzenlemelerde özel hukuk hükümlerine tabi

¹⁸³ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 8/4.

¹⁸⁴ Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 23/3-c, Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik m. 4/18, 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanunu, m. 20/9.

¹⁸⁵ 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 m. 1.

¹⁸⁶ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun m.5.

¹⁸⁷ 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 3/6.

¹⁸⁸ 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 m. 1. (Bu model kapsamında uygulanan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu ve adli yargı denetimine tabi olduğu Danıştay 13. Daire’nin, E. 2011/3899, K. 2011/5211, T. 22.11.2011 kararında da belirtilmiştir.)

kılınmıştır. Dolayısıyla KÖİ modellerinin, idare hukuku rejimine tabi olan kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesi usullerinden hukuki rejim bakımından farklılaştığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında kamu özel işbirliğini, kamu özel ortaklığı (KÖO) olarak ifade ederek, “KÖO modeli, özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir” şeklinde tanımlamış ve özel hukuk sözleşmesi ile uygulamayı da bu modelin unsurları arasında saymıştır¹⁸⁹. Ayrıca bu kararda KÖİ'nin bir üst kavram olarak YİD, yap-kirala, yap-işlet, İHD, tasarla-yap, yap-işlet-sahip ol-devret, tasarla-yap-finanse et-devret, ortaklık gibi birçok modelin birlikte ve ayrı ayrı uygulanmasına imkân verdiği belirtilmiştir¹⁹⁰.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında bu sözleşmelerin özel hukuk niteliği tespit edilirken, Anayasa'nın 47. maddesi doğrultusunda bir değerlendirme yapılarak,

“Bakanlığın ve bağlı kuruluşların ihtiyacı olan tesislerin yapımı ve mevcut tesislerin yenilenmesine ilişkin hizmetlerin KÖO modeliyle gerçekleştirileceği belirtilmek suretiyle, hangi hizmetlerin özel hukuk sözleşmesiyle gördürüleceği kuralda açıkça belirlenmiştir. Söz konusu hizmetlerin kamu gücü kullanımını gerektiren ve icrai yetkiler içeren görevlerden olmadığı da açıktır. Anayasa'nın 47. maddesinde, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama olmadığından, bu hizmetlerin KÖO modeliyle gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla Anayasa'ya aykırılık iddiasının kabul edilmemesinin temel gerekçesi kanun kapsamındaki hizmetlerin açıkça belirtilmiş olması ve bu hizmetlerin “*kamu gücü kullanımını gerektiren ve icrai yetkiler içeren görevlerden olma(ması)*”dır.

Anayasa Mahkemesi sağlık hizmetlerinde KÖİ modeline dair müstakil bir yasal düzenleme getiren 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli

¹⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2011/150, Karar Sayısı: 2013/30, Karar Günü: 14.2.2013, 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı Ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar, R. G. T. 25 Haziran 2013, S. 28688.

¹⁹⁰ Esasında burada söz konusu modellerin bir arada uygulanmasından ziyade bu modelleri oluşturan unsurların farklı şekillerde bir araya getirilmesi yoluya sayılan modellerin türetilmesinden bahsetmek daha doğru olacaktır.

ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla ilgili kararında¹⁹¹ ise bu konuda daha dikkat çekici bir değerlendirme yapmıştır. Yüksek Mahkemeye göre;

“Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yapıtırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesini konu edinen KÖİ sözleşmesinin, yüklenicinin gelirinin, hizmetten yararlananlardan alınan ücretlerden değil, idare tarafından ödenen kira bedelinden oluşması ve inşa edilen tesislerin sözleşme süresinin sonunda idareye devredilmesi yönüyle imtiyaz sözleşmelerinden farklılık taşısa da özünde idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı açıktır. Ancak 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kamu hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülebileceği hususunda kanun koyucuya geniş takdir yetkisi tanıdığından idari sözleşmelerin özelliklerini taşısa da KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

Bu kararda 6428 sayılı Kanun kapsamındaki KÖİ sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğinde olduğu tespit edilmekle beraber, özel hukuk rejimine tabi tutulmasının da Anayasa'ya aykırı olmadığı açık biçimde ifade edilmesi, sözleşmenin niteliği ile tabi olduğu hukuki rejim arasındaki ilişkide yaşanan kırılmayı net olarak ortaya koymaktadır.

Ancak KÖİ uygulamaları için özel hukuk rejiminin zorunlu bir unsur olduğu söylenemez. Nitekim Fransa'da görüldüğü gibi KÖİ sözleşmelerinin idari sözleşme niteliğinde olması da mümkündür. Bununla birlikte, KÖİ kapsamındaki modellerin özel hukuk rejimi ile uygulanmasının Türkiye'de doktrindeki bazı görüşler ve idari yargının kamu ihaleleri ve bayındırlık işleri ile ilgili yaklaşım farklılığına dayanan bir boyutu da bulunmaktadır. Nitekim *Onar*, nafia işlerini bir kamu hizmeti olarak nitelendirdiği halde, kamu hizmetinin işletilmesi mahiyetinde görmediğinden bu tür işlerin özel hukuk sözleşmesi ile de gördürülebileceğini ifade etmektedir¹⁹². *Azrak* ise Uyuşmazlık Mahkemesinin “*bir nafia işinin gördürülmesine müteallik mukavelenin... kısa müddetli olması dolayısıyla hususi hukuk manzumesine dahil olduğu*” nun

¹⁹¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015.

¹⁹² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, s. 1600

belirtildiği bir kararına¹⁹³ atıf yaparak, sözleşmenin devamlılığının bir başka deyişle uzun süreli olmasının da idari sözleşme için bir kriter olarak kullanılmış olduğuna dikkat çekmiştir¹⁹⁴. Azrak, bu doğrultuda nafıa işi taahhüt sözleşmeleri ile iltizam sözleşmelerinin idari sözleşme mahiyetinde olmayabileceği sonucunun ortaya çıktığını belirtmektedir¹⁹⁵.

Duran ise otoyol yapımı gibi bayındırlık işlerinin, dar anlamda kamu hizmeti etkinliği olarak sayılmasa bile yapılan tesislerin kamu malı niteliği dolayısıyla ‘bayındırlık imtiyazı’ olarak kamu hukuku rejimine tabi tutulması gerektiğini ifade etmektedir¹⁹⁶. Ancak bu noktada kamu malı niteliğine sahip olma konusunda idare tarafından üst hakkı devredilen taşınmaz ile bunun üzerinde yapılan tesisin mülkiyetinin birbirinden ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Yukarıda incelendiği gibi¹⁹⁷ bayındırlık imtiyazı olarak kabul edilen işlerde genel olarak yüklenici tarafından yapılan tesislerin mülkiyeti, sözleşme süresi bitip idareye devredilene kadar yüklenici özel hukuk kişisine aittir. Bu durumda kamu hukuku rejiminin gerekçesini, müteşebbis tarafından yapılan tesisin değil, tesisin üzerinde yapıldığı taşınmazın kamu malı statüsüne dayandırmak gerekmektedir. Zira burada idarenin mülkiyetindeki bir kamu malı ile ilgili sözleşme ile özel istisnai yararlanma hali söz konusu olabilecektir¹⁹⁸. Dolayısıyla altyapı hizmetlerinin konusu bakımından kamu malı ve kamu hizmeti kavramlarının her ikisiyle de açıklanabilir olan karakteri, bu hizmetlerin hukuki rejiminin belirlenmesinde de her ikisi açısından bir inceleme yapılmasını gerekli kılabilmektedir¹⁹⁹.

İdare hukukumuzda bayındırlık işlerinin hukuki rejimi meselesinin idarenin idari sözleşme ve özel hukuk sözleşmesi akdetme konusunda bir serbestiye sahip olup olmadığı meselesi ile de ilgisi bulunmaktadır. Doktrinde birçok yazar idarenin özel hukuk sözleşmesi ve idari sözleşme arasında bir tercih imkânına sahip olmadığını

¹⁹³ Uyuşmazlık Mahkemesinin 26.02.1953 tarih ve 1953/6 sayılı kararı, R.G. T. 8.4.1953, S. 8380. (Nakleden Ali Ülkü Azrak, “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, **İÜHFİM**, C. 29, S. 3, 1963, s. 538.)

¹⁹⁴ Azrak, **a.g.e.**, s. 538.

¹⁹⁵ **A.e.**

¹⁹⁶ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 157.

¹⁹⁷ Bkz. Bölüm II, “Tesis Üzerindeki Hakkın Niteliği”, s. 91.

¹⁹⁸ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, s. 219.

¹⁹⁹ **A.e.**

savunmaktadır²⁰⁰. Ancak bazı yazarlarca aksi görüşün de savunulduğu ve Danıştayın bazı kararlarında sınırlı da olsa idareye bu konuda bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir²⁰¹. Türk hukukunda ilk idare hukuku müelliflerinden olan *Onar*'ın bu konu ile ilgili tespiti ilgi çekicidir. *Onar*, idari sözleşmelerin imtiyaz, iltizam, müşterek emanet vb. türlerinden bahsettikten sonra, “*Ancak, idareye mahsus bu mukavelelerin hepsi de idari mukavele sayılmaz, hatta aynı mukavele bazen hususi bir mukavele bazen de idari mukavele mahiyetinde görünür*”²⁰² demiştir. *Onar*, bayındırlık işleri gibi kamu hizmetinin işletilmesi söz konusu olmayan sözleşmelerin idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi şeklinde yapılabileceğini ifade etmektedir²⁰³. Bu durumda sözleşmenin niteliği idarenin kamu gücüne dayanan ve medeni hukuk sınırlarını aşan üstün yetkiler kullanıp kullanmadığına göre belirlenecektir²⁰⁴. *Azrak* da idarenin kamu hizmetleri ile ilgili ve hatta “kamu hizmetleri alanında” hususi mukavele akdetmekte serbest olduğunu ifade etmiştir²⁰⁵.

Danıştayın bayındırlık işlerini özel hukuk sözleşmesi olarak kabul etmesi yaklaşımının da imtiyaz kavramının ilk uygulamalarına kadar gittiği anlaşılmaktadır. İmtiyaz sözleşmesine ilişkin olarak Danıştay tarafından verilen ilk kararda²⁰⁶ imtiyazın tanımı da yapılmıştır²⁰⁷. Buna göre;

“(Y)ardımlı veya yardımsız, menafi garantisini muhtevi veya bu garantiden ari olarak bir amme hizmetinin masrafı kendisi tarafından yapılmak ve kendisine, hizmetten müstefit olanlardan muayyen bir tarife dairesinde bir ücret istifası hak ve mezuniyeti verilmek suretiyle bir ferde veya bir şirkete uzun bir devre için gördürülmesi ve onun bu hizmetle mükellef tutulması

²⁰⁰ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 523, Günday, *a.g.e.*, s. 185; Gözler, *a.g.e.*, s. 36.

²⁰¹ “İdare amme hizmetlerinin ifasında muharrik ve saiki amme menfaati olmakla beraber bu gaye ve şartlar altında yapılan bütün mukavelatin idari kaza murakabesine tabi olması zaruri değildir. Amme hizmetinin işlemesi için salahiyyetli makamlar mesela imtiyaz mukaveleleri gibi amme hizmetlerine iştiraki tazammun eder mahiyette mütebariz bir amme mukaveleleri karakterini taşıyan mukaveleler haricinde ammenin menfaatine muvafık gördükleri şekil ve surette mukavelelerini dilerlerse hususi hukuk hükümlerine uygun ve medeni bünyede, dilerlerse amme hukuku hükümlerine tabi idari mahiyette tanzim edebilirler.” Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, E. 1941/141, K. 1941/216, T. 8.7.1941. (Nakleden: *Azrak, a.g.e.*, s. 537.).

²⁰² *Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, s. 1593.

²⁰³ *A.e.*, s.1601.

²⁰⁴ *A.e.*, s.1600-1601.

²⁰⁵ *Azrak, a.g.e.*, s. 535.

²⁰⁶ Devlet Şûrası Deavi Daireleri Umumi Heyetinin Nafia Vekaleti - İstanbul Tramvay Şirketi davasındaki 26 Şubat 1936 tarihli kararı, Nakleden: *Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, s. 1594.

²⁰⁷ Ayhan Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2002, s. 159.

esasına müstenit bulunan mukavelelere ‘amme hizmeti imtiyazı mukaveleleri’ denir.”

Danıştay tarafından yapılan bu tanımın Fransa’da ilk defa *Gaz de Bordeaux* davasında yapılan imtiyaz tanımıyla büyük ölçüde örtüştüğü, bir hizmetin sadece kurulmasını içeren bayındırlık imtiyazlarının (*ouvrage public*) bu tanıma dâhil edilmediği ifade edilmektedir²⁰⁸. Nitekim, *Duran* da bu tür işlerin Danıştay tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğini, ancak kamu hizmetlerinin kurulması aşaması ile ilgili bir sözleşme söz konusu ise bunun bayındırlık imtiyazı olarak nitelendirilmesi ve Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekli bir imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindedir²⁰⁹.

Dolayısıyla bayındırlık işleri konusunda literatür ve yargı kararlarındaki bu değerlendirmeler, altyapı hizmetlerini konu edinen KÖİ modellerinde de özel hukuk rejimine zemin hazırlamıştır denilebilir. Her ne kadar YİD sözleşmesinin imtiyaz sözleşmesi olarak değerlendirilmesi şeklindeki görüşlerini yargı organları Anayasa değişikliğine kadar istikrarlı biçimde sürdürmüşlerse de, nihayetinde yasa koyucu tarafından YİD ve benzeri modeller bayındırlık işleri için uygulanan rejime benzer şekilde özel hukuk hükümlerine tabi kılınmıştır. Bu çerçevede, *Giritli-Bilgen-Akgüner*’in de ifade ettiği üzere YİD modeli ile yapılan sözleşmelerin özel hukuka tabi tutulması sonrasında bunları imtiyaz sözleşmesi olarak isimlendirme imkânı kalmamıştır²¹⁰. Bunun neticesinde de bayındırlık işleri için kabul edilen özel hukuk rejiminin altyapı hizmetleri genel başlığı altında eğitim ve sağlık gibi sosyal altyapı sektörlerine doğru genişlemesi sonucu ortaya çıkmıştır.

KÖİ modellerinde uygulanan özel hukuk rejimi ile sunulacak altyapı hizmeti ve diğer hizmetlere dair düzenlemelerin özel hukuk sözleşmelerinde yapılması gerektiğinden bu durum sözleşme ile düzenleme (*regulation by contract*) olarak adlandırılmakta ve yeni bir düzenleme rejimi ortaya çıkarmaktadır²¹¹.

²⁰⁸ A.e.

²⁰⁹ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 156.

²¹⁰ Giritli-Bilgen-Akgüner, **a.g.e.**, s. 933.

²¹¹ Grimsey, Lewis, **Public Private Partnerships**, s. 55.

6. Genel Değerlendirme

KÖİ bu bölümde çeşitli unsurlar itibarıyla incelenmiş olmakla birlikte, bütün unsurlarının birlikte ele alınarak idare hukukumuzda bu kavramın hukuki niteliği itibarıyla yerinin genel olarak değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

Öncelikle KÖİ'nin bir proje yönetim modeli olarak kamu maliyesi, proje finansmanı, kamu yönetimi gibi alanlar bakımından taşıdığı özellikler ve içerdiği unsurlardaki farklılıklar KÖİ'nin doğrudan kamu hizmetinin sözleşme ile gördürülmesi ile aynı anlamda değerlendirilmemesi gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Zira kamu hizmetinin görülüş usullerinin konusunu bir kamu hizmetinin yürütülmesi oluştururken, KÖİ kapsamına giren modeller yapım ve işletme aşamalarıyla birlikte kamu hizmetleri için gerekli altyapının sağlanması ve bu altyapı ile ilişkili hizmetlerin sunumunu konu edinmektedir. Bazı altyapı hizmetleri kamu hizmeti kategorisi içinde değerlendirildiğinden konu itibarıyla bir çakışma söz konusu olabilir de KÖİ modelleri esasen altyapı hizmetlerinin sözleşme ile özel kişilere gördürülmesi alanında ortaya çıkmaktadır.

Altyapı hizmetinin konu edilmesi, KÖİ modellerinde yeni bir tesis yapımı veya yenilemesi ile bu tesisin işletilmesini içeren bir hizmet sunumunu zorunlu kılmaktadır. Bu durum yüklenicinin altyapı hizmetinin sunumu ile ilgili riskleri üstlenmesini ve gerekli finansmanı sağlamasını da gerektirmektedir. İdare de buna karşılık hizmetin konusu olan tesis üzerinde hizmet süresince güvence sağlayacak bir sınırlı ayni hak tanımakta, yüklenici kullanıcılardan sağlanan ücretlerle veya idare tarafından yapılan ödemeyle gelir sağlamakta, süre sonunda ise taraflar arasındaki sözleşmede belirlenen koşullarla tesis idareye devredilmektedir.

Ancak kamu hizmetlerinin görülüş usullerinde mutlaka bir tesis yapımı ve işletilmesi gerekmediğinden bu unsurların birçoğu bulunmadan da kamu hizmetinin özel kişi tarafından yürütülmesi söz konusu olabilir. Konusu altyapı hizmeti niteliğinde olan kamu hizmetlerinde de bu unsurların bir arada bulunduğu modellerin uygulanması şart değildir. Dolayısıyla idare ile yüklenici arasında kurulan ilişki biçimi, ihale süreci, risk paylaşımı, finansman gibi unsurlar KÖİ'de kamu hizmetlerinin görülüş usullerine nazaran farklılıklar gösterebilir. Zira KÖİ

modellerinde yer alan unsurlar bu modellerin ortaya çıkışındaki yaklaşım çerçevesinde şekillenmektedir.

Bununla birlikte, KÖİ modellerinin kamu hizmetlerinin görülüşünde kullanılması da mümkündür. Nitekim KÖİ modellerinin bir kısmı ülkemizde halen uygulanmakta ve yeni modellerin uygulamaya girmesi ile bu alan genişlemektedir. Bu durumun idare hukukumuz açısından ne tür meseleler ortaya çıkardığını incelemek de sonraki bölümün konusunu oluşturacaktır.

Altyapı hizmetleri ile kamu hizmetleri arasındaki ayırım esasen hukukumuz bakımından da yeni değildir. Zira idare hukukumuzda kamu hizmetinin yürütülmesi ile hizmetlerin yürütülmesi için gerekli altyapının yapılması konusunda kamu hizmeti imtiyazı ve bayındırlık imtiyazı şeklinde bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bu doğrultuda, otoyol ve yol üzerindeki tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi dar anlamda kamu hizmeti kategorisine girmediği için bunları konu alan sözleşmenin kamu hizmeti imtiyazı değil, bayındırlık imtiyazı teşkil edeceği ifade edilmiştir²¹².

Altyapı hizmetlerinin yürütülmesi, bayındırlık imtiyazı veya iltizam adıyla kamu hizmetinin işletilmesinden ayrı olarak değerlendirilip, kamu hizmeti imtiyazına nazaran daha az üzerinde durulmuş olmakla birlikte, günümüzde hizmetlerin değişen niteliği ve ölçeği, finansal boyutu ve ödeme mekanizmalarındaki gelişmeler itibarıyla bu alanın daha büyük önem kazandığı söylenebilir.

Altyapı hizmetleri, altyapının sadece bir yapım işi olmaktan çıkıp yüklenici tarafından sunulan bir hizmete dönüşmesi, ulaştırma, enerji, telekomünikasyon gibi iktisadi altyapı alanlarından okul, hastane gibi sosyal altyapı alanlarına doğru genişlemesi, daha büyük ölçekli yatırımları konu edindiğinden teknik bilgi ve finansal boyutun daha fazla önem kazanması gibi gelişmeler sebebiyle birçok modelin sözü konusu olabildiği bir alan haline gelmiştir. YİD gibi modeller ülkemizde zaten uygulanmaya başlanmışken, dünyada KÖİ uygulamalarının konu bakımından içerdiği farklılık, Türkiye’de genellikle ulaştırma ve enerji altyapı hizmetlerinde kullanılan modellerin, özellikle İngiltere’de olduğu gibi sağlık ve eğitim tesislerine ve hatta cezaevi altyapı hizmetlerine doğru yaygınlaşmasıdır.

²¹² Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 157.

KÖİ modellerine bir bütün olarak bakıldığında, idare tarafından ödeme yapılması öngörülen modellerin hizmet alımı ihalesine yaklaştığı, kullanıcı tarafından ödeme yapılmasına dayanan modellerin ise bayındırlık imtiyazı veya bazı yazarların iltizam olarak adlandırdığı usule benzediği söylenebilir. Nitekim uluslararası literatürde de KÖİ modelleri hizmet alımına yaklaşan PFI modelleri ile imtiyazî (*concessive*) modeller olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda her iki türün de kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılması mümkündür. Zira her hizmetin belirli ölçüde bir yatırım ve dolayısıyla altyapı hizmeti boyutu bulunmaktadır. KÖİ modellerinin ortak boyutunu altyapı hizmeti oluşturduğundan, altyapı hizmetinin o kamu hizmetinin yürütülmesindeki yerine göre KÖİ modellerinin uygulama alanı da farklılaşacaktır. Bu kapsamda sağlık hizmetinde altyapı hizmeti kısmı daha çok hastane hizmet binaları ve tıbbi cihaz ve donanımı ile bunların bakım ve idamesine dair hizmetleri ifade ederken, karayolu ulaştırma hizmetinde yol, köprü, tünel yapımı ve işletilmesi uygulanan modelin konusunu teşkil edecektir.

İdare tarafından ödeme yapılması halinde bu modeller idarenin hizmet alımı ihalelerine benzetilebilirse de KÖİ'deki farklılık ödemenin uzun bir vadeye yayılması ve tesisin yapımından ve işletmeye geçilmesinden sonra başlamasıdır²¹³. Ayrıca hizmet kapsamının birden fazla türü kapsamaması, yüklenicinin ticari hizmetlerden de gelir elde etmesi ve risk paylaşımındaki farklılıklar bakımından da KÖİ'nin klasik bir hizmet alımının ötesinde boyutlar içerdiğini belirtmekte yarar vardır.

KÖİ sözleşmesinin yapım ve hizmet ihalelerinin birleştirilmesinden oluşan bir karma sözleşme niteliğinde değerlendirildiği de görülmekle birlikte²¹⁴, esasen yapım işinin de bir hizmete dönüşmesi ve diğer hizmetlerle birleştirilmesi söz konusudur. Nitekim *Pekgüçlü Karabulut*, YİD sözleşmesinin, tesisin yapımı ve işletilmesi unsurlarının birbirinden bağımsız olarak art arda geldiği bir hukuki ilişkiler silsilesi değil, bir bütünlük içinde gerçekleşen ve sürekli borç ilişkisi oluşturan *sui generis* bir sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmektedir²¹⁵.

²¹³ Rui S. Monteiro, "PPPs and Fiscal Risks: Experience of Portugal", **Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks**, Ed. Gerd Schwartz, Ana Corbacho, Katja Funke, Palgrave, 2008, s. 121.

²¹⁴ Ahmet Keşli, **(Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Yapısı**, İstanbul, Group Law Yayıncılık, 2012, s. 214.

²¹⁵ Pekgüçlü Karabulut, **a.g.e.**, s. 114.

Bu açıdan Anayasa'nın 47. maddesinde ve 3996 sayılı Kanun'da kullanılan 'yatırım ve hizmet' ifadesinin YİD ve diğer KÖİ modellerindeki yapım ve işletme unsurlarının birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesinin sonucu olduğu söylenebilir. Nitekim buradaki işletme unsuru her zaman bir kamu hizmetine karşılık gelmeyebileceğinden sadece hizmet kavramı kullanılmaktadır. Ancak sözleşmenin konusu bütün olarak değerlendirildiğinde ayrı unsurlar halinde bir 'yatırım' ve 'hizmet' devri değil, ikisini bir arada içeren bir 'altyapı hizmeti'nin özel sektörden sağlanması söz konusudur.

KÖİ'de tesisin kullanımı karşılığında idare tarafından dönemsel bir ödemenin söz konusu olması, kiralamaya benzese de tesis yapımının da sözleşme kapsamında yer alması, sözleşme süresi sonunda mülkiyetin bedelsiz devrinin söz konusu olabilmesi ve konunun sadece tesisin kullanımı değil, yan hizmetleri de kapsamayı yönlerinden buradaki sözleşme türü kiralamadan farklılık arz etmektedir. Nitekim YKD modelinde yan hizmetler ve ticari hizmet alanları yükleniciye bırakılabildiğinden, bu model yap-kirala-işlet-devret şeklinde de adlandırılmaktadır²¹⁶.

Yap-işlet modeli, yapım ve işletme unsurunu birlikte içermesi sebebiyle KÖİ modeli olarak adlandırılrsa dahi bu model, özelleştirme ile KÖİ'nin arasında ve KÖİ'nin özel sektör ağırlığı en fazla olan modelleri arasında bulunmaktadır²¹⁷. Ancak işletme hakkı devrinin KÖİ modelinden ziyade bir özelleştirme yöntemi olarak değerlendirmesi gereklidir. Zira KÖİ'nin temel özelliklerinden olan yapım ve işletme unsurunun bir arada olması özelliği İHD sözleşmelerinde bulunmamakta, sadece mevcut bir tesisin işletilmesi özel hukuk kişisine devredilmektedir²¹⁸.

KÖİ modellerinin ve bunların içeriklerinin incelenmesinde en önemli problemin, bunların içeriğini oluşturan unsurların geniş tanımlara sahip olması olduğu söylenebilir. Zira KÖİ alanında da uluslararası literatürde kullanılan kriterlerin üzerinde bir mutabakat olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim AB'de de imtiyaz veya

²¹⁶ Yescombe, **a.g.e.**, s. 12.

²¹⁷ **A.e.**

²¹⁸ Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 137.

kamu ihaleleri ayırımı belirli olmakla birlikte KÖİ, bunlardan biri veya diğerine benzetilerek uygulanmakta ve ikisi arasında bir yöntem olarak algılanmaktadır²¹⁹.

Bu bağlamda, KÖİ modelleri ile kamu hizmeti görülüş usulleri ilişkisine dair tartışmanın ülkemizde de YİD modeli ve imtiyaz sözleşmeleri üzerinden yapılageldiği söylenebilir. İmtiyaz sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin özel kişilere sözleşme ile gördürülmesinin genel adı olarak değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından kanuni düzenlemelerle getirilen yeni modellerin de bu kapsama girdiğinin kabul edilmesine sebep olmuştur²²⁰. Ancak doktrinde kamu hizmetlerinin görülüşünde imtiyaz sözleşmelerinin tek yöntem olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığı savunulmuştur²²¹. Nitekim Onar da “*Amme hizmetlerinin işletme şekillerinin tayini de kanun vazının salahiyyeti dâhilindedir. Yani hizmeti ihdas hususunda serbest olan kanun vazı, onun işletme şekillerini tayinde de tam bir serbestiyeti haizdir.*” demektedir²²². Doktrinde YİD’in imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu yaygın olarak ifade edilmiş olmakla²²³ birlikte, Anayasa değişikliği ve ardından yapılan kanuni düzenlemelerle bu sözleşmelere özel hukuk sözleşmesi niteliği verilmesinin ardından YİD de imtiyaz dışında bir sözleşme türü olarak kabul edilmektedir²²⁴.

KÖİ’de özel hukuk rejimi mutlak bir unsur olmamakla birlikte, bu modellerin içerdiği unsurlar ve ülkemizdeki uygulama KÖİ modelleri için özel hukuk rejimini genel bir özellik haline getirmiştir. Nitekim bayındırlık işleri ve kamu hizmeti imtiyazı konusunda yasama organı ve idari yargının eğilimleri farklı yönlerde gelişmiş, idare bayındırlık işlerini kullanıcı tarafından finanse edilen modeller de dâhil olmak üzere özel hukuk rejimi ile uygulamayı tercih etmiştir. Nitekim YİD sözleşmeleri özel

²¹⁹ Michael Burnet, “A New EU Directive on Concessions - the Right Approach for PPP?”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 4, Issue: 4, 2008, s. 191.

²²⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/43, K. 1994/42-2, T. 9.12.1994, R.G. 24.01.1995-22181, Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, K. 28.6.1995, R.G. Tarih-Sayı : 20.03.1996-22586; “Yukarıda yazılı mevzuatın ve dava konusu sözleşmede mevcut hükümlerin incelenmesinden, 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı Devir sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu sözleşmenin, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu anlaşılmaktadır.” (10. Daire E. 1991/1, K. 1993/1752, T. 29.4.1993). “Bu durumda, 3996 sayılı Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen sivil havalimanlarının yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin olarak özel hukuk kişileri ile yapılacak olan sözleşmelerin, bu kanuna tabi kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu kuşkusuzdur.” (1. Daire K. 1996/185, E. 1996/17, T. 24.9.1996).

²²¹ Tan, “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, s. 297.

²²² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, s. 46.

²²³ Giritli, Bilgen, Akgüner, **a.g.e.**, s. 931; Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 257; Günday, **a.g.e.**, s. 355.

²²⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 706; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 492.

hukuka tabi tutulmuş ve bu süreç en nihayetinde Anayasa'nın 47. maddesinde değişik yapılmasına sebep olarak 'yatırım ve hizmetler' ifadesiyle altyapı hizmetlerinin kamu hizmetinin hukuki rejiminin dışına çıkarılabileceği belirtilmiştir.

Diğer yandan, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu'nda m. 15/1-(b) de imtiyaz sözleşmelerinin konusunun '*tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri*' olduğu belirtilmiştir²²⁵. Nitekim imtiyaz sözleşmesinde konu edinilen kamu hizmeti tekel niteliğinde veya telekomünikasyon hizmetlerinde olduğu gibi oligopol piyasalarında yürütülen bir hizmet niteliğindedir. Ancak KÖİ modellerinde esasen bir kamu tesisinin yapımı ve işletilmesi söz konusu olduğundan tekel niteliği zorunlu bir unsur değildir. Nitekim Özay, iltizamın imtiyazla arasında çok az fark olduğunun söylendiğini ve YİD modelinin idarenin taşınmazları üzerindeki inşaatlar konusunda iltizama benzediğini ifade etmektedir²²⁶. Burada inşaata vurgu yapılması iltizamın bayındırlık imtiyazı ile benzer bir anlamda kullanıldığını göstermektedir. Nitekim Özay bu iki usulün aynı nitelikte olduğunu savunmaktadır²²⁷. Türk idare hukuku literatüründe daha önceki eserlerde de iltizam kavramı taahhüt sözleşmesi anlamında bayındırlık işleri için de kullanılmıştır²²⁸.

Bu doğrultuda bir KÖİ modeli olarak ilk defa yasal çerçevesiyle ülkemizde uygulanmasına başlanılan YİD modelinin bayındırlık imtiyazı veya bazı yazarlarca iltizam olarak adlandırılan modelin yerini aldığı söylenebilir²²⁹. Nitekim 'bayındırlık işi imtiyazı' kavramı 1999 yılında mevzuattan çıkarılmıştır²³⁰. Ancak YİD'de idare tarafından ödeme alternatifinin de olması bayındırlık imtiyazından farklılaşan bir unsurdur.

²²⁵ "Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur. Bunların dışındakiler imtiyaz sayılmaz. Bu madde gereğince imtiyaz sayılan faaliyetlerle ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, diğer kanunların bu hususları düzenleyen özel hükümleri saklıdır."

²²⁶ Özay, **Günlükte Yönetim**, s. 248.

²²⁷ Özay, "**Ortak Yararlı İşletme..**", s. 57.

²²⁸ Onar, **a.g.e.**, s. 1601, Erberk, **a.g.e.**, s. 4.

²²⁹ Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 156.

²³⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 695.

KÖİ modelleri ve imtiyaz ilişkisine dair bu açıklamalar çerçevesinde YKD modeli ile uygulanan sağıktaki KÖİ uygulamasının da eksik imtiyaz²³¹ olarak nitelendirilmemesi gerektiğini düşünöyoruz. Zira YKD modelinde imtiyaz sözleşmesinin kamu hizmetinin işletilmesi unsuru yer almamakta, birbirinden ayrı şekilde ihale yolu ile de gördürölebilen sağık tesisinin kullanımı ile tesis ve ekipmanların bakım, onarımı ve benzeri diğer hizmetlerin bütünü içerilmektedir. Bu durumda, imtiyazın en önemli unsurunu yani bir kamu hizmetinin işletilmesini içermeyen bir modelin imtiyaz kavramıyla ilişki kurularak açıklanmaya çalışılması, imtiyazın idare tarafından hizmet gördürölmesinin tek yöntemi olarak değerlendirilmesi anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, imtiyazda imtiyazcuya hizmetin kullanıcılarından ücret alma hakkı tanınması söz konusu olduğundan, idare tarafından ödeme yapılması imtiyaz sözleşmelerinde söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle YKD modelinin imtiyazdan ayrılan niteliği, sadece kamu hizmetinin işletilmesinin yükleniciye bırakılmaması değil, binanın ve diğer altyapı hizmetlerinin kullanım bedelinin de kullanıcılardan değil, idareden alınmasıdır. Ayrıca imtiyaz sözleşmesinin varlığı için tekel unsurunun gerekli olduğü kabul edilirse, kamu hizmetinin işletilmesinin idareye bırakılması halinde de bir imtiyaz sözleşmesi söz konusu olmayacağı söylenebilir. Zira YKD modelinde idarenin üstlendiği kamu hizmeti tekel niteliğine sahip değildir.

²³¹ Karahanoğulları, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)”, s. 204.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN TÜRK İDARE HUKUKU BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI MESELELER

A. Sözleşme Hazırlık ve İhale Süreci

İhale usulü, idarenin yapacağı sözleşmelerin öncesinde uyması gereken usul ve şekil kurallarının önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Zira idare yapacağı her tür sözleşmede sözleşmeciyi seçme konusunda belli kurallara uymak zorunda olduğundan, özel hukuk kişileriyle aynı şekilde bir irade serbestisine sahip değildir¹. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, kamu ihalelerindeki süreci ve ihale usullerini düzenleyen temel kanunlar olmakla birlikte, birçok konunun bu kanunlardan istisna tutulduğu da görülmektedir. Nitekim ülkemizde uygulanan KÖİ modellerinde de ihale usulleri, ilgili kanunlarda veya alt düzenlemelerde yer almış, 2886 ve 4734 sayılı Kanunlara tabi kılınmamıştır.

YİD ve yap-işlet modellerinde uygulanan ihale usulleri; kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ve pazarlık usulüdür. İşletme hakkı devri yönteminde ise 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun m. 18/C-e hükmü gereğince pazarlık ve açık artırma usullerinden birisi uygulanabilmektedir. Diğer yandan, sağlıktaki KÖİ uygulamasına ilişkin düzenlemelerde kapalı teklif usulü, açık ihale usulü ismiyle, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü ise belli istekliler arasında ihale usulü şeklinde yer almıştır. Restore et-işlet-devret modelinde ise ilgili yönetmelik hükmü² ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yer alan kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usullerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Ancak, idare uygulayacağı ihale usulünü tercih ederken de keyfi hareket edemeyeceğinden, sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmayıp, şeffaflık, rekabetçilik, güvenilirlik, eşit muamele gibi ihale hukuku ilkelerini sağlayacak bir ihale usulü belirlemek zorundadır³. KÖİ modellerinde en önemli unsurlardan birini sözleşme

¹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 493.

² Yalova Termal Kaplıcalarının Gerçek Kişilere veya Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Kiralanmak veya Restore Et-İşlet-Devret Usulü ile Devredilmek Suretiyle İşletilmesine Dair Yönetmelik m.7.

³ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 495.

hazırlığı ve ihale süreçlerinin maliyet etkinliği hedefini daha yüksek düzeyde sağlayacak şekilde düzenlenmesi oluşturduğundan, KÖİ modellerinde ihale hukuku ilkelerinin korunması önemli bir önceliği oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, KÖİ modellerine dair ihale süreçlerinde uygulanan ve AB'deki ismiyle 'yarışmacı müzakere' adı verilen yöntemin, halihazırda kullanılan usuller ve ihale hukukunun ilkeleri bakımından yerinin incelenmesi gerekmektedir. Genel olarak değerlendirildiğinde YKD usulüne dair Yönetmelikte ön yeterlik aşaması ile birlikte kurgulanmış olan belli istekliler arasındaki ihale usulünün KÖİ'de uygulanan yarışmacı müzakere usulüne büyük ölçüde benzerlik arz ettiği söylenebilir. YİD'de ise 3996 sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar'da belli istekliler arasında kapalı teklif usulü yer almış olmakla birlikte, YKD modelinde olduğu kadar detaylı bir düzenleme mevcut olmayıp, sadece ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda belirlenen en az üç istekli arasında kapalı teklif usulü ile ihale yapılması yöntemi olarak tarif edilmiştir⁴.

Ayrıca YİD ve diğer modellere dair düzenlemelerde isteklilerle müzakere yürütülmesine dair herhangi bir aşama bulunmazken, YKD modelini düzenleyen Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin belli istekliler arasında ihale usulünü düzenleyen 42. maddesinin 6 ıncı fıkrasında;

“İstekliler tarafından verilen projeler idare tarafından geliştirilerek teklife esas proje belirlenir. Proje geliştirmede idare lüzum görmesi halinde isteklilerle müzakere yapabilir ve teknik komisyonlar oluşturabilir. Ayrıca isteklilerce teklif edilen ihtiyari hizmetlere ilişkin teklifler de değerlendirilerek bunların yüklenicilere gördürülüp gördürülmeyeceği veya hangilerinin gördürüleceği idare tarafından belirlenir.”

hükmüne yer verilerek isteklilerle müzakereye dair tek düzenleme bu hükümle yapılmıştır.

Esasında yarışmacı müzakere usulü, KÖİ'nin uygulama gerekçesi olan daha karmaşık yapıda ve özel bir bilgi gerektiren projelerin uygulamasında tercih edilen bir ihale yöntemidir. Nitekim, AB'de kamu mal ve hizmet alımları ile yapım işi ihalelerini

⁴ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar, m. 10, 14; Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 18.

düzenleyen 2004 /18/EC sayılı Direktifte yer alan yarışmacı müzakere usulüne dair hükümde bu husus belirtilmiştir. Buna göre, yapılacak yatırım ve sunulacak hizmetin teknik özelliklerinin idare tarafından doğrudan belirlenmesinin daha zor olduğu ve bu yüzden diğer ihale usullerinin yetersiz kaldığı işlerde bu usulün tercih edilmesi gerekmektedir⁵.

YKD modeline dair düzenlemeler bu açıdan değerlendirildiğinde ise hangi tür iş ve hizmetlerde yarışmacı müzakere usulüne başvurulabileceğine dair bir hüküm yer almadığı görülmektedir. Ancak ekonomik olarak önemli büyüklükteki bu projelerde idarenin hangi tür işlerde hangi yöntemi tercih edeceğine dair düzenleme yapılması lüzumu bulunmaktadır⁶.

Ancak, müzakere aşaması getirerek idarenin ihtiyaçlarına daha uygun yeni çözümlerin geliştirilmesini amaçlayan bu usulde, teklif sahipleri ile daha yoğun bir etkileşim olması sebebiyle, eşit muamele, şeffaflık ve tarafsızlık ilkelerinin korunması daha fazla önem arz etmektedir⁷.

İhale sürecinde müzakere aşamasına dair mevzuat dayanağı oluşturulmuş olmakla birlikte, müzakere sürecinin tarafsızlık ve eşit muamele ilkelerine uygunluğunun sağlanması bakımından ilave düzenlemeler yapılması gerekebilir. AB mevzuatında da 2004/18/EC sayılı Direktifin 29 uncu maddesinde müzakere safhasında tüm istekliler arasında eşit muamelenin sağlanmasına vurgu yapılmış, isteklilerden bir kısmına diğerlerine karşı avantaj sağlamasına sebep olacak bilgi verilmemesi ve katılımcıların özel bilgi ve çözümlerinin diğer katılımcılarla paylaşılmamasına dair hükümler konulmuştur⁸.

Diğer taraftan, yarışmacı müzakere usulünün, yukarıda incelenen⁹ KÖİ ihale usullerinde olduğu gibi müzakere usullerine dair alternatif bazı ilave mekanizmalarla daha geliştirilmesi, şeffaflık ve rekabetçilik ilkelerinin korunarak daha maliyet etkin çözümlere ulaşılabilmesi bakımından faydalı olabilir.

⁵ Christopher Bovis, “**The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships**”, s. 14.

⁶ Kutlu, **a.g.e.**, s. 55.

⁷ Martin Farley, “Directive 2004/18/EC and the Competitive Dialogue Procedure: A case study on the application of the competitive dialogue procedure to NHS LIFT.”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 2, Issue: 2, 2007, s. 67.

⁸ Christopher Bovis, “**The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships**”, s. 15.

⁹ Bkz. II. Bölüm, “Sözleşme Hazırlığı ve İhale Süreci”, s. 74.

Örneğin, yarışmacı müzakere olarak adlandırılan süreç içinde birden çok teklif çağrısı yapılması mümkün olabilirken, bahsi geçen Yönetmelikte isteklilerin teklifleri üzerinden yapılacak değerlendirmelerle oluşturulan proje önerisinin yapılacak sıralama neticesinde belirlenen isteklilere sadece fiyat teklifi için sunulacağı belirtilmiştir. Şüphesiz bu süreçlerin alacağı zaman dikkate alındığında mümkün olduğunca etkin bir süreç tasarımı yapılması yerinde olmuştur. Ancak bazı özel durumlarda proje tasarımının geliştirilebilmesi için mevzuatta ikinci bir teklif alımı sürecinin işletilebilmesine imkân sağlanması da düşünülebilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki YKD modeline dair yönetmelikte fiyatın belirlenmesi safhası iyi biçimde kurgulanmış ve iki aşamalı olarak oluşturulmuştur. İdare tarafından teklife esas proje ve belirlenmiş hizmetlerin yapılan sıralama sonucunda belirlenen isteklilere sunulup fiyat tekliflerinin alınmasından sonra açık eksiltme usulü uygulanacağı ve bu aşamada en düşük teklifi veren istekli ile nihai pazarlık yapılarak fiyatın belirleneceği düzenlenmiştir¹⁰.

YKD modeline dair Yönetmelikle oluşturulan bu sürecin YİD başta olmak üzere diğer modellere de uygulanabilmesi sağlanabilir. Zira hem projenin teknik olarak en uygun biçimde geliştirilmesi hem de en uygun fiyatın belirlenmesi bakımından bu Yönetmelikte oluşturulan süreç daha maliyet etkin bir sonuca ulaşılmasını sağlayabilecektir.

Bu kapsamda belli istekliler arasında ihale usulünün yarışmacı müzakere usulündeki bazı ilave mekanizmalarla geliştirilerek KÖİ modellerine dair genel bir usul olarak düzenlenmesi yöntemi tercih edilebileceği gibi, AB uygulamasında olduğu şekilde genel ihale mevzuatına dâhil edilmesi ve KÖİ uygulamalarında buna atıf yapılması şeklinde bir tercihte de bulunulabilir.

B. Sözleşmenin Uygulanması

Türkiye'deki KÖİ uygulamaları özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmekle birlikte bazı durumlarda sunulan hizmet kamu hizmeti niteliğinde olup özel hukuk kişinin bu hizmetin yürütülmesine katılımı da söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle sözleşmelerin uygulama aşamasında sözleşmenin konusu olan altyapı hizmetinin

¹⁰ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 42/8.

kamu hizmeti niteliğinde olması veya kamu malları rejimini ilgilendirmesi sebebiyle, sözleşmelerin tabi olduğu özel hukuk rejimi bakımından bazı uyumsuzluklar doğabileceğinden bu meselelerin çeşitli başlıklar itibarıyla incelenmesi gerekmektedir.

1. Özel Kişiye Hizmet Devri/Risk Paylaşımı

KÖİ uygulamalarında altyapı hizmetinin yürütülmesine özel hukuk kişinin katılımı taraflar arasındaki risk paylaşımının sınırı bakımından önem arz etmektedir. İdare hukuku kapsamında kamu hizmetinin yürütülmesinde yükleniciye bırakılabilecek yetki ve sorumluluklar, kamu hizmetlerinin devri meselesine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin yürütülmesinde KÖİ modellerinin uygulanması halinde nasıl bir risk paylaşımı yapılabileceği sorunu, idare hukuku alanında özel kişiye devredilebilecek hizmetlerin neler olabileceği sorusu ekseninde incelenebilir.

Tan, özel kişilere bırakılmayacak kamu hizmetlerinin genellikle anayasal kamu hizmetleri kategorisi ile sınırlandırıldığı, bir başka deyişle Anayasada devlet tarafından sunulacağı belirtilen hizmetlerin bütünüyle özel kişilere devredilmesinin mümkün olmadığını, ancak altyapı eksikliğini gidermeye dönük ve uzman personel ihtiyacının özel kişilerden karşılanmasını sağlayacak yöntemler geliştirilmesinin mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir¹¹. Nitekim 13. Daire tarafından verilen bir karar örnek gösterilerek Danıştayın yaklaşımının da bu yöne evrildiği ifade edilmektedir. *Tan*'ın aktardığı olayda¹², Sağlık Bakanlığına bağlı Gebze Fatih Devlet Hastanesine 2006-2007 yılı için radyoloji görüntüleme hizmetinin, en az iki radyoloji uzmanı, yeteri kadar röntgen teknisyeni, sekreteryaya ve temizlik elemanı çalıştırılarak karşılanması amacıyla yapılan hizmet alımına ilişkin ihale ve bu işlemin dayanağı olan Sağlık Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığının Genelgesinin iptali için dava açılmıştır. Söz konusu genelgede de “*hizmet satın alınarak kuruma kurulan tıbbi cihazların işletilmesi için gerekli olan uzman personel ve teknisyen düzeyindeki personel ile birlikte hizmet satın alınabilir.*” hükmü bulunmaktadır.

¹¹ Tan, “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi?: Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay”, s. 296.

¹² A.e., s. 293.

Danıştay 13. Dairesi bu olayda verdiği kararında *“Tıbbi tetkik ve tanı hizmetlerinin hasta ile özel sağlık kuruluşu arasında herhangi bir maddi ilişki oluşturulmaksızın bizzat hastane idaresince satın alınmasının ve yine aynı hastane bünyesinde konuşlandırılan merkezlerde zaman ve kaynak israfına yol açılmaksızın idarenin denetimi ve gözetimi altında sunulmasının, hizmet bedellerinin döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılandığı da gözönüne alındığında, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu”*nu belirterek, genelgenin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. İhale işleminin de hastanenin ihtiyacından kaynaklanması ve maliyet açısından daha uygun olması nedeniyle kamu yararına aykırılık teşkil etmediği belirtilerek işlemin hukuka aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Danıştayın bu yorumu sağlık hizmetleri sınıfına dair 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda yapılan değişikliğe dair Anayasa Mahkemesi kararıyla daha da genişlemiştir. Kanun’un 36. maddesinin ‘Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı’ başlıklı kısmına eklenen fıkra ile, *“Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.”* hükmü getirilmiş ve sağlık ve yardımcı sağlık personeli tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda öngörülen istihdam şekillerinden farklı olarak, gerektiğinde hizmet satın alma yolu ile de gördürülebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme karşı Danıştay 5. Dairesi tarafından yapılan Anayasa’ya aykırılık itirazı ise Anayasa Mahkemesi tarafından;

“Anayasa’nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla, sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47.maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır.”

gereğesiyle reddedilmiştir¹³. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kararda hizmetin ‘genel idare esaslarına’ göre yürütülmesi gereken kısmına dair bir belirleme yapmamıştır.

Ülkemizde sağlık hizmetlerinde KÖİ uygulamasına dair 6428 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikte ise sağlık hizmetleri, hizmet ve ticari hizmetler şeklinde üçlü bir

¹³ Anayasa Mahkemesi, E.2004/114, K.2007/85, T. 22.11.2007, R.G.T. 24.12.2007, S. 26736.

ayrım yapıldığı görülmektedir. Burada “hizmet” ayrı bir terim olarak “*Tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetler ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetleri*” ifade etmekte olup mecburi ve ihtiyari hizmetler şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Mecburi hizmetler “*Tesisinin ve ekipmanlarının kullanıma hazır tutulmasına yönelik olup bina ve arazi hizmetleri, yer ve bahçe bakım hizmetleri, olağanüstü bakım onarım hizmetleri gibi idare tarafından ihale dokümanında belirlenen, yüklenici tarafından yerine getirilmesi mecburi olan hizmetleri*” ifade etmektedir. İhtiyari hizmetler ise “*hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek olan, yükleniciye verilip verilmeyeceği idarenin takdirinde bulunan ve ihale dokümanında belirlenen temizlik, güvenlik, otopark, laboratuvar, görüntüleme ve benzeri destek hizmetleri*” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu hizmetler arasında mecburi ve ihtiyari şeklinde bir ayrım yapılması, sözleşmede yükleniciye verilip verilmemesi konusunda idareye tanınan takdir yetkisi ile ilgili olmakla birlikte, mevzuatta tanımlanan “hizmet” kavramının nitelik itibarıyla sağlık hizmetini tamamlayan ve yüklenici eliyle de gördürülebilecek olan destek hizmetlerini ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Ticari hizmetler ise sağlık hizmetine eklenebilen ancak özü itibarıyla ticari nitelikli olan konaklama, dinlenme vb. hizmetlerdir. Bunlar da mecburi ve ihtiyari olarak ikiye ayrılmıştır. Mecburi ticari hizmetlerin kapsamı “*İdare ve yüklenici tarafından piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenen ücret karşılığında, yerleşkede bulunan ve hizmetten yararlananların ihtiyaçlarını karşıladıkları tesisin mahiyetine göre yapılması idarece zorunlu tutulan ve ihale dokümanında belirlenen hizmet alanlarını*” ifade ederken, “*Mecburi ticari hizmet alanlarından başka idarenin ihale dokümanı ile belirleyeceği esaslara göre yerleşkede yapılacak her türlü hizmet alanı*” ise ihtiyari ticari hizmet alanlarını oluşturmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin ayrı bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, diğer kavramların tanımları dışında kalan ve sağlık kamu hizmetinin özünü oluşturan hizmetlerin sağlık hizmeti kapsamını ifade ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim sözleşmede diğer hizmetlerle ilgili sorunlar da sağlık hizmetlerine etkisi bakımından değerlendirilmekte ve mecburi veya ihtiyari hizmet tanımına giren konularda ortaya

çıkabilecek aksaklıklar sağlık hizmetlerini etkileyecek boyuta ulaştığında ‘hizmetin sürdürülemezliği’ söz konusu olmaktadır.

Bu durumda doğrudan sağlık hizmetine ilişkin olarak özel sektörle bir risk paylaşımı yapılmadığından, bir başka deyişle bu konuda yükleniciye bir sorumluluk verilmediğinden kamu hizmeti niteliğinin gerektirdiği bir yetki devri de söz konusu olmayacaktır. Bu düzenlemeler ile sağlık hizmeti alanının daraltıldığı ve kamusal usullerle yürütülen hizmetler idarede kalırken, tesis ve ekipmanların kullanımından laboratuvar ve görüntüleme hizmetlerine kadar ilgili destek hizmetlerinin altyapı hizmeti niteliğinde değerlendirilerek ticari hizmetlerle birlikte özel sektöre verilebildiği görülmektedir.

Ancak bu belirlemenin kanuna dayandığı dikkate alındığında, KÖİ ile özel sektöre devredilebilecek hizmetlerin belirlenmesinde ilgili modele dair kanunda belirlenen sınırın dikkate alınacağı, ancak özel sektöre devredilemeyecek hizmetler konusunda anayasal sınırların geçerli olacağı söylenebilir.

Nitekim sağlık hizmetlerinde devredilebilecek hizmetlerin neler olduğu meselesi, 6428 sayılı Kanunla ilgili iptal davasında da Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş ve Kanun’da yer alan “*tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında*” ifadesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği ve Anayasanın 56. maddesine aykırılığı iddia edilmiştir. Yüksek Mahkeme verdiği kararda¹⁴

“Dava konusu kurallarda yer alan "belli hizmetler" in kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün sorumluluğuna bırakılmakta, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edilmektedir. Dava konusu kurallarda yer alan "belli hizmetler" in, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Söz konusu hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılması gerekli değildir. Dolayısıyla kuralda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı gibi belirsizliğe yol açan herhangi bir durum da söz konusu değildir.”

¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015, S. 29327.

Bu kararda Anayasa Mahkemesinin de sağlık hizmeti bakımından Kanunda yapılan ayırım çerçevesinde bir değerlendirme yaptığı görölmektedir. Buna göre tesislerin kullanımı ile birlikte idare tarafından ödenecek bedelin karşılığını oluşturan ‘belli hizmetler’in, tıbbi hizmetlerin dışında kalması dolayısıyla kapsamının idare tarafından belirlenebileceğine karar vermiştir. Sağlık hizmetlerinde “hizmetin özünü oluşturan” tıbbi hizmetlerin ise bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gerektiğı belirtilmiştir.

Esasında, 6428 sayılı Kanunda bedel tanımı içindeki ‘belli hizmetler’in içeriğı, hizmet bedeli tanımı ile karşılaştırınca biraz daha açıklık kazanmaktadır. Buna göre idarenin ödediğı bedel “*Yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedellerin toplamı*” olarak tanımlanırken, hizmet bedeli “*tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen ve beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedel*” olarak tanımlanmıştır.

Her iki tanım karşılaştırıldığında ‘belli hizmetler’ ifadesinin karşılığının hizmet bedeli tanımında yer alan unsurlardan oluştuğı anlaşılmaktadır. Ancak buradaki hizmetler sınırlı biçimde ifade edilmemiş, sağlık hizmetleriyle ilgili hizmet alımı konusu yapılabilen diğer tüm hizmetleri kapsayabileceğı belirtilmiştir.

KÖİ kapsamında özel kişiye devredilebilecek hizmetlerin ucu açık bir şekilde belirtilmesi, ‘hizmetin özünü oluşturan’ kısmın oldukça daralması sonucunu doğurmaktadır. Bu kapsamda örneğin 657 sayılı Kanununun 36. maddesinde yapılan değişlikle sağlık hizmetleri personeli tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin hizmet alımı yoluyla karşılanabilmesi, KÖİ kapsamındaki hizmetlere devlet memurları eliyle gördürülen tıbbi hizmetlerin de dâhil edilebilmesini mümkün hale getirmektedir. Ancak bu durum sağlık hizmetlerinde uygulanan modelin KÖİ’nin konusu olan altyapı hizmetinin ötesine geçmesi ve tamamen özel sektör eliyle yürütölen bir sağlık tesisi için idarece ücret ödenmesi gibi anlamsız bir sonuç doğmasına sebep olacağından kapsamın bu şekilde genişletilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla idarede kalacak tıbbi hizmetlerin tanımının yapılması veya yüklenicinin üstleneceği hizmetlerin altyapı hizmetleri ile sınırlı şekilde ve kapsamı daha net belirlenmesi yoluyla idare ve yüklenici arasındaki hizmet paylaşımının daha belirli hale getirilmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

Diğer yandan, sağlık hizmetlerinde hizmetin özünü oluşturan ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken boyutunun ne olduğu da ayrı bir tartışma konusudur. Sağlık hizmetleri ile ilgili olarak, Anayasa'nın 56. maddesinde devletin görevi şu şekilde belirtilmiştir:

“Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden *planlayıp* hizmet vermesini *düzenler*.”

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları *denetleyerek* yerine getirir.”

Bu çerçevede sağlık kamu hizmeti ile ilgili olarak planlama, düzenleme ve denetleme şeklinde sayılan üç fonksiyonun devletin bu hizmetlerle ilgili münhasıran kullanacağı yetkiler olduğu ve hizmetin özel kişilere devredilemeyecek boyutunu oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 6428 sayılı Kanunla ilgili kararında, Kanunun 4. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “*İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir*” hükmündeki “*veya denetletir*” ifadesinin iptaline karar vermiştir. Ancak iptal kararının gerekçesinde, denetim görevinin kategorik olarak özel hukuk kişilerine devredilemeyeceği değil, bu konuda düzenleme yapılmamış olması gerekçe gösterilmiştir. Buna göre denetimin “*maddi ve hukuki olayları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğinde*” olduğu belirtilmiş ve “*denetimi gerçekleştiren kişilerin niteliklerinin neler olduğunun ve yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmemiş olması, belirsizliğe yol açacağından*” hükmün bu kısmı hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmuştur.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin belirtilen unsurların içerilmesi halinde denetim yetkisinin de devredilebileceği belirtmesi, sağlık hizmeti için genel idare

esaslarına göre yürütülmesi gereken planlama, düzenleme ve denetim alanında bile belirli işlemlerin devrine imkân verildiğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, posta hizmetleri ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda¹⁵ da hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülen kısımları ile diğerleri arasında hukuki rejim bakımından bir ayırım yapmıştır.

“Açık ve kapalı mektuplar ile üzerinde haberleşme mahiyetinde yazı bulunan kartların kabul edilmesinin, taşınmasının ve dağıtılmasının PTT idaresinin tekeli altında bulunması nedeniyle ertelenemeyeceğinden ve başka bir kurum tarafından yerine getirilemeyeceğinden dolayı posta hizmetinin kamu hizmeti olduğu açıktır. Buna karşılık 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin yukarıda anılan hükümleri göz önüne alındığında, posta hizmetlerinin etkili, verimli ve düzenli bir şekilde sunumunu doğrudan etkileyecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme görev ve yetkisini içermeyen postaların ayırım ve dağıtım işlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmesi gereken bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir.”

Bu kararda posta hizmetleri bir kamu hizmeti olarak nitelendirilmekle birlikte *“posta hizmetlerinin etkili, verimli ve düzenli bir şekilde sunumunu doğrudan etkileyecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme görev ve yetkisi”* bu hizmetin genel idare esaslarına göre yürütmesi gereken kısmını oluştururken, postaların ayırım ve dağıtım işleri bu kapsamda değerlendirilmemiştir.

Dolayısıyla kamu hizmetlerinin yürütülmesi bağlamında altyapı boyutu ile ilgili olarak KÖİ modellerinin kullanılması halinde idare ile yüklenici arasında nasıl bir paylaşım yapılacağı veya yükleniciye hangi hizmetlerin bırakılabileceği meselesi Anayasa'nın 47. maddesi çerçevesinde önemli bir tartışma alanı oluşturmaktadır. Kamu hizmeti kategorisine giren faaliyetlerin, endüstriyel veya ticari bir kamu hizmetinde olduğu şekilde bir kamu tüzel kişisi tarafından özel hukuk usullerine göre yürütülmesi mümkün olduğu gibi, ‘genel idare esasları’na göre yürütülmesi gerekmeyen kısımları veya türlerinin bir özel hukuk kişisine özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmesi de Anayasa'nın 47. maddesindeki değişiklik sonrasında mümkün hale getirilmiştir. Bu açıdan Anayasa'nın 47. maddesi, kamu hizmetleri alanında özel hukuk sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin içindeki genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken ‘çekirdek alan’a kadar genişlemesini mümkün hale getirmektedir.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/44, K. 2011/27, T. 26.1.2011, R.G. T. 14.4.2011, S. 27905; 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 6. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında benzer bir başka Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2013/43, K. 2013/168, T. 26.12.2013, R.G. T. 7.3.2014, S. 28934.

2. Kamu Hizmeti İlkelerinin Korunması

Kamu hizmetleri konusunda yaşanan ve kamu hizmeti ilkelerinde de yansımaları görülen değişim süreci ile birlikte bu ilkelerin anlamı ve nasıl korunacağı idare hukukumuz açısından en önemli tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesinin kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerin uygulanmasını 'son derece güçleştirdiği'¹⁶ ve hatta 'olanaksız hale getirdiği'¹⁷ ifade edilmektedir.

Kamu hizmeti ilkelerinin, aslında bu hizmeti diğer faaliyetlerden ayıran özellikleri ile doğrudan ilişkili olduğu söylenebilir. Bu kapsamda hizmetin maddi niteliğinin belirlenmesinde kullanılan süreklilik ve düzenlilik unsurlarının¹⁸ kamu hizmetlerinde süreklilik ve uyarlanabilirlik ilkelerinin de temelini oluşturduğunu ifade etmek mümkündür.

Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi uygulamaları giderek yaygınlaşmakta ve çeşitlenmekle birlikte hizmetin niteliği değişmediği sürece kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerin korunması idare için bir yükümlülüktür. Nitekim Danıştay 1. Dairesinin bir kararında¹⁹;

“Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi yöntemleri için belirtilmesi gereken önemli bir nokta, hizmetlerinin yürütümü özel kişilere devredilse bile hizmetin niteliği ve ilkelerinin değişmeyeceğidir. Özellikle kamu hizmeti ilkeleri varlığını korur ve idarenin hizmetlerden sorumluluğu devam eder.”

denilerek bu hususa işaret edilmiştir.

Danıştay 13. Dairesi de TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi ile ilgili bir kararında²⁰, özelleştirme yöntemlerinde hizmetin sürdürülmesine ilişkin düzenlemeler yapılması ile kamu hizmeti niteliği arasında şu şekilde bir ilişki kurmuştur:

“Böylece Kanun koyucunun, sermayesinin tamamı Devlete ait kuruluşlar tarafından tekel niteliğinde, kamu yararı gözetilerek yapılan, üretimi kamu hizmeti saydığı ve bu nedenle bu hizmetlerin kamu gözetiminde

¹⁶ Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004, s. 72.

¹⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 361.

¹⁸ “Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir”. (Anayasa Mahkemesi, E. 2005/10, K. 2008/63, T. 21.2.2008, R.G. T. 7.11.2008, S. 27047).

¹⁹ Danıştay, 1. Daire E. 2008/744, K. 2008/834, T. 3.7.2008, DBB.

²⁰ Danıştay 13. Daire, E. 2005/8007, K. 2006/1971, T. 26.4.2006, DBB.

sürdürülmesi amacıyla bu yasa çerçevesinde mülkiyetlerinin devrine olanak tanımayarak, işletme haklarının devrine izin verdiği görülmektedir.

Bu itibarla, işletme hakkının devrinde, Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, kuruluşun, üretimini, yatırımını gözeten şartların, İdarece belirlenmesi, kuruluşun devamlılığını sağlamak yönünden bir zorunluluk ise de, mülkiyetin devri konu olduğunda, özelleştirilecek kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektörün şartları gözönüne alınarak aynı nitelikte şartlar getirilmesine engel bulunmamakla beraber, mülkiyet hakkının tasarruf imkânını bünyesinde taşıması karşısında aynı zorunluluktan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki özelleştirilen bir kuruluşun hisselerinin blok satış yerine halka arz veya çalışanlara satış suretiyle yapıldığı durumlarda bu şartların belirlenmesine de olanak bulunmadığı kuşkusuzdur.”

Bu kararda 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunda tekel niteliğindeki kamu hizmetlerinin İHD yöntemi ile özelleştirilebilmesinin amacının, mülkiyet hakkının idarede kalması sağlanarak hizmetin sürekliliğinin sağlanması olduğu ifade edilmektedir.

Benzer şekilde imtiyaz sözleşmesinde de idarenin gerektiğinde hizmeti re'sen yapma yetkisinin varlığının kabul edilmesinin, kamu hizmetlerinde süreklilik ilkesi bağlamında söz konusu kamu hizmetinin tekel niteliği taşımasının bir sonucu olduğu söylenebilir. Zira imtiyaz sözleşmesinin en önemli özelliklerinden birisi de imtiyazla verilen hizmetin tekel olarak yürütülen bir hizmet olmasıdır²¹.

KÖİ modellerinde de özel hukuk kişinin katılımıyla sunulacak hizmetin yürütülmesine dair temel bazı ilkelerin korunması gerekmektedir. Konusu kamu hizmetinin işletilmesi mahiyetinde olan altyapı hizmetleri için bu doğrudan bir yükümlülük mahiyetindeyken, kendisi bir kamu hizmeti teşkil etmese de kamu hizmetinin ifasını sağlayan yardımcı altyapı hizmetlerinin de kamu hizmetinin gerektiği şekilde yürütülmesine engel olmaması gerekmektedir.

Nitekim, sağlık sektöründe uygulanan YKD modelinde özel hukuk kişisi tarafından tıbbi hizmetler bizzat sunulmasa da onun tarafından sunulan hizmetlerin tıbbi hizmetleri aksatmaması gerektiği düzenlenmiştir. Sağlık hizmetleri ile ilgili olarak 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliğiyle ilgili hallerin neler olduğu ve bildirim usullerinin yönetmelikle

²¹ Özay, **Günüşğında Yönetim**, s. 251.

belirleneceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nde (m.57/3) bu haller şu şekilde sayılmıştır:

- 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 sunulmaması.

Görüldüğü üzere sağlıktaki KÖİ modelinde sadece destek hizmetlerinin özel sektöre devri söz konusu olduğu için, hizmetin sürdürülemezliği, bu hizmetlerin sağlık hizmetini etkileyecek boyutta aksamaması halleri üzerinden tanımlanmıştır.

Ayrıca hizmetin uyarlanabilirliğini sağlamak üzere özel kişiye yatırım yapma mükellefiyetleri yüklenebilmektedir. Her ne kadar birçok KÖİ modelinde hizmet tesisi yüklenici tarafından yapılmış olsa da taşınmazın sadece kullanım hakkı devredildiğinden ve genellikle süre sonunda tesislerin devri yükümlülüğü de bulunduğundan, hizmet sunumunun güncel ihtiyaçlara cevap verebilmesi için yükleniciye ilave yatırım yapma veya bakım ve onarım yükümlülükleri verilebilmektedir.

Bunların dışında eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri ve bunlara ilave olarak yeni gelişmekte olan şeffaflık gibi ilkelerin nasıl gözetileceği de ayrı bir tartışma

konusudur²². İmtiyaz uygulamasında imtiyaz sahibinin hizmeti şartname ve sözleşmede belirlenen hizmetten yararlanma şartlarına bağlı olarak kamu hizmeti ilkelerine uygun olarak yürütmesi bir zorunluluktur²³. Zira kamu hizmetine egemen olduğu kabul edilen ilkelerin yükümlüsü özel hukuk kişisi olduğu gibi, idarenin kamu hizmetinin esas sahibi olarak genel düzenlemeler yapma ve sahip olduğu kabul edilen üstün yetkiler dolayısıyla hizmetin yürütülmesi sırasında bazı değişiklikler talep etmesi de mümkündür²⁴.

Bir kamu hizmetinin sunumunda idare ile yüklenici arasındaki ilişkinin özel hukuka tabi tutulmasının en önemli neticesi, idarenin hizmetten yararlananların haklarının korunması için, imtiyaz sözleşmesi veya ruhsat gibi kamu hukukuna tabi yöntemlerde olduğu gibi birtakım üstün yetkiler kullanamamasıdır. Bu durumda yüklenici ile yararlanıcı arasındaki ilişki bir tüketici-hizmet sağlayıcı ilişkisi olarak değerlendirilebilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sağlayıcı, *“kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* şeklinde tarif edilmektedir. Bu tanımda kamu hizmeti sunma amacı kapsam dışında bırakılmış olmakla birlikte, hizmetin niteliği kamu hizmeti olsa da yüklenici açısından ortada bir ticari amacın söz konusu olduğu açıktır. Dolayısıyla yararlanıcının, hizmetin kamu hizmeti niteliği dolayısıyla idareye karşı talep hakkı bulunurken, yüklenicinin ticari amaçla bu hizmeti yürütmesinden dolayı da yükleniciye karşı özel hukuka ve bu kapsamda tüketici hukukuna dayanan talep haklarına sahip olduğunu kabul etmek gerekir.

Ancak kamu hizmetinin sunumunda özel hukuktaki hizmet ilişkisini aşan boyutlar bakımından idarenin sorumlu olacağını ve bu ilkeleri sağlama görevinin idare tarafından yüklenici için belirlenecek şartlarla yerine getirilmesi gerektiği söylenebilir. Bir başka deyişle eşitlik, tarafsızlık gibi ilkelere aykırılık halinde idareye karşı talep hakkı olacağı gibi idarenin de yükleniciden bu ilkelere uygun davranmasını isteme

²² Jody Freeman, “Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law”, **Administrative Law Review**, 2000, Vol. 52, Issue: 3, s. 824; Stephanie Palmer, “Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol.6, Issue: 3-4, July-October 2008, s. 586.

²³ Günday, **a.g.e.**, s. 349.

²⁴ Özay, **Günüşığında Yönetim**, s. 251.

hakkı olmalıdır. Bu amaçla idarenin denetim ve gözetim yetkilerinin, hizmetin etkin olarak işleyip işlemediğinin ötesinde, kamu hizmeti niteliğinde bir altyapı hizmeti söz konusuysa, bu hizmetin kamu hizmeti ilkelerine uygun yürütülmesini de kapsamaması gerekir.

KÖİ’de temel prensiplerden birisi üretilecek hizmet için kullanılacak tesise ve hizmetin yürütülüşüne dair sürece ilişkin teknik detayların birebir sayılması yerine hizmetten beklenen çıktı ve sonuçların esas alınması olduğundan bunların neler olduğunun belirlenmesi, hizmetten yararlananlar da dâhil olmak üzere ilgili tarafların da görüşlerinin alınmasını gerekli hale getirmiştir. İdarenin bu amaçla KÖİ uygulamalarında projeden beklenen çıktıları, değerlendirme ölçütlerini ve yürütülecek hizmetin diğer usullere göre maliyet etkinliğini sözleşme imzalanması aşamasından önce belirlemesi ve bu amaçla söz konusu hizmetten beklenen standartları oluşturması önem arz etmektedir.

İdarenin bizzat üstlendiği hizmetlerin azalmasına rağmen hizmetten yararlananların haklarının korunması ihtiyacı, temelde yine bu ihtiyaçtan kaynaklanmış olan birtakım ilkelerin farklı mekanizmalarla da olsa uygulanmasını gerektirmektedir. Bir bakıma idarenin kamu hizmetlerinin doğrudan sunumundaki rolü azalmakla birlikte kamu yararının korunmasına dönük ilke ve kuralların denetimindeki rolü genişlemektedir. Bu açıdan idare hukukunun alanı daralma değil aksine bir genişleme ile karşılaşmaktadır²⁵. Ancak değişen unsur artık bu kuralların sadece idare ile hizmet yararlanıcısı veya idare ile yüklenici ilişkisinin ötesinde; idare, hizmeti bir sözleşme ile üstlenen özel kişi ve hizmetten yararlananlar şeklinde üçlü bir ilişki yapısı içinde uygulama alanı bulmasıdır.

Bu bağlamda kamu hizmetinin işleyişi ve örgütlenişi ile ilgili hükümlerin yorumlanması ve uygulamasında idare hukuku ilke ve kurallarının adli yargı makamları tarafından ‘ödünç alınması’nın düşünülebileceği ifade edilmektedir²⁶. Ancak idare tarafından sözleşmelerde kamu hizmeti gereklerine ve uyulması gereken ilkelere dair soyut nitelikli kavram ve ilkelerden ziyade mümkün olduğunca somut

²⁵ Jody Freeman, “Extending Public Law Norms through Privatization”, **Harvard Law Review**, Vol. 116, Issue: 5, 2003, s. 1300.

²⁶ Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, s. 98.

ölçütler geliştirilmesi, bu değerlendirmenin daha belirli hale getirilmesi bakımından faydalı olacaktır.

Ayrıca yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmesiyle yürütülmesine yasa ile yetki verilmesi durumunda kamu hizmeti ilkelerinin korunmasına dair düzenlemelerin bu yasalarda yer alması gerekir. Çünkü idarenin kamu hizmetlerinden doğan sorumluluğu ortadan kalkmadığından bu sorumluluğun gereğini yerine getirmek ve sözleşmelerde bunları koruyucu hükümlere yer vermek idare açısından bir zorunluluktur. Bu nedenle, imtiyaz yönteminde kanunda çok sınırlı düzenleme yapılmasına karşı, özel hukuk sözleşmeleri ile yürütme halinde daha yoğun ve standart sözleşmelere kadar varan şekilde detaylı bir düzenleme çerçevesinin oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Zira imtiyaz uygulamalarında kamu yararı gerekçesiyle kullanılan yetkiler idarenin inisiyatifinde olduğundan, kamu yararının hangi hallerde var olduğunun belirlenmesine yönelik daha somut düzenlemelere ihtiyaç hissedilmemiştir. Ancak özel hukuk sözleşmeleri uygulamasına geçildiğinde idarenin kamu yararı temelinde kullanacağı yetkilerin de belirli hale getirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Performans gerekleri bakımından KÖİ'de hizmetin yürütülmesinde özel sektöre esneklik tanınması ve hizmetin kalite ve etkinliğinin üretilen sonuçlar üzerinden ölçülmesi yaklaşımı benimsendiğinden, kamu hizmeti ilkelerinin korunması da hizmetin, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilişkili boyutu bakımından bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Sağlıktaki KÖİ uygulamasında, uluslararası uygulamalarda olduğu gibi, yüklenicinin taahhütlerini yerine getirememesi halinde süre verilmesi, yine yerine getirilememesi halinde ise işin yüklenicinin nam-ı hesabına idare tarafından pazarlık usulü ile yaptırılarak masrafın yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilmesi öngörülmüştür²⁷. Ayrıca sözleşmede belirtilen performans puanının yakalanamaması ve sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi hali ise fesih sebebi olarak düzenlenmiştir.

²⁷ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.4/7.

İdarece verilen garantiler ise performans esaslı KÖİ sisteminin istisnalarını teşkil etmektedir. Bunlar idarenin projeyi cazip hale getirmek için sağladığı bir tür teşvik niteliğindedir. Ancak projede kamu yararının sağlanması bakımından hassas bir öneme sahip olan bu konuda proje öncesi maliyet etkinliğinin somut ölçütlerle gerekçelendirilmesi önem arz etmektedir.

İdarenin kamu hizmeti ilkelerine ve performans hedeflerine uygunluğu sağlanması için denetim mekanizmalarının da belirlenmesi gereklidir. Nitekim sağıktaki KÖİ modeline ilişkin 6428 sayılı Kanunda “*İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir.*” denilmiştir (m.4/4). Yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlerin ise sözleşmede yer alacağı belirtilmiştir (m.4/2). İlgili yönetmelikte ise tazminat ve cezai şartların sözleşme konusu işlerin tamamlanmasında gecikme, hata veya olumsuzlukların olması halinde uygulanacağı belirtilmiştir (m.57/1).

YKD modeline dair düzenlemeler genel olarak değerlendirildiğinde, kamu hizmetine hâkim olan ilkelerin korunmasına yönelik açık hükümlere yer verilmediği görülmektedir. Ayrıca buradaki denetimin kamu hizmetinin mahiyetinden kaynaklanan ilkeleri ne ölçüde kapsayacağı tamamen sözleşmede belirlenecek yükümlülüklerin kapsamına bağlı kılınmıştır. Ancak idarenin sorumluluğu bakımından özel kişi tarafından hizmetin gördürülmesi, idarenin sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak görülmediğinden idarenin fertlere karşı yükümlülükleri devam etmektedir. Kamu hizmeti gereklilikleri ve hizmetin nihai kullanıcısı olarak bireylerin hak ve menfaatlerinin korunması idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünün temelini oluşturmaktadır.

YİD modeline dair düzenlemelerde de kamu hizmeti ilkelerinin korunmasına dair hükümler yer almamakta bu konu sözleşmeye bırakılmaktadır. 3996 sayılı Kanunun Uygulama Esaslarını belirleyen Bakanlar Kurulu Kararının 18. maddesinde yatırım ve hizmetlerin genel esasları, mal ve hizmetlerin standart ve kalitesi ile performans kriterleri ve yatırım ve hizmetlerin sürekliliğinin sağlanmasına dair koşulların sözleşmede yer alacağı belirtilmektedir.

YKD modelinde hizmetin sürekliliğinin sağlanmasına dönük düzenleme yapılmış olması önemli olmakla birlikte, KÖİ modellerine dair düzenlemelerde hizmetin ifasına ilişkin aksaklıkların yanında hizmetin ifası sırasında gözetilmesi gereken ilkelerin korunmasına yönelik hükümlerin de yer alması gerekmektedir. Sözleşmelerde ise bu ilkelerin nasıl uygulanacağı daha belirli hale getirilmeli ve bu ilkelerin korunması da yüklenicinin denetimine dair hükümler kapsamında ele alınmalıdır²⁸. Ayrıca idare ile yüklenici arasındaki sözleşmede yararlananlar lehine yapılan ve onların haklarını ilgilendiren düzenlemelerin şeffaflık ilkesi çerçevesinde kamuoyuna duyurulması, bu ilkelerin korunmasını kolaylaştırabilir.

3. Yükleniciye Taşınmaz Üzerinde Tanınan Hakkın Kapsamı

KÖİ modellerinde yapım unsuru genellikle kamuya ait taşınmaz üzerinde bir tesis yapımını içerdiğinden, yüklenici özel hukuk kişisine bu taşınmaz üzerinde sözleşme süresi boyunca tesislerin yapımı ve işletilmesi amacıyla bir aynı hak tanınması söz konusu olmaktadır²⁹. Bu nedenle, KÖİ uygulamalarında yatırım konusu taşınmaz üzerinde yatırımcıya tanınan hakkın kapsamı ve sonuçlarının da inceleme konusu yapılması gerekmektedir.

KÖİ ile ilgili mevzuata genel olarak bakıldığında, yükleniciye taşınmaz üzerinde bedelsiz kullanım izni veya bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı verileceği belirtilmektedir. YKD modeline dair düzenlemelerde bu amaçla ayrı bir üst hakkı sözleşmesinin yapılacağı ve uygulama sözleşmesinin bu sözleşmenin ayrılmaz bir parçasını teşkil edeceği belirtilmiştir³⁰.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'da proje konusu taşınmazla ilgili dört farklı duruma ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bunlar, taşınmazın ilgili idarenin

²⁸ Custos, Reitz, **a.g.e.**, s. 579, 583.

²⁹ Yescombe, **a.g.e.**, s. 248-249.

³⁰ 6428 sayılı Kanun m. 1, Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği m. 4, Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik m. 4

mülkiyetinde bulunması, Hazine mülkiyetinde bulunması, kamulaştırılarak edinilmesi ve Devletin hüküm ve tasarrufundaki yerlerden olması halleridir. Bu düzenlemede 'Devletin hüküm ve tasarrufundaki yerler' ifadesinin ise ormanlar ve kıyılar gibi sahihsiz mallar anlamında kullanıldığı söylenebilir³¹. Kamulaştırılan taşınmazlar veya Devletin hüküm ve tasarrufundaki yerler için görevli şirkete bedelsiz kullanım izni verilebileceği belirtilirken, Hazine veya ilgili idare mülkiyetindeki yerler için görevli şirket lehine bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tanınması söz konusu olmaktadır. Kamulaştırma bedelinin görevli şirketten alınması söz konusu olabileceği gibi idare tarafından ödenmesi de mümkündür³².

YİD modelinde yatırım arazisi üzerinde yatırımcı lehine bir üst hakkı tesis edilmesi, yatırımcının, inşa edeceği tesisin mülkiyetine sahip olsa da taşınmazın kendisinin kamu malı statüsünde kalmasını ve üst hakkının sona ermesi halinde ise tesisin mülkiyetinin de arazinin mülkiyetine bağlı olarak kendiliğinden idareye geçmesini sağlamaktadır³³.

YKD modeline dair düzenlemede ise hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlarda ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerler üzerinde tesis yapılması amacıyla, yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşme süresi boyunca özel amaçlı şirket lehine bedelsiz olarak bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilebileceği belirtilmiştir³⁴.

Devir ve ferağ edilemezlik ilkesi doğrultusunda kamu malları üzerinde aynı hakların kurulamaması ilkesi bulunmakla birlikte, bu ilkeye kanunla istisna getirilebileceği kabul edilmektedir. Nitekim KÖİ modellerinde de görüldüğü gibi mevzuatımızda bunun çeşitli örnekleri mevcuttur³⁵.

Ancak kamu malları üzerinde bir sınırlı aynı hak kurulmuş olsa dahi bunun mahiyetinin özel hukuktaki ile aynı olmayacağı ve hakkın kullanılış şartları ve sürekliliği bakımından bazı farklı niteliklere sahip olacağı ifade edilmektedir.

³¹ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, s. 85.

³² 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar m.40.

³³ Pekgüçlü Karabulut, **a.g.e.**, s. 146.

³⁴ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.53/1.

³⁵ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, s. 127-129; Gözler, **a.g.e.**, s. 887.

Dolayısıyla idarenin, yararlanmanın tahsisle bağdaşmaz hale gelmesi, tahsise engel olması veya tahsisi tehlikeye düşürmesi halinde verdiği irtifak hakkını sona erdirebileceği belirtilmektedir³⁶.

Nitekim sağlık hizmetlerinde YKD modeline dair Yönetmelikte de üst hakkının devrine dair bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, üst hakkı tesis edilerek yükleniciye teslim edilecek taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılmayacağına ve özel amaçlı şirket lehine tesis edilen üst hakkının Maliye Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığından izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair sözleşmelere hüküm konulacağı belirtilmiştir³⁷.

Ayrıca YİD ve YKD uygulamasında üst hakkı ve kullanma izni sözleşme süresiyle sınırlandırılmıştır. Her iki modele dair mevzuatta da sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde görevli/yüklenici şirketin kullanımına bırakılan taşınmazın üzerindeki tüm yapı ve tesislerin herhangi bir tazminat veya bedel ödenmeksizin idareye intikal edeceği belirtilmiştir³⁸.

Üst hakkının bu şekilde bir sınırlamaya tabi tutulması, taşınmazın kamu malı niteliğinden kaynaklanmaktadır. *Gülan*, kamu malları üzerinde kanunla tanınmış süreli ve güvenceli özel yararlanma sağlayan aynı haklar için 'idari aynı haklar' teriminin kullanılabilirliğini ifade etmektedir³⁹. Zira bu tür aynı hakların özel hukuktaki ile aynı kapsamda olmayacağı ve kamu malları söz konusu olduğunda daha zayıflatılmış bir içeriğe sahip olacağını belirtmektedir⁴⁰.

Ancak, özel hukuk açısından konuyu inceleyenlere göre bağımsız nitelikteki üst hakkının bu şekilde uygulama sözleşmesine bağımlı hale getirilmesi ve çeşitli sınırlamalara tabi tutulması Türk Medeni Kanunu'nun üst hakkına ilişkin emredici kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir⁴¹.

³⁶ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, s. 139.

³⁷ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.53/2.

³⁸ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar, m. 40/4; Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.64/2, m.63/3.

³⁹ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, s. 142.

⁴⁰ **A.e.**

⁴¹ Osman Berat Gürzumar, **Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı-Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil**, 2. Bası, İstanbul, 2001, s. 225-226; Erekmekçi, **a.g.e.**, s. 99.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi de bir kararında; üst hakkı üzerinde, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine veya bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde üst hakkının bağımsız nitelik kazanamayacağını belirtmiş ve kamu malından ayrı olarak haczinin mümkün olmayıp, ancak üst hakkından elde edilen gelirin haciz konusu yapılabileceği sonucuna ulaşmıştır⁴². Üst hakkının bu şekilde bağımsız niteliğinin ortadan kalkması ise yüklenici şirketin sağlayacağı finansman için üst hakkının teminat işlevinden yararlanılamaması sonucunu doğurmaktadır⁴³.

Görüldüğü gibi kamu malları, tahsis niteliği devam ettiği sürece kural olarak özel kişilere devredilemez ve haczedilemez olduğundan, kamu mallarında üst hakkının teminat fonksiyonundan yararlanılması pek mümkün görünmemekte, ancak kamunun özel malları özel hukuk hükümlerine tabi olacağından, haczedilebileceği gibi, ipotekli taşınmaz satılarak paraya da çevrilebilmektedir⁴⁴. Ancak bu konuda üst hakkı sahibinin hak ve yetkilerinin ilgili mevzuat ve sözleşme çerçevesinde belirlenmesi gerekir⁴⁵.

Üst hakkının sözleşme süresi ile birlikte sona ereceği ile ilgili hükümde diğer önemli bir husus, tesislerin idareye devrinin herhangi bir bedel ödenmeden yapılacağına düzenlenmesidir. Üst hakkının sona ermesi halinde tüm yapı ve tesislerin bedelsiz olarak idareye geçmesi kuralının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 829 (743 sayılı Medeni Kanun m. 751/c) ile uyum içinde olduğu, ancak süresinden önce sona erme halinde taraflar arasında kararlaştırılmış olmasa dahi Medeni Kanun hükümleri gereğince idarenin kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine uygun bir tazminat ödemesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁶.

Medeni Kanun m. 831'de malik tarafından üst hakkının süresinden önce devrinin, üst hakkı sahibi "*bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya*

⁴² Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2012/19923, K.2012/36006, T. 03/12/2012 (Sinerji İçtihat Programı).

⁴³ Erekmekçi, **a.g.e.**, s. 99.

⁴⁴ **A.e.**, dn. 157.

⁴⁵ Melikşah Yasin, "İdari İrtifaklar", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, S. 2, s. 194.

⁴⁶ Lale Sirmen, "Sözleşme Hukukunda Yap-İşlet-Devret", **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 16.

sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa” istenebileceği belirtilmiştir. Ayrıca m. 832’de bu talep hakkının kullanılması şu şekilde düzenlenmiştir:

“Malik, üst hakkının devrini, kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemek kaydıyla isteyebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru, bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir.

Üst hakkının malike devri, bedelin ödenmesine veya güvence altına alınmış olmasına bağlıdır.”

Dolayısıyla üst hakkının süresinden önce devrinde taşınmazın bedelinin ödenmesi gerekmektedir. YİD yönteminde ise sözleşme süresinden önce tesislerin devredilmesine dair hükümler sözleşmeye bırakılmıştır⁴⁷. Sağlıktaki KÖİ modeline dair düzenlemede de benzer şekilde bu hükümlerin sözleşmede düzenleneceği belirtilmiştir⁴⁸. İmtiyaz sözleşmesindeki uygulama ise, süresinden önce sona erme halinde ağır kusuru bulunmamak şartıyla görevli şirketin zararının tazmininin idare hukuku ilkelerine göre talep edilebilmesi şeklindedir⁴⁹.

Genel olarak değerlendirildiğinde, görevli şirketin taşınmaz üzerindeki hakları ile ilgili sorunların, taşınmazın kamu malı niteliği, taşınmaz üzerinde tanınan aynı hakkın türü ve yasal düzenlemelerdeki sınırlamalar arasındaki uyumsuzluklardan kaynaklandığı söylenebilir. Nitekim *Yayla*, irtifak haklarının kamu malı niteliği ile uyuşabilmesi için süreden daha önemli olan hususun verilen hakkın niteliği ve kapsamı olduğunu ifade etmektedir⁵⁰.

Gülan da problemin kaynağının kamu malları üzerinde sınırlı aynı hak kurulup kurulamaması değil, sürekli ve/veya daha güvenceli bir yararlanma hakkının sağlanması ihtiyacından kaynaklandığını belirtmektedir⁵¹.

Gürzumar’ın da belirttiği üzere uygulanan sözleşme özel hukuka tabi olsa da uygulama sözleşmesinin devamı şartına bağlı olma unsurunun Medeni Kanundaki nitelikleri haiz bir üst hakkı ile bağdaşabilmesi mümkün gözükmemektedir⁵². Bu durumda üst hakkının teminat değerinin zayıflaması da idarenin talep ve ödeme

⁴⁷ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar m.30.

⁴⁸ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m.64/4.

⁴⁹ Günay, **a.g.e.**, s. 347.

⁵⁰ Yıldızhan Yayla, “Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi”, **İHİD**, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 360.

⁵¹ Gülan, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, s. 141

⁵² Gürzumar, **a.g.e.**, s. 226.

garantileri gibi başkaca araçlarla finansal getirileri teminat altına almasını gerektirmektedir.

Nitekim kreditorler tarafından dikkate alınıyor olsa da genellikle tüm hukuk sistemlerinde kamu hizmetleri ile ilgili taşınmazların kamulaştırılması yetkileri bulunduğundan, yüklenicinin bunlar üzerinde sahip olduğu hakların, kullanım hakkının ötesinde önemli bir farklılık doğurmadığı ifade edilmektedir⁵³.

4. İdarenin Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi

Kamu özel işbirliği sözleşmeleri için önemli hususlardan birisi de idari sözleşmelerde söz konusu olan idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin bu sözleşmelerdeki durumudur. İdari sözleşmeler için kabul edilen tek taraflı değişiklik yapma yetkisi kaynağını, idarenin kamu hizmetlerini kamusal ihtiyaçlara göre düzenleme yetkisinden almaktadır⁵⁴. Bu durum kamu hizmetinin sürekli ve düzenli olarak sağlanması ihtiyacından kaynaklanabileceği gibi kamu hizmetlerinin uyarlanabilirliği ilkesinden de kaynaklanabilir. Nitekim kamu hizmetlerindeki uyarlanabilirlik ilkesi, hizmetin içerik ve yöntemi ile araç-gereçlerinin güncel ihtiyaçlara göre geliştirilip uyarlanmasını ifade etmektedir⁵⁵. Bu açıdan tek yanlı değişiklik yapma yetkisi, idari sözleşme rejiminin en belirgin özelliği olarak değerlendirilebilir. Kamu hizmetinin belirtilen özelliklerinden kaynaklanan bu yetki, esas olarak sözleşmenin düzenleyici koşullarında idare tarafından tek yanlı değişiklik yapılabilmesi ve sözleşmenin bu değişikliklerle beraber devam etmesini ifade etmektedir. Ancak özel kişi tarafının yapılan değişiklikten mali olarak etkilenmesi durumunda, sözleşmenin mali dengesinin sağlanmasını talep etme hakkı da bulunmaktadır⁵⁶.

İdarenin idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, Fransız idare hukukunda imtiyaz sözleşmelerindeki düzenleyici hükümlerle sınırlı olarak ve yasal bir düzenlemeye dayanan bir yetki olarak uygulanmaya başladığı halde zamanla genişlemiş ve Conseil d'État'nın 2 Şubat 1983 tarihli '*Union des transports publics*'

⁵³ Delmon, *Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructure*, s. 21-22.

⁵⁴ Gözübüyük, Tan, *a.g.e.*, s. 591-592.

⁵⁵ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 237.

⁵⁶ Tekinsoy, *İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri*, s. 69-76.

kararı ile idari sözleşmelerin temel özelliklerinden biri olarak kabul edilmeye başlanmıştır⁵⁷.

Ancak idari sözleşmeler için genel bir kural olarak kabul edilen sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi şüphesiz ki sınırsız bir yetkiyi ifade etmez. Nitekim Danıştay 13. Dairesi bir kararında⁵⁸ idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin sınırlarını şu şekilde ifade etmiştir:

“Ancak idarenin, sözleşmenin doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu yararını ilgilendiren hükümleri üzerinde değiştirme yetkisine sahip olduğu kabul edilse bile bu yetkinin sözleşmenin konusunu ve edimini tamamen değiştirme, tarafa ifa etmeyi taahhüt ettiği yükümlülüklerden tamamen ayrı mahiyette birtakım yükümlülükler tahminine kadar gidemeyeceği kabul edilmektedir.

Karma nitelikte bir tasarruf olan idari sözleşmelerde “akit” karakteri daha ziyade, idare ile diğer taraf arasındaki mali yapıda olduğundan, idarenin sözleşmede değiştirme yolunda hüküm bulunmaması halinde sözleşmenin mali hükümlerini tek taraflı olarak değiştiremeyeceği açıktır.

Aksine, idarenin imtiyazlarına dayanarak yapmış olduğu değişiklikler mali denge üzerinde herhangi bir tesir oluşturduğu takdirde taraf bu dengenin iadesini ve tekrar aynı oranda kurulmasını istemek yetkisine sahiptir.”

Dolayısıyla idarenin idari sözleşmelerdeki tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, sözleşmenin konusunu tamamen değiştirme ve karşı tarafa ifa etmeyi taahhüt ettiği yükümlülüklerden tamamen ayrı mahiyette yükümlülükler yüklemeye sebep olamayacaktır. Şartnamede belirtilen işin konusunun uygulama yöntemi üzerinde değişiklikler yapılması mümkün olmakla beraber, yapılacak işin konusunun tamamen değiştirilmesi karşı taraf için sözleşmenin feshini talep etme yetkisi doğurabilecektir.

İmtiyaz sözleşmelerindeki tek taraflı değişiklik yetkisinin sınırları Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun şu kararında⁵⁹ da belirtilmiştir:

“Bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idare imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Zira bu hükümler, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine, sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin şartlardır. Ancak idarenin sahip olduğu bu yetki sözleşmenin kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendiren hükümlerine ilişkin olduğundan, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı örneğin, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı

⁵⁷ A.e., s. 70-75.

⁵⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2007/1622, K. 2008/2776, T. 27.2.2008 (Sinerji İçtihat Programı).

⁵⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2009/1533, K. 2009/1729, T. 16.9.2009 (Sinerji İçtihat Programı).

vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde idare tek yanlı değişiklik yapma yetkisine haiz değildir.”

Dolayısıyla idari sözleşmelerde sözleşmenin akdi hükümleri üzerinde tek yanlı değişiklik yetkisi bulunmamakta, ancak kamu hizmeti ve kamu yararı gerekleri ile diğer düzenleyici hükümlerde tek yanlı değişiklik yapma yetkisi kullanıldığında da bu değişiklikler sözleşmenin mali dengesini bozduğu oranda idare için tazmin yükümlülüğü doğurmaktadır.

İmtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, bu yetkinin sınırları ve denetimi ile ilgili olarak Danıştay 3. Dairesinin bir kararında⁶⁰ da şu açıklamalar yapılmıştır:

“Danıştay, gerek kanunların yorumunu yaparken, gerekse kanun boşluklarını doldurucu içtihat tesis ederken daima şu yöntem, tutum (Conception) içerisindedir; "Kişinin hukuku ile kamu hizmetlerinin gerekleri arasında bir uzlaşma sağlamak, diğer deyimle kişisel haklarla kamu hizmeti arasında bir denge kurabilmek" arzusundadır. Buna göre idari sözleşmelerin şartname kısmında tek yönlü değişiklik yapılabileceği kabul edilirken böyle bir değişikliğe idarece ancak "genel yarar", "umumun ihtiyacı" gibi düşüncelerle girişilebileceği belirtilmiştir. Diğer taraftan idarenin sözü geçen değişikliği öngörürken genel ve özel gerekli araştırmaları yapacağı, kesin ihtiyaç duyulan hallerde bu yola başvurulacağı tabiidir.”

Bu kararlarda Danıştayın idari sözleşmeleri şartname ile düzenlenen genel hükümler ve akdi hükümler şeklinde iki kısma ayırdığı ve kamu yararı sebebiyle tek taraflı değişiklik yapılmasına zaten idare tarafından tek taraflı olarak belirlenmiş olan düzenleyici hükümler için izin verdiği anlaşılmaktadır. Ancak taraflar arasında müzakere ile belirlenen akdi hükümler ise idarenin sözleşme ile bağlılığı kapsamında değerlendirilmekte ve tek taraflı olarak belirlenmeyen bu hükümlerde idare için kamu yararı gerekçesi ile de olsa tek taraflı değişiklik yetkisi tanınmamaktadır.

Genel bir ilke olarak sözleşmenin akdi hükümlerinin tek yanlı olarak değiştirilemeyeceği Fransız idare hukukunda da kabul edilmektedir. Bu kapsamda sayılan unsurlar olarak sözleşmecinin ücreti, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı ve bazı resim ve harçlardan muafiyet gibi mali hükümlerle sözleşmenin süresinin akdi nitelikte olduğu belirtilmektedir⁶¹. Sözleşmenin konusu

⁶⁰ Danıştay 3.Daire, E. 1974/243, K. 1974/270, T. 23.5.1974 (Sinerji İchtihat Programı).

⁶¹ Gözler, **a.g.e.**, s. 170.

olan hizmetin yürütülmesine ilişkin düzenleyici hükümlerde değişiklik yapabilmekle birlikte, bunların da sözleşmenin 'özüne dokunmaması', yeni bir iş yapılması veya mal teslim edilmesi gibi değişiklik sınırını aşan koşullar getirmemesi gerekmektedir⁶². Bu sayılan şartlara aykırı bir değişiklik halinde sözleşmecinin mahkemeye başvurarak sözleşmenin feshini isteme hakkı bulunmaktadır⁶³.

Bütün bu bilgiler ışığında, idarenin tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin aslında belirtilen sınırlar çerçevesinde teknik şartname ile belirlenen koşullara ilişkin kısıtlı bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu yetkinin esas önemi, idarenin talep ettiği değişikliği yapmak için karşı tarafın rızasına bağlı olmadan bunu uygulatabilmesi, yüklenici için getirilen ilave mali bir yük söz konusu ise bunun sonradan belirlenmesidir.

Sözleşmede belirlenen fiyatın akdi hükümlerden kabul edilerek bunun idarece tek taraflı olarak değiştirilemeyeceği kabul edilmekle birlikte, imtiyaz sözleşmeleri veya idarenin özel hukuk sözleşmelerinde fiyatın belirlenmesinde idareye bir düzenleme yetkisi de tanınabilmektedir. Danıştay, imtiyaz sözleşmelerinde fiyat belirleme konusunda kanunla düzenleme halinde, düzenlenen konu ile sınırlı olmak üzere sözleşmeye müdahale yetkisi tanımakta, bu sınırı aşan müdahalelere müsaade etmemektedir. Bu konuda GSM hizmetlerinde asgari fiyat belirleme yönündeki bir Telekomünikasyon Kurumu kararı dolayısıyla, idarenin fiyat belirleme yetkisi ve imtiyaz sözleşmesi ilişkisi tartışılmıştır.

Danıştay 13. Dairesi Telekomünikasyon Kurumu'na GSM hizmeti için mevzuatta ve sözleşmede verilen tarife belirleme yetkisinin sadece üst sınırı belirlemeyi kapsadığı, ancak alt sınır belirlenmesinin bu yetkiye dâhil olmadığı gerekçesiyle alt sınır belirleme yönündeki Telekomünikasyon Kurumu kararının iptaline karar vermiştir⁶⁴. Zira azami fiyat belirleme konusunda, hem 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 29 ve 30. maddeleri hem de ihtilafa konu olan imtiyaz sözleşmesi ile Kuruma yetki verilmiş, ancak asgari fiyat belirleme konusunda mevzuatta ve sözleşmede bir yetki tanımlanmamıştır.

⁶² A.e., s. 170-71.

⁶³ A.e., s. 171.

⁶⁴ Danıştay 13. Daire, E. 2008/3934, K. 2011/855, T. 1.3.2011, DBB.

Ancak bu yetkinin daha geniş olarak tanımlanması halinde idarenin özel hukuk sözleşmelerinde belirlenen fiyat da değişebilmektedir. Konu ile ilgili bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında⁶⁵ 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK'nın kamu iktisadi teşebbüslerinin yatırım ve finansman programlarının Bakanlar Kurulunca karara bağlanacağı, teşebbüslerin ürettikleri mal ve hizmetlerin fiyatının tespitine gerektiğinde Bakanlar Kurulunca müdahale edilebileceği ve ayrıca Bakanlar Kurulunca görev verilebileceği ve bu işlerden dolayı bir zarar doğacak olursa bunun Hazine tarafından karşılanacağı yönündeki düzenlemenin kamu iktisadi teşebbüslerinin yaptıkları eser sözleşmeleri için uygulanabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu düzenlemenin hâkimin takdir hakkını kaldırıcı nitelikte olmadığı, somut olayda ilgili kararnamenin uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin Medeni Kanun'un 2. maddesini de dikkate alarak hâkimin tayin edeceği belirtilmiştir.

Diğer yandan hukukumuzda Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili olarak idareye tek taraflı değişiklik yetkisi verilmemiş, sözleşme değişiklikleri tarafların anlaşması şartına bağlanmıştır⁶⁶. Kamu ihale sözleşmelerinin bu özelliğinin de sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi ile uyumlu olduğu ifade edilmektedir⁶⁷.

Ülkemizdeki KÖİ uygulamalarında 6428 sayılı Kanun m.4/9'da yer alan düzenleme⁶⁸, sözleşmenin kamu yararı ve kamu hizmeti gibi gerekçelerle

⁶⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1986/2, K. 1986/2, T. 24.11.1986 (Sinerji İçtihat Programı).

⁶⁶ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, m. 4/2.

⁶⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 171.

⁶⁸ "Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağını anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağına ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır."

değiştirilmesi yetkisi tanımamaktadır. Ayrıca sözleşme değişikliklerine ilişkin hükümlerin sözleşmede düzenleneceği belirtilmiştir.

Sağlıkla ilgili KÖİ Yönetmeliğinde ise sözleşme değişikliklerine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede sözleşme üzerinde tarafların anlaşarak yapacakları değişiklikler ve *“mücbir sebepler, olağanüstü haller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağına ilişkin anlaşılması halinde”* yapılacak bedel değişikliğinin Bakan onayı ile yapılabileceği belirtilmektedir. Ayrıca Yüksek Planlama Kurulu tarafından verilen yetkilendirme kararından sonra *“yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması halinde”* YPK tarafından yeniden yetkilendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁹.

Ancak bu maddede ifade edilen durumlar tek taraflı değişiklik yetkisi vermemekte, sadece sözleşme değişikliklerinde idare tarafında yetkinin kime ait olacağını düzenlemektedir. YİD ve diğer modellere ilişkin mevzuatta ise sözleşme değişikliklerine ilişkin bir düzenleme yapılmamış ve bu hükümler uygulama sözleşmesine bırakılmıştır.

Esasen, KÖİ’de daha fazla önem arz eden husus, hizmetin yürütülüş şekline idarenin müdahalesi yerine idare tarafından hizmetten beklenen sonuçların belirlenmesi ve yüklenicinin performansının bu göstergeler üzerinden değerlendirilmesidir. Ayrıca KÖİ’de kamu yararı amacını da içeren maliyet etkinliği ilkesi gereğince, yapılacak değişikliğin ortaya çıkaracağı maliyet ile buna ilişkin gereklilik arasında bir denge kurulması sağlanmalıdır. Bu doğrultuda KÖİ uygulamalarında sözleşme değişikliklerine, yapılacak değişikliğin ekonomik boyutunu da içerecek şekilde bir kamu yararı değerlendirmesi yapıldıktan sonra başvurulması uygun olacaktır.

Diğer yandan, müzakere sürecinin başarısına bağlı olarak KÖİ modelinde sözleşme değişikliği gerektiren hallerin daha az olması beklenebilir. Zira her ne kadar sözleşme süresi uzun olsa da sözleşme hazırlığı safhasında yüklenici ile müzakere edilerek proje tasarımı ve hizmetin yürütülmesinde teknik detayların karşılıklı olarak

⁶⁹ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 61.

belirlenebilmesi, bu şartların idarece tek taraflı olarak belirlenmesi yöntemine göre daha detaylı bir çalışmayı gerektirmektedir. Ancak zaman içinde ortaya çıkabilecek hizmete ilişkin uyarılama ihtiyacının da sözleşme içinde düzenlenmesi, bu olgunun da sözleşmenin bir unsuru olarak değerlendirilerek daha somut hale getirilmesini sağlayacaktır. Sözleşmedeki düzenlemede hizmetin güncel ihtiyaçlara uyumunun sağlanması amacıyla birtakım performans ölçütlerinin belirlenmesi düşünülebilir. Hizmetin uyarlanabilirliği de bu ölçütler üzerinden takip edilerek gerektiğinde sözleşme çerçevesinde hizmete dair bazı düzenlemelerin yapılması sağlanabilir. Bu şekilde hizmete ilişkin uyarılama ihtiyacının hizmetten yararlananlar bakımından kamu yararı ile ilişkisinin de daha açık şekilde kurulması sağlanabilecektir.

Bu çerçevede yasal ve idari düzenlemelerde de hizmete ilişkin uyarılama yükümlülüğünün ve bunun sağlanması amacıyla kullanılacak yöntemlerin sözleşmede yer almasına dönük hükümler konulabilir. Bu şekilde kamu hizmetlerindeki süreklilik ilkesinin sağlanması amacıyla sağlık hizmetlerine ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde geliştirilen ‘hizmetin sürdürülemezliği’ olgusuna benzer şekilde hizmet standartlarının güncelliğinin de korunması sağlanabilir. Ayrıca bu şekilde bir çözüm benimsenmesi taraflar arasındaki risk paylaşımı bakımından da daha uygun olacaktır. Zira kamu yararının sağlanması amacı ile yüklenicinin performansı arasında bir ilişki kurularak, belirli göstergeler üzerinden ortaya çıkan sonuçlara göre risk paylaşımının yapılması sağlanabilecektir.

5. Mevzuat Değişikliklerinin Sözleşmeye Etkisi

Türk hukukunda KÖİ uygulamalarında üzerinde durulması gereken meselelerden biri de sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek mevzuat değişikliklerinin mevcut sözleşmelere etki edip etmeyeceğidir. Nitekim bu konu uluslararası KÖİ uygulamalarında da taraflar arası risk paylaşımı kapsamında incelenmekte ve mevzuat değişikliklerinden kaynaklanabilecek riskleri hangi tarafın üstleneceği ile ilgili olarak çeşitli çözümler üretilmektedir⁷⁰.

Bu kapsamda belirlenen kurallardan biri yüklenicinin maliyetlerdeki artışı kullanıcılara yansıtıldığı durumlarda bu riski bütün olarak yüklenicinin

⁷⁰ Yescombe, a.g.e., s. 275.

üstlenmesidir. Ancak idarenin hizmetin esas faydalanıcısı olduğu ve yüklenicinin bütün riski üstlenmesinin uygun olmadığı projelerde bir risk paylaşımı sistemi geliştirilmesi gerekmektedir. Bu durumlar için mevzuatta yapılan değişikliğin proje ile ilişkisine göre bir ayırım yapılarak değişikliğin genel veya özel yahut ayrımcı olmasına göre riski üstlenen taraf farklılık arz edebilmektedir⁷¹.

İngiltere’de KÖİ uygulamasında kullanılan standart sözleşme kapsamında mevzuat değişikliklerinde kullanılan bu kategoriler ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Buna göre ayrımcı değişiklik, mevzuattaki değişiklikteki hükümlerin sadece söz konusu projeye uygulanıp benzer KÖİ projelerine uygulanmaması veya sadece söz konusu proje yüklenicisine veya KÖİ projelerinin yüklenicilerine uygulanması hallerinde söz konusu olmaktadır. Özel değişiklik; özellikle proje konusu hizmete ilişkin veya bu hizmetleri sunan şirketlere ilişkin hükümler içeren düzenlemeler, genel değişiklik ise yukarıdaki diğer iki gruba girmeyen genel düzenlemeler şeklinde tanımlanmaktadır⁷².

Bu değişiklik türlerine göre benimsenen risk paylaşımı modeli de farklılaşmaktadır. Genel değişiklikler için yüklenicinin üstlenmesine veya iki tarafın paylaşımına dayanan bir model benimsenmekte iken, ayrımcı veya özel değişikliklerden kaynaklanan risklerin idarenin sorumluluğunda olduğu kabul edilmektedir⁷³.

Mevzuat değişiklikleri uluslararası yatırımlar alanında da kamulaştırma (*expropriation*) konusu ekseninde tartışılmakta ve ayrımcı (*discriminatory*) değişiklikler dolaylı kamulaştırma (*indirect expropriation*) kavramı kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁴. Bir başka deyişle yatırımcıların yaptıkları yatırımların ve sözleşmelerin ev sahibi ülkenin projeye özel düzenlemelerinden olumsuz etkilenmesi ve bir zarar oluşması halinde bu tür zararların da kamulaştırma kavramına dahil edilmesi bu tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Bu açıdan yabancı yatırımlar

⁷¹ HM Treasury, **Standardization of PFI Contracts**, s. 100.

⁷² **A.e.**

⁷³ **A.e.**, s. 101-102.

⁷⁴ Stephen Olynyk, “A Balanced Approach to Distinguishing Between Legitimate Regulation and Indirect Expropriation in Investor-State Arbitration”, **International Trade & Business Law Review**, 2012, Vol. 15. s. 254; Caroline Henckels, “Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration”, **Journal of International Economic Law**, Vol. 15, Issue: 1, 2012, s. 225.

bakımından konu, idare hukuku ile devletler hukuku ve milletlerarası özel hukuk alanlarının kesişiminde bulunan önemli bir tartışma alanı oluşturmaktadır.

Yasal veya idari düzenleyici işlemlerin halihazırdaki sözleşmelere etkisi konusu hukukumuzda da çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Bu konuda idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasında bir ayırım yapılarak inceleme yapılabilir.

İmtiyaz sözleşmeleri ile ilgili olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bir kararında vergi mevzuatındaki değişikliğin tarifelere yansıtılmasına ilişkin işlemin iptali talebi incelenirken, öncelikle sözleşmede bu yönde bir hükmün yer alıp almadığına bakılarak, sözleşme hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır. İmtiyaz sözleşmesinin 29. maddesinde, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra mevzuatta meydana gelebilecek değişikliklerin tarafları etkileyen hükümlerinin sözleşmeye ve tarifeye yansıtılacağı öngörüldüğü tespit edilerek;

“Sözleşmenin 29. maddesinde hükme bağlandığı üzere mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin sözleşme ve tarifeye yansıtılabilmesi için, mevzuat değişikliğinin sözleşmenin imzalanmasından sonra meydana gelmesi gerekmektedir.

Bunun dışındaki hususların ise tarafların rızasına dayalı olarak imtiyaz sözleşmesi hükümlerinin değişikliğini gerektirdiği açıktır.”

denilmiş ve sözleşmenin imzalanmasından önce yürürlüğe giren değişikliğin sözleşmeye uygulanamayacağına karar verilmiştir⁷⁵. Danıştay 10. Dairesine ait bir kararda da imtiyaz sözleşmesinde mevzuatta meydana gelecek değişikliklerin artış veya azalış olarak tarifeye aynen yansıtılması gerektiği öngörüldüğü için kurumlar vergisi ve stopajda meydana gelecek değişikliğin tarifeye yansıtılması, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi niteliğinde görülmüş ve bir sözleşme değişikliği olarak değerlendirilmemiştir⁷⁶.

Dolayısıyla, mevzuat değişikliklerinin sözleşmeye etkisi konusunda idari sözleşmelerde sözleşme hükümleri çerçevesinde bir sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Sözleşme hükümlerinde yer almaması halinde bu değişikliklerin sözleşmeye yansıtılabilmesi tarafların mutabakatıyla yapacakları bir sözleşme değişikliği ile gerçekleştirilebilecektir.

⁷⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2009/1533, K. 2009/1729, T. 16.9.2009. Aynı yönde Danıştay 13.Daire, E. 2005/1766, K. 2005/5418, T. 09.11.2005. (Sinerji İçtihat Programı).

⁷⁶ Danıştay 10. Daire, E. 2001/4816, K. 2003/423, T. 5.2.2003, DBB.

Türk idare hukukunda mevzuat düzenlemelerinin özel hukuk sözleşmelerine etkisi konusu elektrik hizmetleri ile ilgili olarak, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'ndan sonra gündeme gelmiştir. 4628 sayılı Kanun kapsamında “işletme hakkı devri kapsamındaki mevcut sözleşmelerin bu Kanun hükümlerine göre düzenlenmesi” yetkisinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna verilmesinin Anayasa’ya aykırılığı, 28.2.2003 tarih ve 25034 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik’in bazı hükümlerinin iptali talebiyle birlikte ileri sürülmüştür. Söz konusu davada Danıştay 13. Dairesi; “(M)evcut sözleşmeleri ile üretim tesislerini işletme hakkını elde etmiş olan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerin Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumuna başvurarak lisans almalarının zorunlu kılınmasını (ve) mevcut sözleşmelerin rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştırmak amacıyla tadil edilmesini” ciddi bir Anayasa’ya aykırılık iddiası konusu olarak görmemiştir⁷⁷.

Bu kararda görüldüğü üzere Danıştay, kanunla yapılan düzenleme doğrultusunda idarenin taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde sektörel bir genel düzenlemeye dayanan değişikliklerin yapılabileceğini kabul etmektedir. Danıştay Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmeyerek konuyu Anayasa Mahkemesine taşımaya gerek duymamış olmakla birlikte, tahkim şartı bulunan sözleşmelerde bu tür bir ihtilafın, uluslararası hukuk alanındaki yatırım uygulamaları bakımından sektörel bir düzenleme mahiyetindeki değişiklik olarak değerlendirilip orantılılık ilkesi çerçevesinde incelenmesi ve idarenin sorumluluğuna hükmedilmesi söz konusu olabilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda yapılan benzer bir düzenlemeyle işletme hakkı devri sözleşmelerinin sona erdirilmesini Anayasaya aykırı bulmuştur. Dava konusu olan Geçici 4. madde birinci fıkrası ile kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı devri öngörülenlerden devir işlemlerini 30 Haziran 2001 tarihine kadar tamamlayamayan şirketlerin mevcut sözleşmelerinin hükümsüz kılınması düzenlenmiştir.

⁷⁷ Danıştay 13. Daire, E. 2005/5263, K. 2005/5709, T. 29.11.2005, DBB.

Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili kararında Anayasanın 48. maddesindeki sözleşme hürriyetinin “*sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içer(diği)*”ni belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bu doğrultuda;

“Dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyumsuzlukların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır. Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar.”

gerekçesiyle söz konusu hükmü Anayasanın 2. ve 48. maddelerine aykırı bularak iptal hükmü vermiştir⁷⁸. Karara konu olan ‘mevcut sözleşmeler’; işletme hakları devri öngörülen tesislerin devir işlemleri ile ilgili olarak düzenlenmiş olan 3996 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 4501 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile değişik ikinci fıkrası hükümleri uygulanmak suretiyle özel hukuk hükümlerine tabi hale getirilmiş olan sözleşmeler ile imtiyaz sözleşmesi olarak devam eden sözleşmeleri kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesi arasında Kanunla sözleşmeye müdahale edilmesi anlamında bir ayırım da yapmamıştır.

Aynı davada 4628 sayılı Kanunla getirilen, 3996 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde verilen hazine garantilerine dair “(B)u Kanun'un yayımı tarihinden önce kararlaştırılmış bulunan projeler için 2002 yılı sonu itibarıyla işletmeye geçmeleri kaydıyla verilebilecek ve bu projelerden Hazine garantisi verilmiş olanların 2002 yılı sonu itibarıyla işletmeye alınamaması halinde Hazine garantileri geçersiz olacaktır.” hükmü de sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliğinde değerlendirilerek iptal edilmiştir.

Dolayısıyla, imtiyaz sözleşmeleri için de mevzuat değişikliklerinin sözleşmeyi doğrudan etkilemesi için sözleşmede bu yönde hüküm yer alması gerektiği dikkate alındığında, mevzuat değişikliklerinin sözleşmeye etkisi bakımından idari sözleşmelerle özel hukuk sözleşmeleri arasında bir farklılık bulunmadığı söylenebilir. Bu çerçevede KÖİ uygulamalarındaki özel hukuk sözleşmelerini etkileyecek mevzuat değişiklikleri bakımından benimsenecek çözümün sözleşmede yer alması gerektiği,

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/293, K. 2002/28, T. 13.2.2002, R.G.T. 18.04.2002, S. 24730.

aksi takdirde mevcut sözleşmelerin kanuni düzenlemelerle değiştirilse bile ortaya çıkacak riskin idare tarafında kalabileceği göz önünde tutulmalıdır.

6. Hizmetten Yararlanana Karşı Sorumluluk

KÖİ uygulamalarında idarenin sorumluluğu açısından hizmetten yararlanana verilen zararlardan dolayı kimin hangi hukuki rejim içinde sorumlu olacağına da incelenmesi gerekmektedir.

İdarenin sorumluluğu, hizmet kusuru olarak kabul edilen hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte, ayrıca idare kusursuz sorumluluk şartları varsa bu kapsamda da sorumlu tutulabilmektedir. Hizmet kusurunun anlamının “kamu hizmetinin ifasında işlenen kusur” olduğu belirtilmekle beraber⁷⁹, buradaki deyim kamusal hizmetinden daha genel anlamda kolluk gibi alanları da içerecek şekilde idarenin herhangi bir görev veya faaliyetini ifade ettiği de savunulmaktadır⁸⁰.

Yargı kararlarında, idarenin bayındırlık faaliyetlerinin kamu hizmetinin ifası olarak değerlendirilerek, bu faaliyetlerin özel hukuk sözleşmesi ile özel kişiye gördürülmesi halinde de idarenin sorumluluğuna hükmedilebildiği görülmektedir. KÖİ’de sunulan hizmetin her zaman bir kamu hizmeti niteliğinde olması gerekmemekle birlikte, KÖİ uygulamalarının konusunu da altyapı hizmetleri oluşturduğundan, benzer bir sonuca ulaşılabileceği söylenebilir.

Nitekim Danıştay 6. Dairesi de bir kararında⁸¹ şu ifadelerle bu yöndeki görüşünü belirtmiştir:

“...Davalı idarenin işi bizzat yapmayıp imtiyazlı bir şirkete veya şahsa ihale veya emanet usulü ile gördürmesi, hizmetin kamu hizmeti niteliğini ve davalı idarenin yakın gözetim ve denetim görevini ortadan kaldırmaz. Bu itibarla.. binanın yıktırılması sırasında cami duvarının yıkılmaması için müteahhit tarafından gerekli tedbirlerin alınmadığı, davalı idarenin de yakın gözetim ve denetim görevinin iyi işlemediği, bu suretle hizmetin kötü ifa edildiği anlaşılmaktadır...”

Bu kararda idarenin gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmemesi dolayısıyla bir hizmet kusuru olduğu sonucuna varılmıştır. Yani idare bir hizmeti

⁷⁹ Gözler, **a.g.e.**, s.1059.

⁸⁰ Günay, **a.g.e.**, s. 369.

⁸¹ Danıştay 6. D. E.1966/2898, K.1970/713, T.18.3.1970, (nakleden Gözler, **a.g.e.**, s. 1363).

bizzat yürütmese dahi ortaya çıkan zararın idarenin denetim ve gözetim sorumluluğundaki hatadan kaynaklanması sebebiyle idare için hizmetin kötü ifasına dayanan bir kusurlu sorumluluk ortaya çıkmaktadır.

İdarenin yüklenici ile yaptığı sözleşmenin taraflar arasındaki bir hukuki ilişkiyi ifade ettiği, ancak kamu hizmetinin nihai sahibi olması ve gözetim görevi sebebiyle idarenin sorumluluğunu kaldıran bir nitelikte değerlendirilemeyeceği ise Danıştay 12.

Dairesinin 1970 tarihli şu kararında vurgulanmıştır:

“..İdarenin sorumluluktan kurtulması için üçüncü şahıslarla yapmış olduğu mukaveleler ve yazılı belgeler ancak idare ile bu şahıslar arasında muteber olup, bunlar dışında zarar gören diğer şahıslara sirayet etmeyeceği gibi, bu zararlardan dolayı mukavele yapan şahsa müracaat ve zararı bu şahıslardan isteme zorunluluğu getirmez...İdare uhdesine tevdi kılınan yol yapım ve bakım hizmeti olarak tezahür eden kamu hizmetinin devamlı murakabesini yapmak zorunda olduğundan, müteahhit firmaca bu hizmet için alınacak ve alınmış tedbirlerin kifayetli olup olmadığını bizzat kontrol etmesi gerekir.”⁸²

Bu nedenle, zarar gören kişi, hizmetin asıl sahibi olan idareye idari yargıda ve bayındırlık faaliyetini yürüten özel hukuk kişisine karşı adli yargıda zararın tamamı için dava açabilir. İdare, ihale ile yaptırdığı bir işten dolayı kendi sorumluluğunun doğmadığını iddia edemeyecektir. Zararı tamamen tazmin eden taraf, diğer tarafa kusuru oranında rücu etme hakkına sahip olacaktır⁸³.

Ancak idarenin sorumluluğu bakımından hizmetin imtiyaz sözleşmesi veya özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmesi arasında bir ayrım yapıldığına rastlanmaktadır⁸⁴. İmtiyaz sözleşmesinde hizmeti yürüten özel hukuk kişisinin fiillerinin kural olarak idareye atfedilemeyeceği, hizmetin yürütülmesi sırasında meydana gelen zararlardan imtiyazcı şirketin sorumlu olacağı, ancak şirketin bu yükümlülükleri yerine getirmedeki aczi sebebiyle idarenin tamamlayıcı olarak sorumlu olacağı ifade edilmektedir⁸⁵. Fakat bir hizmet ihale ile özel hukuk kişisine gördürülüyorsa hizmet sırasında meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁸⁶. Bu ayrımın imtiyaz sözleşmesinin mahiyetine uygun olduğu savunulabilir. Zira imtiyaz sözleşmesinde imtiyazcı şirket, kamu hizmetinin asli

⁸² Danıştay 12. D. E. 69/187, K. 70/1087, T. 20.5.1970, (nakleden Gözler, **a.g.e.**, s. 1363).

⁸³ Ramazan Çağlayan, **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, Asil Yay., 2007, s. 217.

⁸⁴ **A.e.**, s. 162.

⁸⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 1277, 1360.

⁸⁶ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 162.

yükümlüsü olarak kabul edilmekte ve sözleşmede yer almasa bile kamu hizmetine hakim olan ilkelerin sağlanması yükümlüsü haline gelmektedir⁸⁷.

Bu kapsamda kamu hizmetlerine hakim olan ilkelerden değişkenlik ve süreklilik ilkeleri imtiyazcı için de bir mükellefiyet olarak ortaya çıkmakta ve hizmete ilişkin değişiklik taleplerine katlanma ve hizmeti kesintiye uğratmama yükümlülüğü altına girmektedir. İmtiyazcının hizmetin sürekliliğini kesintiye uğratması imtiyazcı için ağır bir kusur olarak değerlendirilmiştir⁸⁸. İmtiyazcının bunlar dışında kamu hizmetine hâkim olan diğer ilkelerden eşitlik ve tarafsızlık gibi ilkelere de uyma yükümlülüğü bulunmaktadır.

KÖİ modellerinin konusu olan altyapı hizmetlerinin ise klasik bir yapım işi ihalesinden farklılık arz ettiği ve yapım ve diğer hizmetlerin bir bütünlük arz etmesinden dolayı yüklenicinin yürüteceği bir tesis işletme faaliyetinin ön aşaması niteliğinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu modellerin konusu, bir kamu hizmetinin bütünüyle devredilmesi mahiyetindeki imtiyazdan farklı olarak daha çok kamu hizmetine dair altyapının yapım ve işletilmesini kapsaması yönüyle birden fazla ihalenin bir arada yapılması şeklinde bir mahiyet arz ettiğinden, KÖİ uygulamalarında da idarenin sorumluluğunun devam ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Ancak tam bu noktada tesisin yapım aşaması ile hizmet sunumu aşaması arasında bir ayırım yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Nitekim *Gözler*'in aktardığına göre bu konuda Fransız idare hukukunda da bir ayırma gidilmekte ve bayındırlık işlerinden kaynaklanan zararlarda idare ile müteahhit arasında müteselsil sorumluluğun varlığı kabul edilirken, bayındırlık eserinin varlığından kaynaklanan 'devamlı zarar'lardan bu eserin sahibi olan idarenin sorumlu olacağı belirtilmektedir⁸⁹.

Müteahhidin yürüttüğü bayındırlık faaliyetinden üçüncü kişilerin gördüğü zararlar bakımından, Türk hukukunda da Fransa'da olduğu gibi idare ile müteahhit arasında müteselsil sorumluluk esasının benimsenmesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir⁹⁰. Ancak Danıştay müteselsil sorumluluktan bahsetmemekte, bayındırlık faaliyetlerini üstlenen özel hukuk kişilerinin bu faaliyetler nedeniyle

⁸⁷ Özay, **a.g.e.**, s. 251; Gözler, **a.g.e.**, s. 433-434.

⁸⁸ Gözler, **a.g.e.**, s. 300.

⁸⁹ **A.e.**, s. 1362.

⁹⁰ Çağlayan, **a.g.e.**, s. 217.

üçüncü kişilere verdikleri zararlardan faaliyetin asıl sahibi olan kamu tüzel kişinin kamu hukuku esaslarına göre sorumlu olacağını kabul etmektedir⁹¹.

Nitekim Danıştay 10. Dairesinin yol genişletme ve iyileştirme çalışmaları sırasında meydana gelen patlamalar nedeniyle davacı sigorta şirketinin sigortalısına ödediği zararın rücu tazmini istemiyle Karayolları Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davanın idari yargı yerinde görülmesi gerektiğine dair verdiği bir kararında;⁹²

“Ayrıca idarenin yapmak zorunda olduğu kamu hizmetini özel ve tüzel kişilere yaptırması ve zararın bu hizmetin yürütümü sırasında meydana gelmesi yürütülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyecek idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

....

Her ne kadar idare mahkemesi kararında zararın, davalı idare ile özel bir şirket arasında imzalanan "Taşeron İşlerine Ait Anlaşma" hükümleri gereğince hizmetin gördürülmesi sırasında haksız fiilden kaynaklandığı belirtilmekte ise de; hizmetin özel bir şahsa yaptırılması idarenin hizmeti yürütme görev ve tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”

denilerek idare mahkemesinin görevli olduğuna hükmedilmiştir.

Bununla birlikte KÖİ'de standart bir yapım işinden farklı olarak tesisin işletilmesi aşamasında da idare ve yüklenici arasındaki sözleşme ilişkisi devam ettiğinden, tesisin kullanımı ve tesisle ilgili diğer hizmetlerin yürütülmesi aşamasında da üçüncü kişilere karşı idarenin sorumluluğunun devam etmesi ve müteselsil mesuliyet ilişkisinin kabul edilmesi uygun olacaktır. Başka bir deyişle KÖİ modellerinde her ne kadar ihale ile yükleniciye bırakılan hizmetlerin yapısı daha karmaşık olsa da özel hukuk sözleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan sorumluluk ilişkisinin yapısının değişmesini gerektiren bir durum ortaya çıkmamaktadır.

Ayrıca bayındırlık hizmetleri ile ilgili olarak hizmetten yararlananlar ve hizmetten yararlanma ilişkisi olmayan üçüncü kişiler bakımından bir ayırım yapılarak, idarenin hizmetten yararlananlara karşı hizmet kusuru sebebiyle, üçüncü kişilere karşı ise kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumlu olacağı ifade edilmektedir⁹³. Ancak tehlikeli bayındırlık eserleri veya hizmetleri dolayısıyla hem kullanıcılar hem de diğer

⁹¹ A.e.

⁹² Danıştay 10. Daire K. 2003/5193 E.2002/7475 T. 16/12/2003 (Sinerji İçtihat Programı).

⁹³ Gözler, **a.g.e.**, s. 1211; A. Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 28. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 311.

üçüncü kişilerin göreceği zararlar risk ilkesine göre idarenin kusursuz sorumluluğunu doğuracaktır⁹⁴.

6428 sayılı Kanuna göre yüklenicinin sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumlu olduğu ve yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verileceği düzenlenmiştir⁹⁵. YİD modelinde ise görevli şirketin yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan kusurlu olsun ya da olmasın sorumlu olduğu düzenlenmiştir⁹⁶.

Ancak bu hükümlerin idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktan ziyade idare ile yüklenici ilişkisi içinde bir hüküm ifade ettiği söylenebilir. Bu tür hükümler, idarenin sorumluluğu ile ilgili olarak belirtilen kurallar çerçevesinde üçüncü kişilere karşı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir etkiye sahip olmamakla birlikte idarenin herhangi bir sebeple bir tazmin yükümlülüğü ile karşılaşması halinde bu hükümlere dayanarak yükleniciye rücu etmesi mümkün olabilir. Dolayısıyla yapılan düzenlemelerde ve sözleşmede yüklenicinin sorumluluğuna dair hükümlerin yer alması taraflar arası sorumluluk ve risk paylaşımı açısından önem arz etmektedir.

Ayrıca yapılacak düzenlemelerde ve sözleşmede yüklenicinin kamu hizmetine hâkim olan ilkelerin sağlanmasına dair mükellefiyetleri ile idarenin denetim ve gözetim yetkileri kapsamında bu ilkelerin korunmasına dönük yetkilerinin yer alması da faydalı olacaktır. Bu şekilde idare ve yüklenici için kamu hizmetleri bağlamında sorumluluk çerçevesinin ve taraflar arasındaki paylaşımın daha somut hale getirilmesi sağlanabilir. Aksi takdirde, kamu hizmeti ilkelerine uyma yükümlülükleri sözleşmede düzenlenmediğinde imtiyaz sözleşmesinden farklı olarak yüklenici şirket bu yükümlülüklerle tabi olmayacaktır. Ancak bu yükümlülük idarenin üzerinde kalmaya devam ettiğinden ortaya çıkacak sorumluluğun yükleniciye yansıtılması da mümkün olmayabilir.

⁹⁴ Gözler, **a.g.e.**, C.II, s. 1212; Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 311.

⁹⁵ 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 m. 4/2

⁹⁶ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar m. 31/1.

Genel olarak değerlendirildiğinde, KÖİ uygulamalarındaki risk paylaşımı ilkesi ile kamu hizmetine dayanan sorumluluk teorisi arasında da bir uyumsuzluk olduğu dikkat çekmektedir. Zira risk paylaşımı ilkesi gereğince projenin uygulanması özel hukuk kişinin sorumluluğunda olduğundan hizmetin yürütülmesine dair ortaya çıkan risklerden de özel hukuk kişinin sorumlu olması gerekmektedir. Ancak hizmet özel hukuk sözleşmesi ile yürütülse dahi idarenin sorumluluğunun devam etmesi, taraflar arasında bu konuda tam bir risk paylaşımı yapılamayacağını göstermektedir. İdare hizmetin yürütülmesine dair riski üstlenmeye devam ettiğinden, idarenin denetim ve gözetime dair yetkilerinin kapsamı ve taraflar arasındaki sözleşme yükümlülüklerinde bu durum nazara alınmalıdır.

Aksi halde, KÖİ modellerinin en önemli avantajlarından olduğu söylenen hizmetin yürütülmesine dair risklerin yükleniciye devri konusunda tam anlamıyla bir devri sağlanamaması, taraflar arasında idare aleyhine bir risk paylaşımı ortaya çıkmasına sebep olacaktır.

C. Sözleşmenin Devri

KÖİ sözleşmelerinde idarece bir altyapı hizmetinin sunumu için seçilen yüklenicinin bu hizmeti belirlenen sözleşme çerçevesinde yürütmesi esas olmakla birlikte, bu hizmetin devri de söz konusu olabilir. Ancak bu konuda imtiyazla KÖİ modelleri arasında farklılık bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyazcının şahsen ifa yükümlülüğü bulunduğundan, aksi şartnamede belirtilmediği müddetçe bu görevi üçüncü kişilere devredemez⁹⁷.

Ancak KÖİ modellerine dair düzenlemelere bakıldığında sözleşmenin devrinin belirli şartlarla mümkün olduğu görülmektedir⁹⁸. Bu şartlardan en önemlisi sözleşme devrinin idarenin onayına bağlanmasıdır. Ayrıca devir yapılacak özel hukuk kişinin ihale dokümanında belirlenen yeterli şartlarını haiz olması şartı da aranmaktadır. Dolayısıyla yeterli şartlarının değerlendirilmesi ve devre onay verilmesinde idareye

⁹⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 433, Günday, **a.g.e.**, s. 349.

⁹⁸ 6428 sayılı Kanun m.4/5; Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 60, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar, s. 27, Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 59.

bir takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte, imtiyazda istisnai bir durum olan sözleşme devrinin KÖİ modellerinde belirli şartlarla söz konusu olabildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumun KÖİ modellerinde hizmetin her zaman bir kamu hizmeti niteliğinde olmamasının sonucu olduğu söylenebilir. İmtiyazcının sözleşme ile birlikte kamu hizmetinin bizzat yükümlüsü haline gelmesine karşın, KÖİ modellerinde idare hizmetin esas sorumlusu olmaya devam etmektedir. Bu durumda kamu hizmetinin doğrudan yükümlüsü kılınan imtiyazcının sözleşme konusu hizmetle ilişkisinin KÖİ modellerinde öngörülene göre daha yoğun olduğu ortaya çıkmaktadır. KÖİ modellerinde de sözleşme konusu hizmetin kamu hizmeti niteliğinde olabilmesi mümkün olmakla birlikte, sözleşmenin özel hukuk niteliği doğrultusunda, özel hukuka uygun olarak sözleşmenin devrine imkân veren bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin devri için sözleşmede kalan tarafın izin vermesi, borçlar hukuku alanında da gerekli bir unsurdur⁹⁹. Dolayısıyla idarenin onayı şartına yer verilmesi bu bakımdan özel hukuktaki prensibe de uyumluluk arz etmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda da (m. 16) sözleşmenin devri düzenlenmiş olmakla birlikte, sözleşmenin devrinin ancak zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile yapılabileceği belirtilmiştir. Ancak KÖİ'ye dair düzenlemelerde zorunluluk şartı belirtilmeyerek bu konu idarenin takdirine bırakılmıştır.

Ayrıca KÖİ mevzuatından farklı olarak 4735 sayılı Kanun sözleşme devri ile ilgili birtakım sınırlamalar getirmiştir. Buna göre; bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devralınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takibeden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmelerin ise feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verileceği belirtilmektedir.

Sözleşme devrine izin vermek idarenin takdirinde olmakla birlikte, izin vermeme yönündeki işlemin ayrılabilir işlem olarak değerlendirilmesi ve iptal davası konusu yapılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda Danıştay'ın sözleşmenin imzalanmasından sonraki işlemleri kategorik olarak özel hukuk

⁹⁹ Hasan Ayrancı, **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 98.

sözleşmesinin uygulanması mahiyetinde gördüğü belirtilmekte ve bu husus eleştiri konusu yapılmaktadır. Bu doğrultuda, sözleşme her ne kadar özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olsa da sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki işlemlerin idari yargıda dava konusu edilebilmesinin mümkün olması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁰.

Diğer taraftan, yüklenici için belirlenen şartların sözleşmeyi devralan bakımından da aranması, sözleşme konusu hizmetin yürütülmesinde bir aksaklık oluşmaması açısından gerekli bir şart olarak ayrıca mevzuatta yer almıştır. Dolayısıyla sözleşmenin devrine müsaade edilmekle birlikte, sözleşme konusu hizmetin nihayetinde bir kamu hizmeti ile ilişkili olması sebebiyle, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereği, hizmeti yürütme yeterliliğinin değerlendirilmesinin de gerekli bir unsur olduğu söylenebilir.

Ayrıca KÖİ modellerine dair mevzuatta da belirtildiği üzere sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerin, aynı şartlarla devralana geçmesi ve uygulama sözleşmesi ile birlikte diğer sözleşmelerin de devredilmesi sözleşme devrinin en önemli sonuçlarından biridir.

Sözleşmenin devri konusu 4735 sayılı ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda düzenlenmiş olmakla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer almazken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 205. maddesi ile düzenleme yapılmış ve bu eksiklik giderilmiştir¹⁰¹. Bu çerçevede borçlar hukuku alanında da sözleşme devri ile alacağın devri ve borcun üstlenilmesinden farklı olarak sözleşmeyi devralan kişinin, bir bütün olarak yerine geçtiği tarafın hukuki durumunu kazanacağı belirtilmektedir¹⁰². Dolayısıyla borçlar hukuku anlamında da sözleşmenin devri, sözleşmenin tüm hak ve borçları ile devralana geçmesini ifade etmektedir¹⁰³.

¹⁰⁰Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 536; Gözler, **a.g.e.**, s. 231, Ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmeye etkisi ile tartışmalar için bkz. "Sözleşmenin Sona Erdirilmesi", s. 156.

¹⁰¹ Turgut Uygur, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 1183.

¹⁰² Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 1255-56.

¹⁰³ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 802.

D. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

KÖİ modellerinde sözleşmenin sona ermesi, sözleşmede belirlenen sürenin tamamlanması veya sözleşmenin süresinin bitiminden önce sona erdirilmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Sözleşmenin süresinin sona ermesi halinde, sözleşmede düzenlenen ilgili hükümler uygulanarak sona erme işlemleri tamamlanır. Ancak sözleşmenin, sürenin bitiminden önce sona erdirilmesi ile ilgili olarak idare hukuku bakımından incelenmesi gereken bazı sorunlar üzerinde durulması gerekmektedir. Özellikle sözleşme ile ilgili idari işlemlerin veya bu işlemlerde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların sözleşmeye etkisinin ne olacağı sorununun, sözleşmenin sona ermesi bağlamında incelenmesi, idare hukuku bakımından önem arz etmektedir. Bu meseleleri sözleşme öncesinde ve uygulama sırasında ortaya çıkan sona erme sebepleri bakımından iki gruba ayırmak faydalı olacaktır.

1. Sözleşme Öncesindeki İşlemlerden Kaynaklanan Sona Erme Sebepleri

Genel olarak idarenin sözleşmelerinde olduğu gibi özel hukuk sözleşmesi ile yürütülen KÖİ uygulamalarında da sözleşme öncesinde idare tarafından birçok hazırlık işlemi yürütülmektedir. İdare hukuku kural ve ilkelerine tabi olarak yürütülen¹⁰⁴ bu safhada proje değerlendirmesi veya ihale süreci ile ilgili olarak çeşitli hukuka aykırılıklar ortaya çıkabilir. Bu durumlarda sözleşme öncesi işlemlerdeki hukuka aykırılıkların ve bu işlemlerin iptalinin sözleşmeye etkisi sorunu gündeme gelmektedir.

Sözleşme öncesi idari işlemler bakımından KÖİ uygulamalarında ilk başta değerlendirilebilecek husus, idarenin belirli bir yatırım ve hizmeti KÖİ modelleriyle gerçekleştirme kararının ortaya çıkmasıdır. Bu safhada proje değerlendirmesi ve fizibilite analizleri sırasında yapılan hatalar KÖİ yöntemlerinin tercihinde kamu yararının doğru tespit edilememesi sonucunu ortaya çıkarabilir. Ancak idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de hem hazırlık hem uygulama safhasında kamu yararının gözetilmesi gerekmektedir¹⁰⁵. KÖİ’de diğer yöntemlerle karşılaştırmalı bir analiz

¹⁰⁴ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 530.

¹⁰⁵ Cemil Kaya, *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştayın Bakışı*, Ankara, Oniki Levha Yayınları, 2011, s. 270-71.

yapıldığından genel kamu yatırımlarından daha hassas bir değerlendirme süreci yürütülmesi gerekmekte ve bu süreçlerin sonunda sözleşme imzalanması kararı alınmaktadır. Kamu sektörü karşılaştırıcısı (*public sector comparator*) gibi araçlarla KÖİ yönteminin, projenin kamu kaynakları ile yürütülmesine nazaran maliyet etkin olup olmadığı belirlenmektedir. Bu nedenle proje değerlendirmesinde ulaşılmaması amaçlanan maliyet etkinliğinin doğru biçimde saptanamaması halinde kamu yararına uygun olmayan bir tercih yapılarak KÖİ modellerine başvurulması mümkündür.

KÖİ'nin uluslararası uygulamalarında kamu yararına aykırı sözleşme yapılmasından kaynaklanan fesih, idare tarafından ödenecek tazminatın hesaplanması bakımından, idarenin isteğine bağlı fesih ve idarenin kusuru ile fesih halleri ile aynı kategoride değerlendirilmektedir¹⁰⁶. Bir başka deyişle, kamu yararının doğru tespit edilmemesi idarenin kusuru olarak kabul edilmekte ve haklı sebep olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca kamu yararı sebebiyle feshin kapsamının çok geniş olduğu ve yüklenici açısından yüksek bir risk üstlenilmesi sonucunu doğuracağı kabul edilerek bu durum idarenin isteğe bağlı feshi ile de aynı şekilde değerlendirilmektedir¹⁰⁷.

Sözleşme öncesinden KÖİ modellerinin maliyet etkinliğinin doğru tespit edilememesi, sözleşme yapma iradesinin hatalı olarak oluşmasına sebep olacaktır. Türk hukukunda kamu ihale sözleşmeleri bağlamında konuyu değerlendiren *Buz* maliyet hesabı hatasının bir miktar ve hesaplama hatası değil, saikte hata olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁸. Nitekim borçlar hukukunda da maliyet hesabı hatası ile basit hesap hatası arasındaki bu ayrıma vurgu yapılmaktadır¹⁰⁹. Ancak saikte hata tek başına Türk Borçlar Kanunu kapsamında sözleşmenin iptali sonucunu doğuracak bir esaslı hata olarak kabul edilmemekte, Türk Borçlar Kanunu 32. maddede sayılan şartların gerçekleşmesiyle esaslı hata halini almaktadır. Bunlar, hatalı saikin yanılan tarafından sözleşmenin temeli sayılması ile bu durumun iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması ve karşı tarafça da bilinebilir

¹⁰⁶ HM Treasury, **Standardization of PFI Contracts**, s. 172; UNCITRAL, **a.g.e.**, s. 158-159.

¹⁰⁷ UNCITRAL, **a.g.e.**, s. 158.

¹⁰⁸ Vedat Buz, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 304.

¹⁰⁹ Eren, **a.g.e.**, 386, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 181-82.

olması koşullarıdır¹¹⁰. Diğer taraftan, hatanın ilgili tarafın kusuru ile meydana gelmiş olmasının da sözleşmenin iptal edilebilirliğine engel olmadığı, ancak tazminatın belirlenmesinde etkili olacağı belirtilmektedir¹¹¹.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde sözleşme öncesindeki idari işlemlerin hukuka aykırılığı dolayısıyla iptalinin sözleşmeyi nasıl etkileyeceği meselesi de KÖİ uygulamaları açısından önemli bir konudur. Bu kapsamda, ihale sürecindeki hukuka aykırılıklar ve usulsüzlükler dolayısıyla sözleşmenin sona erdirilmesi ihale mevzuatında düzenlenen önemli bir fesih sebebi olmasına rağmen KÖİ modellerine ilişkin mevzuatta fesih sebepleri arasında açık olarak yer almamıştır.

Sağlık hizmetlerinde uygulanan KÖİ modeline dair Yönetmelikte, Yönetmeliğin 10. maddesinde sayılan ihaleye katılamayacak kişiler arasında olduğu halde ihaleye katılan ve Yönetmeliğin 15. maddesinde belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen isteklilerin ihale dışı bırakılacağı belirtilmiştir¹¹². Ayrıca, ihaleye katılamayacak olanların sayıldığı maddede yer alan kişiler arasında olduğu halde ihaleye katılan isteklilerin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa da teminatın gelir kaydedileceği belirtilmiştir¹¹³. Ancak bu durumun sadece yaptırım niteliğinde bir hüküm mü yoksa sözleşmenin feshi sebebi olarak mı değerlendirileceği açık olarak belirtilmemiştir. Ayrıca bahsi geçen Yönetmelikte sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi haline dair de bir düzenleme yapılmamıştır.

6428 sayılı Kanun'un uygulanmasına dair sözleşmeler, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olmamakla birlikte bu konu ile ilgili olarak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda daha açık bir düzenleme yer almaktadır. Kanun'un 21. maddesinde, ihale sürecinde yüklenicinin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu

¹¹⁰ Eren, **a.g.e.**, 383.

¹¹¹ Buz, **a.g.e.**, s. 305; Eren, **a.g.e.**, s. 396..

¹¹² Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 9/5.

¹¹³ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 10/4.

sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde sözleşme feshedileceği belirtilmiştir.

Sağlık hizmetlerindeki KÖİ modeline dair Yönetmelikte de ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışlara ilişkin olarak Kamu İhale Kanunu'ndaki hükmün aynısı yer almış olmakla birlikte, her iki mevzuat arasında bu davranışların sözleşmenin feshi bakımından etkisine dair bir farklılık bulunmaktadır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda ihaleye katılmayacak olanların katılımı ile diğer yasak fiil ve davranışlar sözleşmenin feshi bakımından aynı hükümlere tabi tutulmuş, ancak sağlık hizmetlerindeki KÖİ modeline dair Yönetmelikte ise bu iki durum farklı hükümlere tabi tutularak, bunların sözleşmenin feshi bakımından sonuçlarına dair açık bir düzenleme de yapılmamıştır.

KÖİ modellerine dair diğer mevzuatta da ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunmama ile ilgili düzenlemeler yer almış olsa da¹¹⁴ isteklilerin buna aykırı hareket ettiklerinin sözleşmenin imzalanmasından sonra tespiti halinde sözleşmeye etkisinin ne olacağı belirtilmemiştir.

Dolayısıyla yasak fiil ve davranışların sözleşmenin uygulanması aşamasına tespitinden kaynaklanan feshe ilişkin olarak Türkiye'de uygulanan KÖİ modellerine dair düzenlemelerde açık bir hüküm yer almadığından ve bu uygulamalar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na ve buna bağlı olarak 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olmadığından bu tür fiillerle ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde sayılan fiiller incelendiğinde; kendisiyle sözleşme imzalanan yüklenicinin hilesi, ikrahı gibi Borçlar Kanunu'ndaki fesih sebeplerinin haricinde ihalede amaçlanan rekabet ortamını bozacak şekilde diğer teklif verenleri etkileme, onlarla işbirliğine başvurma veya birden fazla teklif verme gibi haller de fesih sebebi olarak düzenlenmiştir¹¹⁵.

¹¹⁴ Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik m. 10, Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 63.

¹¹⁵ Buz, **a.g.e.**, s. 299-300; Dursun Ali Demirboğa, **Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi**, Yetkin Yayınları, 2013, s. 135.

KÖİ’de ihale sürecinin önemi ve hatta KÖİ’nin ortaya çıkma sebeplerinden en önemlisinin standart ihale yöntemlerinden beklenen maliyet etkinliğinin sağlanamaması olduğu düşünüldüğünde, KÖİ modelleri için de ihale sürecine dair korumaların çok önem arz ettiği ve bunların da fesih sebebi olarak düzenlenmesi gerektiği söylenebilir. Bu nedenle Kanun ve yönetmeliklerde yer almamış olsa da sağlıktaki KÖİ uygulamasında olduğu gibi sözleşmede düzenleneceği belirtilen derhal fesih halleri arasında, bu fiiller de fesih sebebi olarak yer almalıdır. Ancak Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda düzenlendiği gibi işin belirli bir oranda tamamlanmasından sonra bu tür hukuka aykırılıkların tespit edilmesi halinde kamu yararının gerektirmesi durumunda, bu hukuka aykırılıkların fesih dışında bir yaptırıma bağlanarak işin tamamlattırılmasının sağlanması da düşünülebilir¹¹⁶.

KÖİ uygulamalarında özel hukuk sözleşmeleri için bu sözleşmelerin dayanağı olan yetkilendirme kararının iptalinin sözleşmeye etkisinin ne olacağı da önemli bir sorun teşkil etmektedir. *Ayrılabilir işlem kuramı*, bu konu ile ilgili tartışmalarda önemli bir yere sahiptir. Ayrılabilir işlem kuramı, idari sözleşmelere karşı üçüncü kişilerin dava açma hakkı olmadığını kabul edilmesi sebebiyle, idarenin sözleşmeden ayrılabilen nitelikteki işlemlerine karşı üçüncü kişilerin iptal davası açabilmesi amacıyla Fransız idare hukukunda geliştirilmiş bir teoridir¹¹⁷. Sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idarenin tek yanlı işlemleri sözleşmenin oluşumuna, akdedilmesine veya uygulanmasına dönük işlemler olabilir¹¹⁸.

Sözleşme ister idari sözleşme ister özel hukuk sözleşmesi olsun, sözleşmenin imzalanmasından önceki işlemler idare hukukuna tabidir¹¹⁹. Bu nitelikleri dolayısıyla ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde bu işlemlerin iptali söz konusu olduğunda, bu iptal kararının sözleşmeye etkisi ise ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Fransız idare hukukunda ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşme üzerinde doğrudan bir etkisi olmayacağı, tarafların ortak iradesinin ürünü olan sözleşmenin, ancak tarafların ortak iradesi veya taraflardan birisinin başvurusu üzerine sözleşme hâkiminin kararı

¹¹⁶ Demirboğa, **a.g.e.**, s. 137.

¹¹⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 221.

¹¹⁸ Murat Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, 2000, s. 137, 144-154; Gözler, **a.g.e.**, s. 220-222.

¹¹⁹ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 481.

ile sona erdirilebileceği ifade edilmektedir¹²⁰. Ancak sözleşme hâkiminin iptal kararı veren hâkimin kararıyla bağlı olduğu ve olmadığı yönünde iki farklı görüş bulunmaktadır¹²¹. İkinci görüşü savunan yazarların, sözleşme hâkiminin iptal hükmünü dikkate alacağını, ancak iptal edilen işlemin sözleşme üzerindeki etkisinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiği görüşünde oldukları belirtilmektedir¹²². *Laubadère-Modern-Delvolvé* ise ayrılabilir işlemin iptal nedeni ve ayrılabilir işlemle sözleşme arasındaki ilişkiye göre bir ayırım yapmışlardır¹²³. Buna göre, ayrılabilir işlemin iptali sözleşmeden kaynaklanan bir hukuka aykırılıktan dolayı sözleşme hâkimi bu kararla bağlı olmakta, ancak ayrılabilir işlemin kendisindeki hukuka aykırılık dolayısıyla iptal hükmü verilmesi halinde işlemle sözleşme arasındaki ilişkiye göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Örneğin iptal edilen işlem sözleşmenin yapılmasına dayanak oluşturuyorsa bu ilişkinin güçlü olması, işlemin iptalinin sözleşmenin de hükümsüzlüğüne sebep olmasını gerektirecektir¹²⁴. Ancak Fransız Danıştay da vesayet makamının onayı gibi sözleşme ile ilişkisi dolaylı olan bir ayrılabilir işlemin iptali söz konusuysa, iptal kararının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceğini kabul etmektedir¹²⁵.

Türk idare hukukunda ise ayrılabilir işlemin sözleşmeden bağımsız olarak dava konusu yapılması meselesi daha çok idarenin özel hukuk sözleşmeleriyle ilgili olarak ortaya çıkmıştır¹²⁶. Ancak ayrılabilir işlemin iptalinin özel hukuk sözleşmesine etkisi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, görevlendirme kararı gibi idareye verilen sözleşme imzalama yetkisinin temeli olan idari işlemlerde ortaya çıkan sakatlık hallerinin sözleşmeyi de baştan itibaren temelsiz hale getireceği ve geçersiz kılacağını savunmaktadır¹²⁷.

Nitekim Danıştayın da bu görüşü benimsediği görülmektedir. Danıştay 1. Dairesinin, 3096 ve 3996 sayılı yasalar uyarınca akdedilen sözleşmelerin, bunların

¹²⁰ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 165-166; Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 608; Gözler, **a.g.e.**, s. 224-225; Ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşme üzerindeki etkisi konusundaki farklı görüşler ve gerekçeleri için bkz. Sezginer, **a.g.e.**, s. 164-179.

¹²¹ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 169.

¹²² **A.e.**

¹²³ Laubadère-Modern-Delvolvé, *Traité Des Contracts Administratif II*, Paris, 1998, s.728. (Nakleden, Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 170).

¹²⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 608.

¹²⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 612, Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 170.

¹²⁶ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 599.

¹²⁷ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 539, Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 608.

dayanağı olan Bakanlar Kurulu Kararlarının Danıştayca yürütmesinin durdurulması veya iptali halinde Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde tanımlanan mevcut sözleşme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusundaki kararında;

“(S)özü edilen kanunların hükümlerine göre akdedilen sözleşmelerin hukuki dayanaklarını Bakanlar Kurulu kararları oluşturmaktadır. Yargı kararlarının hukuki sonuçları ve uygulanmasıyla ilgili olarak yukarıda belirtilen açıklamalara göre 3096 ve 3996 sayılı kanunlara dayanılarak alınan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştayca yürütülmesinin durdurulması veya iptal edilmesi, Bakanlar Kurulu kararları uyarınca yapılan sözleşmeleri hukuki dayanaktan yoksun bırakmıştır.”

denilerek,

“3096 ve 3996 sayılı Yasalar uyarınca akdedilen imtiyaz ve özel hukuk sözleşmelerinin dayanağı olan Bakanlar Kurulu kararlarının Danıştayca yürütülmesinin durdurulması veya iptali durumunda, bu sözleşmelerin, ilgililerin lisans başvurularının incelenmesinde 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde tanımlanan mevcut sözleşme kapsamında değerlendirilemeyeceği...”

sonucuna ulaşılmıştır¹²⁸. Bu kararda 1. Daire, sözleşmenin dayanağı olan idari işlemin iptalinin sözleşmeye etkisi bakımından imtiyaz sözleşmesi ile idarenin özel hukuk sözleşmesi kategorisinde bulunan YİD sözleşmesi arasında bir ayırım yapmamıştır.

Hukukumuzda bu tartışma özelleştirme uygulamalarında da USAŞ ve ÇİTOSAN’ın yabancılara blok satışına dair Yüksek Planlama Kurulu kararlarının iptali sebebiyle de ortaya çıkmıştır¹²⁹. YPK kararlarının iptali neticesinde satış sözleşmelerinin durumu konusunda Kurul, başka bir kararla fiilî ve hukukî imkânsızlık gerekçesiyle yeniden işlem tesis edilemeyeceğini karara bağlamıştır¹³⁰. Ayrıca Bakanlar Kurulu da 27.4.1992 tarihli prensip kararıyla YPK kararını teyit ederek iptal kararı ile ilgili herhangi bir işlem tesis edilmesine hukuken imkân olmadığına karar vermiştir¹³¹. Ancak bu Bakanlar Kurulu Kararı hakkında açılan iptal davasında Danıştay 10. Dairesi söz konusu kararı haklı olarak hukuk devleti ilkesine aykırı görmüş ve “*yargı kararlarının uygulanmamasını öngörür nitelikte bir prensip kararı*” olarak değerlendirerek iptal etmiştir¹³².

¹²⁸ Danıştay 1. Daire, E. 2003/14, K. 2003/25, T. 27.2.2003, DBB.

¹²⁹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 609.

¹³⁰ Yüksek Planlama Kurulu’nun 7.3.1990 tarih ve ve 90/1 ile 4.4.1990 tarih ve 90/8 sayılı kararları. (Nakleden, Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 610).

¹³¹ Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 232.

¹³² Danıştay 10. Daire E. 2002/4061 , K. 2004/5219, T. 28.5.2004, DBB.

Doktrinde Fransız idare hukukundaki görüşlere paralel olarak ayrılabilir işlemin iptali halinde özel hukuk sözleşmesinin doğrudan geçersiz hale gelmeyeceği de ifade edilmektedir. Ancak akidin işlemin hukuka aykırı olmasından kaynaklanan zararının tazmin edilmesi¹³³, idarenin sözleşme çerçevesinde karşı tarafla anlaşarak bir çözüm bulması veya sözleşmenin feshi için adli yargıya başvurmasının gerekli olduğu savunulmaktadır¹³⁴.

Nitekim Danıştay da özellikle ihale işlemlerinin hukuka aykırılığı gerekçesiyle iptal kararı verdiği kararlarında ihale sonucu imzalanan sözleşmenin geçerliliğinin adli yargı tarafından incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin, Danıştay 13. Dairesinin kararına konu olan olayda, Bursa Büyükşehir Belediyesinin toplu ulaşım sistemi içinde yer alan hafif raylı sistem, lastik tekerlekli toplu ulaşım sistemi ve bu sistemlerin işletilmesi için gereken mekanlar ve eklentilerinin işletilmesi konulu ihalesi ile ilgili olarak Bursa İdare Mahkemesi tarafından encümen kararı, ihale işlemleri ve sözleşmenin iptaline karar verilmiştir. 13. Daire'nin yaptığı temyiz incelemesi sonucunda encümen kararı ve ihale işlemlerine dair iptal hükmü, şartname ve ihale sürecindeki ihale usulünün belirli olmaması, birden fazla işin zorunlu olmadığı halde birlikte ihale edilmesi gibi hukuka aykırılıklar sebebiyle onandığı halde, yerel mahkeme kararının sözleşmenin iptaline ilişkin kısmı,

“(İ)halelerde, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece alınan karar ve yapılan işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerekmektedir.”

gerekçesiyle bozulmuştur¹³⁵.

Danıştayın konu ile ilgili kararlarına bir bütün olarak bakıldığında sözleşmenin dayanağı olarak Bakanlar Kurulu ve YPK kararlarının iptalinin sözleşmeye etkisi ile ihale kararı ve ihale işlemlerinin iptali arasında bir ayırım yaptığı sonucuna da ulaşılabilir. İhalenin iptalinde sözleşmenin geçerliliğini adli yargı değerlendirmesine bırakırken, sözleşmenin dayanağı kararların iptaliyle sözleşmenin de doğrudan

¹³³ Kutlu, **a.g.e.**, s. 43.

¹³⁴ Gözler, **a.g.e.**, s. 227.

¹³⁵ Danıştay 13. Daire E. 2009/7074, K. 2010/2940, T. 06.04.2010 Aynı yönde: Danıştay 13. Daire, E. 2016/674, K. 2016/2040, T. 30.05.2016; Danıştay 13.Daire, E. 2015/2773, K. 2015/3169, T. 16.09.2015; Danıştay 13.Daire, E. 2012/313, K. 2013/2520, T. 08.10.2013 (Sinerji İçtihat Programı).

geçersizliğine hükmetmiştir. Ancak böyle bir ayırım güdülüyorsa dahi kararlarda bu ayırımın dayandırıldığı somut bir gerekçe bulunmamakta, ihalenin iptal gerekçeleri de sözleşmeyi etkilediği halde bu konuda bir değerlendirme yapılmamaktadır.

Fransız idare hukukunda ayrılabilir işlem teorisinin idari sözleşmelerin dava konusu edilememesinden kaynaklanması dolayısıyla aslında bu teorisinin idari sözleşmelerin denetimi için yapay bir araç olarak kullanıldığı belirtilmektedir¹³⁶. Her ne kadar idari sözleşmeler için sözleşme hâkimi ayrı bir karar veriyorsa da idari sözleşmelerde aslında iptal kararı veren hâkimle sözleşme hâkimi sıfatı aynı kişide birleşmektedir¹³⁷. Ülkemizde ise Danıştayın idari sözleşmelere doğrudan dava açılabilmesi yönünde içtihat geliştirmesi, zaten teorisinin bu yönde kullanılmasına ihtiyaç bırakmamıştır.

Dolayısıyla, ayrılabilir işlem teorisinin Fransız idari yargısındaki işlevinin olduğu gibi kabul edilmesinin hem sözleşmelerin yargısal denetimi hem de idarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulama alanındaki farklılık bakımından yerinde olmayacağı söylenebilir. Zira Fransız hukukunda sözleşmenin durumu sadece ayrılabilir işlemle ilişkisi ve iptal kararının sözleşmeye etkisi bakımından incelenmekte, sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim dikkate alınmamaktadır.

Hal böyleyken, ayrılabilir işlem teorisinin idari sözleşmelerdeki işlevinin idari davaya konu olamayan idarenin özel hukuk sözleşmeleri için de benzer şekilde uygulanması, idari yargının idarenin özel hukuk sözleşmelerini de denetlemesi sonucunu doğuracaktır. Hatta sözleşmenin dayanağı olan ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmeyi de doğrudan ve baştan itibaren geçersiz hale getirdiği görüşü¹³⁸, ayrılabilir işlemin sözleşme üzerindeki etkisini Fransız idari yargısının benimsediği uygulamanın da ötesine taşımaktadır.

Ayrılabilir işlemin iptalinin sözleşmeye etkisi bakımından idari sözleşmelerle idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında bir ayırım yapılmamakla birlikte¹³⁹, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan bir iptal hükmünün her iki sözleşme türü için de aynı etkiye sebep olacağını kabul etmek, sözleşmenin nitelik

¹³⁶ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 177.

¹³⁷ **A.e.**

¹³⁸ Özay, **Günışığında Yönetim**, s. 529.

¹³⁹ Kutlu, **a.g.e.**, s. 45.

farkının göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. İdarenin sözleşme öncesi aşamadaki işlemleri bakımından bu sözleşmeler arasında bir fark bulunmasa dahi sözleşmenin uygulanması safhasında ortaya çıkan durumların sözleşmenin tabi olduğu hukuk çerçevesinde çözüme kavuşturulması ahde vefa ilkesinin gereğidir.

İdari sözleşmelerin sözleşme niteliğinin dahi sorgulanıp bir katılma-işlem olarak değerlendirilebildiği¹⁴⁰ nazara alındığında idarenin büyük ölçekli yatırım ve hizmetlerle özelleştirmelerde yaptığı özel hukuk sözleşmelerinin de ayrılabilir işlemler bakımından idari sözleşmelerle aynı şekilde değerlendirilmesi, yatırımcıların öngörülebilirlik beklentisi ve hukuki belirlilik ihtiyacına cevap vermeyecektir. Nitekim bu durum yukarıda anılan Bakanlar Kurulu kararına konu olan özelleştirme işlemlerinde olduğu gibi yabancılaşma unsuru taşıyan sözleşmelerde, idari yargı kararının uygulanmaması krizine dahi sebep olabilmektedir. Uluslararası tahkim yolu öngörülen sözleşmelerde ise idari yargının iptal kararı doğrudan sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran bir unsur olarak değerlendirilmemektedir¹⁴¹. Dolayısıyla özellikle idarenin özel hukuk sözleşmelerinde, ayrılabilir işlemin iptalinin etkisi konusunda sözleşmelerin niteliği ile bağdaşan bir çözüm geliştirilmesi gerekmektedir.

Bu konu kamu ihale sözleşmeleri bağlamında özel hukuk alanında da tartışılmış ve idari yargıda verilmiş olan iptal kararlarının bir özel hukuk sözleşmesi olarak kamu ihale sözleşmelerini kendiliğinden geçersiz hale getirmeyeceği ifade edilmiştir¹⁴². *Buz*, bu konuda iki aşama teorisinin benimsenmesi gerektiğini belirterek, idarenin özel hukuk sözleşmeleri bakımından sözleşme öncesi sakatlıkların, sözleşme için geçersizlik sebebi olup olmayacağına sözleşmenin imzalanmasından sonra özel hukuk çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Çünkü bu teoriye göre sözleşme öncesi işlemler bu aşamada hâkim olan idare hukuku rejimine göre, sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan sonuçlar ise bu safhada hâkim olan özel hukuk rejimine göre değerlendirilmelidir¹⁴³.

Nitekim tahkim şartı bulunan sözleşmelerde, tahkim makamları, idari yargı tarafından verilen iptal kararlarının doğrudan sözleşmenin geçersizliğine sebep

¹⁴⁰ Özay, *Günlükte Yönetim*, s. 511.

¹⁴¹ *Buz*, *a.g.e.*, s. 100.

¹⁴² *A.e.*, s. 104.

¹⁴³ *A.e.*, s. 107-109.

olmayacağı yönünde karar vermekte, bu gerekçeye dayanarak sözleşmenin ifasından kaçındığı kabul edilen idarenin, şirketin müspet zararlarını tazminle yükümlü kılınmasına hükmedilmektedir¹⁴⁴.

Zira özel hukuk bakımından sözleşmenin kurulmasından önceki aşama ile ilgili olarak verilen bir iptal kararının sözleşmenin geçersizliğine sebep olabilmesi için, bunların aynı zamanda borçlar hukuku anlamında da bir butlan sebebi olmasının gerektiği savunulmaktadır. Aksi takdirde yapılan sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olarak isimlendirilmesinin çok güç olacağı ifade edilmektedir¹⁴⁵.

Esasında idare hukuku doktrininde ve Danıştay kararlarında idarenin özel hukuka tabi sözleşmeleri bakımından ihale kararının kesinleşmesine kadarki hazırlık aşamasının idare hukukuna tabi olması, iki aşama teorisinin idare hukukunda da uygulama alanı bulduğunu göstermektedir¹⁴⁶.

Yargıtay da idarenin özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin imzalanmasından önceki ve sonraki işlemleri tabi olunan yargı kolu bakımından ayırmaktadır¹⁴⁷. Eser sözleşmesinin feshinin haksızlığının tespiti ile elatmanın önlenmesi isteğine ilişkin bir davada 15. Daire:

“Eser sözleşmesinin yapılmasından önceki safhada, ihalenin iptali ile ilgili olarak idare ile ihaleye katılan arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri, idari yargıdır. Oysa, somut olayda, ihaleden sonra taraflar arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılmış bir eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözüm yeri de adli yargıdır.”

şeklinde hüküm vererek idarenin taraf olduğu eser sözleşmesinde sözleşme öncesi ve sonrasını yargı yolu bakımından ayırmıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir kararında ise ihalenin iptalinin sözleşmeye etkisi ile ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Karara konu olan olayda, belediyeye ait bir taşınmazın YİD modeli ile işletilmesi amacıyla davalı şirketle sözleşme yapıldıktan yaklaşık iki yıl sonra encümen tarafından ihale kararının iptal edilmesi sebebiyle sözleşmenin iptali talebiyle belediye tarafından dava açılmış, mahkeme ise davacı tarafından alınan ihalenin feshi kararına karşı davalının idari yargıya başvurmamış olması nedeniyle, taraflar arasındaki sözleşmenin kendiliğinden ortadan kalkmış

¹⁴⁴ A.e., s. 100.

¹⁴⁵ A.e., s. 108.

¹⁴⁶ Özay, **Gümsüğünde Yönetim**, s. 530; Gözübüyük/Tan, **a.g.e.**, s. 599, 600; Günday, **a.g.e.**, s. 195.

¹⁴⁷ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi, E. 1997/2847, K. 1997/3122, T. 17.06.1997 (Sinerji İçtihat Programı).

bulduğuna karar vermiştir. İhalenin feshi kararının, dava konusu sözleşme yönünden herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerinin görevli olamayacağı gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulduğu Yargıtay kararında¹⁴⁸ ise aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir:

“(İ)hale yapılıp taraflar arasında dava konusu sözleşme düzenlendikten ve üzerinden iki yıla yakın bir süre geçtikten sonra, açılan iş bu davayla sözleşmeden dönülmesi, Medeni Kanun'un 2. maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kuralına aykırı olduğu gibi, idarenin, devamlılığı ilkesini de ihlal eder mahiyettedir. Kişilerin idare organlarıyla yaptıkları sözleşmelerin, sonradan meydana gelebilecek yönetim değişikliklerinden etkilenmeksizin, yapıldıkları andaki hal ve şartlarla sonuna kadar uygulanacaklarına güvenmeleri, Anayasa'da düzenlenmiş bulunan hukuk devleti ilkesinin başta gelen gereklerindedir. Hukuk devleti, kurallar koymama ve koyduğu kurallara uyulmasını sağlamanın ötesinde, bunlara öncelikle kendisi özenle uyan devlettir. İdarenin belirli bir dönemdeki yönetim organlarıncı hukuka uygun olarak aktedilen bir sözleşmenin, görevi sonradan devralan kişi ve organlarca, hukukumuzca egemen olan sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi bir kenara bırakılarak iptalinin istenmesi, anılan ilkeye aykırıdır. Somut olayda, yapılan sözleşmenin tüm gerekleriyle yürüyeceğine inanılarak, davalı tarafından sözleşmeye ve projesine uygun şekilde inşaata başlanıp, keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda belirtildiği üzere tesis inşaatı %35 oranında tamamlandıktan ve belirli bir miktarda masraf yapıldıktan sonra, davalının, sözleşme öncesi işlemlerde bizzat kendisince yapıldığı ileri sürülen, varlığı ve davalı tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği ve kanıtlanamayan usulsüzlüklere dayanmak suretiyle, iptal isteğinde bulunması, az yukarıda açıklanan iyiniyet kuralı ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır”.

Bu kararda da belirtildiği üzere idarenin kendi hatasından kaynaklanan bir sebeple yaptığı işlemin iptal edilmiş olması veya idare tarafından geri alınması sözleşmenin idare tarafından feshini haklı bir sebep kılmayacaktır. Aksi bir durumun kabulü, özel hukuktaki ahde vefa ilkesine aykırı olduğu gibi idari istikrar ve dolayısıyla hukuk devleti ilkeleri ile de bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkaracaktır.

Genel olarak değerlendirildiğinde, ayrılabilir işlem teorisi ile iki aşama teorisi arasında esasen bir çatışma olmadığı söylenebilir. Zira ayrılabilir işlem teorisi idari yargıda dava konusu edilemeyen işlemlerin tek başına hüküm ifade eden dava konusu olabilecek kısımlarının idari yargı denetimine tabi tutulmasını sağlamaktadır. Ancak, ayrılabilir işlemin iptaline karar verilmesi halinde bunun asıl işlemin geçerliliğine

¹⁴⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1998/4614, K. 1998/5241, T. 9.6.1998 (Sinerji İçtihat Programı).

etkisi başka bir hukuki tartışmanın konusudur. Nitekim bu konuda ayrılabilir işlemle asıl işlemin arasındaki bağın incelenmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak bu incelemenin de sadece ayrılabilir işlemin sözleşme ile ilişkisi boyutuyla yapılması ayrılabilir işlem teorisinin alanının genişletilmesi anlamına gelecektir. Bu yaklaşım Danıştay kararlarında iki aşama teorisi yönünde verilen kararlarla da uyum arz etmeyecektir. Ayrılabilir işlemle asıl işlemin bağının incelenmesi asıl işlemin bir idari sözleşme olması halinde idare hukuku çerçevesinde yapılabilecekken, asıl işlemin özel hukuk alanında olması halinde bunun mümkün olmaması gerekir. Nitekim Danıştayın ihale işlemleri ile ilgili kararları da bu görüşü desteklemektedir.

Bu durumda, sözleşme öncesi veya sonrasında ortaya çıkan sakatlıkların bu sakatlığın tespit edildiği aşamada hâkim olan hukuki rejim çerçevesinde çözümlenmesi, özel hukuk sözleşmesinin mahiyetine daha uygundur. Dolayısıyla sözleşme öncesindeki bir hukuka aykırılığın sözleşme uygulaması sırasında ortaya çıkması halinde, yapılacak değerlendirme ayrılabilir işlemdeki hukuka aykırılığın sözleşme ile ilişkisi ile birlikte, bu hukuka aykırılığın sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim bakımından anlamı ve etkilerinin değerlendirilmesine dayanacaktır. Bu doğrultuda, söz konusu idari işlemin iptali, ancak bunlar özel hukuk açısından da sözleşmeyi sakatlayan sebepler olarak değerlendirildiği takdirde sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır¹⁴⁹. Ancak bu durumun sözleşme imzalanmasından önce tespit edilmesi halinde idare hukuku çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gereklidir.

Eğer özel hukuk alanında iptal kararlarının sözleşmeyi doğrudan geçersiz hale getirmesi isteniyorsa, sözleşmenin imzalanmasından önceki işlemlerin iptalinin sözleşmede bozucu şart olarak yer alması önerilmektedir¹⁵⁰. Ayrıca KÖİ'ye ilişkin uluslararası uygulamalarda da görüldüğü üzere, idarenin sözleşmeyi yetkisi olmadığı halde imzalaması gibi sorunların önüne geçmek için mevzuatta KÖİ uygulama süreci içinde bir ön denetim (*certification*) aşaması oluşturulması gibi mekanizmalar geliştirilebilir¹⁵¹.

¹⁴⁹ Buz, **a.g.e.**, s. 354.

¹⁵⁰ **A.e.**, s. 113.

¹⁵¹ A. C. L. Davies, **The Public Law of Government Contracts**, Oxford University Press, 2008, s. 110-12.

2. Sözleşmelerin Uygulanması Sırasında Ortaya Çıkan Sona Erme Sebepleri

KÖİ sözleşmeleri uygulama aşamasında çeşitli sebeplerle sona erebilir. KÖİ modellerinde uygulama safhasında idarenin hangi gerekçelerle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olduğu ve konunun idare hukukunu ilgilendiren diğer boyutlarının bu kapsamda incelenmesi gerekmektedir.

KÖİ uygulamalarındaki özel hukuk sözleşmeleri sürekli edim yükümü doğuran sözleşme olarak değerlendirildiğinden, bu tür sözleşmelerin ileriye dönük olarak sona erdirilmesi, sözleşmelerin sona erme hallerinden fesih kavramına karşılık gelmektedir¹⁵².

Sözleşmenin uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek fesih hallerinden başlıcası, yüklenicinin kusurundan kaynaklanan sebeplerle idarece fesih halidir. Sağlık hizmetlerinde KÖİ uygulamasına dair Kanun ve Yönetmelikte idarece fesih için detaylı bir düzenleme yapılmış ve çeşitli fesih halleri sayılmıştır. Bunlar; yüklenicinin taahhüdünden vazgeçmesi, yüklenicinin taahhütlerini yatırım döneminde veya işletme döneminde yerine getirmemesi, sağlık hizmetinin sürdürülemez hale gelmesi, yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması ve sözleşmede düzenlenen derhal fesih halleridir¹⁵³.

Bunların dışında Uygulama Yönetmeliği m. 62/7’de;

“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. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir.”

denilerek, bu sona erme hallerine ilişkin hükümlerin sözleşmede düzenleneceği belirtilmiştir.

3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar’ın 28. maddesinde ise sözleşmenin idarece feshine ilişkin sebepler şu şekilde sayılmıştır:

¹⁵² Pekküçlü Karabulut, **a.g.e.**, s. 283, Demirboğa, **a.g.e.**, s. 83.

¹⁵³ 6428 sayılı Kanun m.4; Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 62.

“Uygulama sözleşmesi, görevli şirketin yükümlülüklerini yerine getirememesi veya uygulama sözleşmesi şartlarını ihlal etmesi, iflası, konkordato ilan etmesi, ödeme güçlüğüne düşmesi hallerinde, idare tarafından süresinden önce feshedilebilir. Feshe ilişkin hükümler, feshin sonuçları ve diğer sözleşmelerin akıbetine ilişkin hususlar uygulama sözleşmesinde düzenlenir.”

Her iki düzenleme birlikte ele alındığında, fesih sebebi olarak belirtilen hallerin birbirinden farklılaştığı görülmektedir. Taahhütlerin yerine getirilmemesi genel bir fesih sebebi olarak yer alsa da YKD ile ilgili düzenlemede bu haller daha detaylı olarak belirtilmiş, YİD’e ilişkin düzenlemede ise yüklenicinin mali durumundan kaynaklanan sebeplere yer verilmiştir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda da, sözleşmelerin uygulanması sırasındaki sebeplerden kaynaklanan fesih, sözleşme öncesi sebeplerden kaynaklanan fesihden ayrıca düzenlenmiştir. Kanunun 20. maddesinde idare için sözleşmenin uygulanmasından doğan fesih sebepleri olarak;

“a) Yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi,

b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25’inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi,”

sebeplerine yer verilmiştir. Kanun’un 25. maddesinde ise sözleşmenin feshine sebep olacak birçok yasak fiil ve davranış sayılmıştır¹⁵⁴.

KÖİ modellerinden YKD ve YİD’e dair düzenlemelerde belirtilen sona erme ve fesih sebepleri birbirinden farklılıklar arz ettiği gibi Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda sayılan bu sebeplerin bir kısmının her iki düzenlemede de yer almadığı görülmektedir. Farklı düzenlemelerde yer alan sebeplerin her birinin KÖİ

¹⁵⁴ Bu sebepler 4735 sayılı Kanunun 25. maddesinde şu şekilde sayılmıştır:

“a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29’uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16’ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.”

uygulamalarında fesih sebebi olarak yer alabileceği düşünülduğünde, benzer fesih sebeplerinin bütün düzenlemelerde standart olarak yer alması gerektiği veya bu sebepler yönünden Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu gibi genel bir düzenlemeye atıf yapılmasının daha uygun olacağı söylenebilir.

Ayrıca KÖİ uygulamalarında özel hukuk sözleşmeleri ile hizmetin yürütülmesi söz konusu olduğundan, imtiyaz sözleşmeleri için idarenin sahip olduğu, imtiyazın düşürülmesi¹⁵⁵ ve kamu yararı gerekçesiyle tek taraflı fesih¹⁵⁶ gibi sona erdirmeye yetkileri kullanılamayacaktır. İmtiyaz sözleşmesinde tek taraflı fesih yetkisi sözleşmede öngörülebileceği gibi, sözleşmede yer almamış olsa dahi idare tarafından kullanılabilir. Bu durumda idare verdiği imtiyazı geri satın almakta (*rachat*) ancak, imtiyazcının uğradığı zararı ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle mahrum kalacağı kârları da tazmin etme mükellefiyeti altına girmektedir¹⁵⁷.

Bununla birlikte Danıştay 6. Dairesi bir kararında tek taraflı feshin özel hukuk sözleşmelerinde de söz konusu olabildiğini ve tek başına sözleşmeyi idari sözleşme olarak kabul etmek için yeterli olmadığını belirtmektedir¹⁵⁸:

“Türk Eczacılar Birliği ve Maliye Bakanlığı tarafından imzalanan protokol hükümleri gereği akdedilen sözleşme konusu itibarıyla kamu hizmetine ilişkin olmakla birlikte, sözleşmede özel sözleşmelere de konulan tek taraflı fesih hakkının dışında idarenin gerektiğinde kullanılmak üzere üstün yetkilerle donatıldığını gösteren bir hükmün bulunmadığı, üstelik protokol esaslarına göre yapılacak anlaşmanın uygulanmasından doğacak ihtilafların çözümünün de kurumun bağlı olduğu yer mahkemelerinin yetkili olduğunun belirtildiği görülmektedir. Bu durumda davacı ile davalı idare arasında yapılar sözleşmenin feshinden kaynaklanan uyuşmazlığın, özel hukuk hükümleri doğrultusunda adli yargı yerlerince çözümlenmesi gerekmektedir.”

Nitekim sağlıkta uygulanan YKD modeline dair Yönetmelikte (m. 62/7) de “*yüklenicinin herhangi bir kusuru olmaksızın idare tarafından feshedilmesi... durumunda yüklenicinin zararının ne şekilde ve ne ölçüde telafi edileceği sözleşme ile düzenlenir*” hükmüne yer verilerek idarece tek taraflı feshe imkân verilmiş olmakla birlikte, sözleşmede düzenlenmediği zaman idarece tek taraflı fesih hakkı kullanılamayacaktır.

¹⁵⁵ Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 337; Günday, **a.g.e.**, s. 347; Gözler, **a.g.e.**, s. 440.

¹⁵⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 347; Gözler, **a.g.e.**, s. 440.

¹⁵⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 347-48; Gözler, **a.g.e.**, s. 440-41.

¹⁵⁸ Danıştay 6.Daire, E. 1997/2708, K. 1998/2270, T. 06.05.1998. (Sinerji İçtihat Programı)

Diğer yandan, idarenin özel hukuk sözleşmesinin uygulanması sırasında başvurabileceği fesih işleminin ayrılabilir işlem niteliği ve sözleşme üzerindeki etkisinin de üzerinde durulması gerekmektedir. Bu bağlamda, Danıştayın idarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması sırasındaki fesih gibi işlemlerinin sözleşmeden ayrılamaz nitelikte olduğunu kabul ettiği ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için idari yargıda değil, adli yargıda dava açılabilmesine karar verdiği belirtilmektedir¹⁵⁹. Ancak Fransız Danıştayı idarenin fesih işlemini, sözleşmenin uygulanması ile ilgili tek taraflı ve sözleşmeden ayrılabilir nitelikte bir işlem olarak değerlendirmekte ve bu tür işlemlerin üçüncü kişiler tarafından iptal davası konusu yapılabileceğini kabul etmektedir¹⁶⁰. Fransa’da da başlangıçta sözleşmenin uygulanması sırasındaki idari işlemlerin sözleşme ile bütünlük oluşturduğu düşüncesi hâkim iken, Conseil d’État tarafından 1964 yılında verilen “*Société Anonym LIC*” kararından sonra sözleşmenin feshedilmesi talebinin reddi kararının, 1987 yılındaki bir başka kararı ile de sözleşmenin feshi kararının sözleşmeden ayrılabilirliğinin kabul edildiği, ancak bu işlemlere karşı dava açma yetkisinin sözleşme taraflarına değil, üçüncü kişilere tanındığı belirtilmektedir¹⁶¹. Zira sözleşmenin tarafları sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıklardan dolayı tam yargı davası açabilecekleri için paralel dava yasağı sebebiyle iptal davası açamayacakları kabul edilmektedir¹⁶².

Bu çerçevede Danıştayın idarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması aşamasındaki idari işlemleri ayrılabilir işlem kuramı çerçevesinde değerlendirmeyerek uyuşmazlıkları adli yargıya havale etmesi eleştirilmekte ve uygulama aşamasında da idare hukukuna tabi olan tek taraflı işlemlerin söz konusu olabileceği ve bunların niteliğinin sözleşmeden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁶³.

Gerçekten, Danıştayın sözleşmenin feshi işlemini, özel hukuk sözleşmesine dair olması sebebiyle ayrılabilir işlem niteliği yönünden incelemeye gerek görmeyerek adli yargının görevine girdiği yönünde verdiği kararlar mevcuttur. Örneğin, Danıştay 13. Dairesi, EPDK ile davacı şirket arasında yapılan Ulusal Marker Temin ve

¹⁵⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 230.

¹⁶⁰ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 162-64; Gözler, **a.g.e.**, s. 228.

¹⁶¹ Sezginer, **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, s. 157-164.

¹⁶² Gözler, **a.g.e.**, s. 228; Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFĐ**, C. 55, S. 2, 2006, s. 222-225.

¹⁶³ Gözler, **a.g.e.**, s. 231.

Teslim Sözleşmesinin EPDK tarafından feshine dair işleme karşı şirketin açtığı davada;

“(A)nlaşmazlığın ihalenin kesinleşmesinden sonraki safhada, şartname hükümlerine uygun olarak düzenlenen sözleşme hükümlerinin uygulanması aşamasında doğmuş olması, bu aşamada tesis olunan sözleşmenin feshi işleminin özel hukuk alanına ilişkin bulunması, sözleşmenin fesih koşullarının oluşup oluşmadığının ve feshi gerekip gerekmediğinin söz konusu sözleşmenin özel hukuk hükümleri kapsamında incelenmesi sonucu çözümlenmesi gerektiğinden uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.”

şeklinde karar vermiştir¹⁶⁴.

Ancak, Danıştayın bunun tam tersi yönünde, sözleşmenin uygulanması aşamasında işlemlerin ayrılabilir işlem niteliğindeyse denetlenebileceğine dair kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin 10. Dairenin bir kararında bu görüş şu şekilde belirtilmiştir¹⁶⁵:

“Buna göre, idare ile özel hukuk sözleşmesi imzalanmasına kadar geçen süreçteki işlemler, idari işlem niteliği itibarıyla idari yargının denetimine tâbi iken; sözleşmenin imzalanmasından sonraki aşamalarda tesis edilen işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümü, sözleşmeden ayrılabilir nitelikte olmadıkça, adli yargı yerine ait bulunmaktadır.”

Nitekim Danıştayın ayrılabilir işlem değerlendirmesi yapılmadan fesih işleminin sözleşmenin uygulanması ilgili ile olduğu gerekçesiyle adli yargının görevli olduğu yönündeki yerel mahkeme kararlarını bozduğuna da rastlanmaktadır¹⁶⁶.

“Dava konusu işlem, davalı idarece alınmış kira sözleşmesindeki fesih hakkının tek taraflı olarak kullanılmasına ilişkin idari bir işlem olmakla beraber kesin yürütülebilir nitelikte işlem olmadığından ve idarece bu işlem üzerine adli yargıda tahliye davasının açılması gerekeceğinden İdare Mahkemesince davanın bu nedenle <yürütülmesi gerekli bir idari işlem niteliğinde olmadığı> nedeniyle reddi gerekirken uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine göre çözümleneceği gerekçesiyle görev yönünden reddinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

Bununla birlikte Danıştay, sözleşmenin uygulanması sırasındaki fesih işlemi hakkında alınan ihtiyati tedbir kararıyla da uyuşmazlığın esasının çözülemeyeceği görüşündedir. Danıştay 1. Dairesi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından bir

¹⁶⁴ Danıştay 13.Daire, E. 2005/7570, K.2005/3453, T. 15.07.2005; Aynı yönde: Danıştay 6.Daire, E. 1996/3976, K. 1997/3037, T. 17.06.1997; Danıştay 13.Daire, E. 2009/4639, K. 2009/10266, T. 23.11.2009 (Sinerji İçtihat Programı).

¹⁶⁵ Danıştay 10.Daire, E.2012/8825, K.2015/5399, T. 30.11.2015 (Sinerji İçtihat Programı).

¹⁶⁶ Danıştay 8.Daire, E. 2002/1654, K. 2003/1422, T. 31.03.2003; Aynı yönde, Danıştay 8.Daire, E. 2002/5518, K. 2003/2950, T. 17.06.2003 (Sinerji İçtihat Programı).

YİD sözleşmesinin feshi işlemine karşı Asliye Hukuk Mahkemesinde tek taraflı fesih işleminin iptali ve sözleşmenin devamı amacıyla açılan davada alınmış olan ihtiyati tedbir kararının, sözleşmeye yürürlük kazandırmayacağına karar vermiştir¹⁶⁷.

E. Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları ve Tahkim

Ülkemizde idarenin sözleşmeleri ve kamu hizmeti kavramı ile ilgili tartışmaların temelinde çoğu zaman ortaya çıkacak uyuşmazlıkların nerede görüleceği meselesi yatmaktadır¹⁶⁸. KÖİ uygulamalarında ise uyuşmazlıkların çözüm yollarını belirleyen en temel husus, sözleşmelerin niteliğidir. Bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğu belirlendikten sonra, tarafların iradesiyle görevli yargı düzeninin değiştirilmesi mümkün değildir¹⁶⁹. Bu husus Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararında¹⁷⁰ şu şekilde belirtilmiştir:

“(İ)dari hizmet sözleşmesi niteliğindeki bir sözleşmede uyuşmazlığın görüm ve çözümünün adli yargı mercilerinin görevinde olduğunun belirlenmesi, sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanmasında ölçüt olarak kabul edilemez. Zira görevli yargı yerinin belirlenmesi kamu düzenine ilişkin olup taraf iradesiyle değiştirilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır.”

Ancak, yargı yolunun yasama iradesiyle de değiştirilemeyeceğine karar veren Anayasa Mahkemesi kararından¹⁷¹ sonra, imtiyaz sözleşmelerinde tahkim şartı konulabilmesi Anayasa'nın 125. maddesine eklenen “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*” hükmü ile mümkün hale getirilmiştir. Dolayısıyla, 1999 yılındaki Anayasa değişiklikleri ve 2577 sayılı İdari

¹⁶⁷ “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yukarıda anılan hükümlerinin yorumlanması sonucu oluşan Yargıtayın yerleşik içtihadında, davanın esasını çözümleyecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu içtihad ile yukarıda açıklanan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, bir sözleşmenin idarece feshedilmesi işlemi hakkında mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı, feshedilen sözleşmeye yürürlük kazandırmayacağından, konu hakkında açılan dava sonuçlanıncaya kadar, bu sözleşmenin 4628 sayılı Kanun ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde tanımlanan mevcut sözleşme olarak kabulünün mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” (Danıştay 1. Daire, E. 2003/19, K. 2003/26, T. 27.2.2003, DBB).

¹⁶⁸ Turan Yıldırım, “İdari Uyuşmazlıkların Adli Yargıda Çözümlemesi”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu: Bildiriler- Tartışmalar-II**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 39.

¹⁶⁹ Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 81.

¹⁷⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2010/5, T. 12.3.2010 (Sinerji İchtihat Programı).

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.6.1995. R.G. T. 20.03.1996, S. 22586.

Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra kamu hizmeti-idari sözleşme ilişkisinde yaşanan kırılma, idari sözleşme-idari yargı ilişkisinde de yaşanmış ve imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulüne başvurulabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu şekilde, imtiyaz sözleşmelerindeki tahkim şartının, yargı yolunun değiştirilmesi sebebiyle kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği, doğrudan Anayasa ile konulan bir istisna haline getirilmiştir¹⁷².

İmtiyaz sözleşmeleri için tahkim yoluna dair Anayasal dayanak oluşturulması, Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası antlaşma ve sözleşmede yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili olarak kabul edilmiş olan tahkim usulünün uygulanabilirliğinin sağlanmasını amaçlamıştır¹⁷³. Zira Anayasa değişikliği öncesinde Türkiye'nin taraf olduğu yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları ile 1988 yılında onayladığı ICSID Konvansiyonu¹⁷⁴ ve 1991 yılında onayladığı Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa-Cenevre Konvansiyonu¹⁷⁵ ile Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu¹⁷⁶ yatırım uyuşmazlıklarında tahkim usulünü öngörmüştür. Anayasa değişikliği, ilgili kanunların bu sözleşmelerle uyumunu sağlamayı amaçlamıştır¹⁷⁷. Nitekim imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulü müstakil olarak 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanunla düzenlenmiştir.

İdari sözleşmeler bakımından uyuşmazlığın idari yargıda çözümlenmesi halinde en temel soru, sözleşmenin doğrudan dava konusu yapıp yapılamayacağıdır. Türk idare hukuku doktrininde de idari sözleşmelere karşı üçüncü kişiler tarafından iptal davası açılması konusunda Fransız idare hukukundakine benzer şekilde olumsuz cevap verilirken¹⁷⁸, Danıştayın yaklaşımı idari sözleşmelerin de idari işlem ile aynı

¹⁷² Yasama organının yargı yolunu değiştirme yetkisi olup olmadığı konusunda karşıt görüşler mevcuttur. Günay, İdari yargının görev alanının Anayasa ile korunduğu görüşünü savunurken, Özay, yasal düzenlemelerin uyuşmazlıkların maddi niteliğini değiştirmeyeceğini ancak, çözüm alanını birinden diğerine aktarabileceğini ifade etmektedir. Bu konudaki görüşler ve gerekçeleri için bkz. Turgut Tan, "İdare Hukuku ve Tahkim", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 7.

¹⁷³ Uğur Emek, "Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim", **Perşembe Konferansları (3)**, Rekabet Kurumu, 1999, s. 6.

¹⁷⁴ R.G. Tarih: 6.12.1988, Sayı: 19830.

¹⁷⁵ R.G. Tarih: 23.9.1991, Sayı: 21000.

¹⁷⁶ R.G. Tarih : 25.9.1991, Sayı: 21002.

¹⁷⁷ Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s. 165-69.

¹⁷⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146, Gözler, **a.g.e.**, s. 219.

şekilde değerlendirilmesi ve doğrudan bir iptal davasına konu edilebileceği şeklindedir¹⁷⁹. Ancak Fransız Danıştay idari sözleşmelerde üçüncü kişiler tarafından iptal davası konusu edilebilecek işlemlerin ancak idarenin sözleşmeden ayrılabilen tek taraflı işlemleri olduğu görüşünü istikrarlı şekilde uygulamaktadır¹⁸⁰.

Sözleşmenin tarafları ise birbirlerine karşı iptal davası değil, sözleşmeden doğan tam yargı davası açma hakkına sahiptir¹⁸¹. *Gözübüyük*, idari sözleşmelerden dolayı üçüncü kişilerin sözleşmenin iptali talebiyle açtıkları davaların da tam yargı davası olduğunu savunmaktadır¹⁸².

Danıştayın bu konudaki yaklaşımındaki temel problem, idari sözleşmenin tamamen idarenin tek yanlı bir işlemi gibi değerlendirilmesidir. İdari sözleşmelerin en temel özelliği olan tek yanlı değişiklik yapma yetkisi, sözleşmeye üçüncü kişiler tarafından doğrudan dava açılabilmesi ile birlikte değerlendirildiğinde idari sözleşmenin idarenin tek yanlı işlemleri ile çok benzer nitelikte algılanması sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁸³.

Örneğin istikrar kazanmış içtihatlarla özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmiş olan¹⁸⁴ abonman sözleşmesinin idari sözleşme olduğu sonucuna ulaşan Danıştay 8. Dairesine ait bir karar, bu yaklaşımı göstermesi açısından örnek gösterilebilir. Kararda bu sonuca ulaşılrken, idari sözleşmenin idarenin tek yanlı işlemlerinden farklı değerlendirilmediği görülmektedir. Abonman sözleşmesinin neden özel hukuk sözleşmesi olamayacağı izah edilirken,

“Aksi takdirde, yukarıda belirtildiği gibi kamu hizmetinin ifasındaki bazı koşulları düzenleyen tarife vs. değişikliklerin daha önceden yapılan abonman sözleşmelerine uygulanmaması gerekir. Bunun da süreklilik arz eden ve günün koşullarına göre maliyeti değişen kamu hizmetlerinde kabulünün imkansız olduğu açıktır.”

denilerek, idari sözleşmelerin, hukuki belirlilik ve idari istikrar ilkelerine aykırı bir anlayışla değerlendirildiği görülmektedir. Bu yorumun sonucunda, abonman sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi sayarak görev yönünden davayı reddeden idare

¹⁷⁹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 149, Duran, **Yap-İşlet-Devret**, s. 169.

¹⁸⁰ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 146.

¹⁸¹ **A.e.** s. 277.

¹⁸² **A.e.** s. 278.

¹⁸³ Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, s. 198-200.

¹⁸⁴ Danıştay 13. Daire, E. 2012/1871, K. 2013/276, T. 6.2.2013, DBB; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 1998/4263, K. 1998/6098, T. 2.6.1998 (Sinerji İctihat Programı); Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1994/26, K.1994/28, T. 14.11.1994, R.G. T. 11.12.1994, S. 22138 (Sinerji İctihat Programı).

mahkemesi kararı, “(İ)darenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerleri görevlidir.” gerekçesiyle bozulmuştur¹⁸⁵.

İdari sözleşmelerle ilgili bütün bu tartışmaların bir yansıması olarak Türkiye’de uygulanan KÖİ modellerine ilişkin kanunlarda bu uygulamalarla ilgili sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu kanunla belirtildiğinden, bunlarda adli yargının görevli olacağı açıktır. Ayrıca KÖİ uygulamalarına dair düzenlemelerde bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna da başvurulabileceği belirtilmiştir.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar’ın ihtilafların halli başlıklı 32. maddesinde;

“Uygulama sözleşmesi ve görevli şirketin kamu kurum ve kuruluşlarıyla yaptığı diğer sözleşmelerin uygulanması sırasında doğabilecek hukuki ihtilaflar Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına tabi olup, ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti Mahkemeleri görevli ve yetkilidir.

Ancak, taraflar uygulama sözleşmesinde ihtilafların tahkim yolu ile çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda ihtilafın esasına Türk maddi hukuk kuralları uygulanır.”

hükmü yer almaktadır.

Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği’nin 67. maddesinde ise;

“Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması ve davanın Türkiye’de görülmesi kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.”

hükmü bulunmaktadır.

KÖİ modellerindeki düzenlemelerde davanın esasına Türk maddi hukukunun uygulanması şartının bulunması, imtiyaz sözleşmelerindeki tahkim usulü ile önemli bir farklılık oluşturmaktadır. Zira imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulüne dair Kanunda, yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde, bunlardan doğan uyuşmazlıklara

¹⁸⁵ Danıştay, 8. Daire, E. 1998/2595, K. 1998/4026, T. 3.12.1998, DBB.

yabancı hukukun uygulanması ve yabancı ülkede veya kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda çözülmesinin kabul edilebileceği belirtilmiştir¹⁸⁶.

Tahkim usulü, hem imtiyaz sözleşmeleri hem de özel hukuk sözleşmeleri ile uygulanan KÖİ modellerinde kendine yer bulduğundan, kamu hizmetlerinin yürütülmesini konu edinen bu yöntemlerde tahkim usulünün nasıl uygulanacağı önem kazanmaktadır. Bu kapsamda en önemli sorun bu tür uygulamalarda tahkim yolunun herhangi bir ticari tahkim yargılamasından farklı olup olmayacağıdır.

Gülan bu konuda çeşitli alternatiflerin ortaya çıkabileceğini belirtmekle beraber, kamu hizmeti kavramının dönüştürücü etkisine atıfta bulunarak kamu hizmeti ilkeleri ile tahkim arasında dengeleyici bir düzenleme yapılabileceğini ifade etmektedir. Bu kapsamda hem idari sözleşmeler hem de özel hukuk sözleşmeleri için imza safhasından önce bir hukukilik denetimi yapılmasını öngören ayrıntılı bir idari usul düzenlenmesinin uygun olabileceği önerisinde bulunmaktadır¹⁸⁷.

Tahkim usulünde hakeme verilen yetki sözleşme ile belirleneceğinden, tahkim sözleşmelerinde detaylı bir düzenleme yapılması gerekmektedir¹⁸⁸. Zira yatırım kavramı, idare açısından genellikle kamu hizmetinin yürütülmesinin bir aşamasını ifade ederken, yüklenici açısından ticari bir faaliyet anlamı taşımaktadır. Özellikle uluslararası yatırımlar alanına geçildiğinde yabancı yatırımcıların uzun süreli yatırım kararlarında öngörülebilirlik beklentileri de artmakta ve bu tür yatırımların tabi olacağı uyuşmazlık çözümü usullerinin daha detaylı olarak belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. KÖİ uygulamalarında yukarıda ifade edilen hususlarda sözleşmelerin ve ilgili mevzuatın daha belirli hale getirilmesi yanında uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim usulünün öngörülmesi halinde bu başvuru yolunun kapsamı ve çerçevesinin de daha net şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, imtiyaz sözleşmelerinde ve özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülen KÖİ uygulamalarında

¹⁸⁶ 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İkelere Dair Kanun m. 3.

¹⁸⁷ Aydın Gülan, “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 154.

¹⁸⁸ Emek, “**Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim**”, s. 21.

tahkim konusunun uygulama sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile belirlenmesi yerine müstakil ve detaylı bir tahkim sözleşmesinin yapılması yerinde olacaktır¹⁸⁹.

KÖİ sözleşmelerinde söz konusu olabilecek olan yatırım tahkimi, ticari tahkimden farklılaşan özelliklere sahiptir. Öncelikle ticari tahkim şirketler arasında da söz konusu olabilirken, yatırım tahkimi devletlerle şirketler arasındaki bir tahkim yoludur. Bu nedenle devletlerle yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıkları uluslararası ticari tahkimden giderek ayrılmakta ve uluslararası yatırım hukuku olarak adlandırılan alanın en önemli başlıklarından birini yatırım uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Devletlerin düzenleme yetkileri ile yatırımcıların sözleşmeden doğan hak ve menfaatlerinin korunması arasındaki ilişki ise dolaylı kamulaştırma (*indirect expropriation*) kavramı çerçevesinde çokça tartışma konusu yapılmaktadır¹⁹⁰.

Bu bağlamda, şirketler arasındaki ticari tahkim kurallarının, devletlerle şirketler arasındaki uluslararası yatırım uyuşmazlıklarına da aynı şekilde uygulanması eleştirilmekte ve devletlerin kamu yararı amacı ve bu kapsamdaki yükümlülüklerinin de bir orantılılık (*proportionality*) ölçütü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹¹. Dolayısıyla uluslararası yatırım tahkiminde ticari tahkimden farklı olarak bir takım kamu hukuku ilkelerinin de dikkate alınması gerektiği düşüncesi, yatırım tahkimini farklılaştıran hususlardan biri olarak uluslararası literatürde tartışılmakta ve bazı hakem kararlarında uygulama alanı bulmaktadır¹⁹².

Uluslararası yatırım tahkiminde idarenin kamu yararı amacı ile özel kişilerin uğradığı zararlar arasında ortaya çıkan çatışmalarda, daha önceleri sadece “*sole effects doctrine*” denilen ve sadece yatırımcının uğradığı zararları dikkate alan uygulamanın

¹⁸⁹ Nur Zeliha Karan, “İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 14 Şubat 2009, s. 275.

¹⁹⁰ Dolaylı kamulaştırma konusunda detaylı bilgi için bkz. Pınar Baklacı, “Uluslararası Yatırımlarda “Dolaylı Kamulaştırma” ve Düzenleyici Yetkiler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 28, S. 1-2, 2008.

¹⁹¹ William W. Burke-White, Andreas von Staden, “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, **The Yale Journal Of International Law**, Vol. 35, 2010, s. 345.

¹⁹² Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (29 May 2003). Ölçülülük/orantılılık ilkesi Türkiye gündeminde de önemli bir yer işgal etmiş olan ÇEAŞ ve KEPEZ tahkim davalarında da gündeme gelmiştir. Zira bu tahkim yargılamaları sırasında davacı tarafın en temel argümanlarından biri, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu’nun sadece bu şirketlerin imtiyaz sözleşmelerinin feshedilmesi amacını taşıdığı ve sözleşmelerin feshedilmesi ve tüm mülklerine el konulmasının, şirketlerin kusurlarına karşı orantılı/ölçülü bir müdahale olmadığı yönünde olmuştur. (Kemal Uzan ve Diğerleri-Türkiye Davası, Başvuru No: 18240/03, AİHM, İkinci Daire, 29 Mart 2011, Kabul Edilebilirlik Kararı, (çevrimiçi) <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/18240-03.pdf>, 08.09.2014)

zamanla kamu yararı ve kamu düzenini de dikkate alan bir ölçülülük değerlendirmesine doğru evrilmeye başladığı söylenebilir¹⁹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasında önemli bir geçmişe sahip olan ve genellikle mülkiyet hakkı ile devletlerin düzenleme yetkileri arasında ortaya çıkan davalarda başvuru bir ilke olarak orantılılık, AİHM kararları içinde önemli bir yere sahiptir.

Zamanla yatırım ihtilaflarında da uygulanmaya başlanan orantılılık ilkesi ihtilafların çözümünde bir özel hukuk yolu olan tahkim usulünde kamu hukuku ilkelerinin nazara alınması bakımından önem arz etmektedir¹⁹⁴. Bu kapsamda idarenin birel veya düzenleyici bir işlemi yaparken güttüğü kamu yararı amacı ile yatırımcının hak ve menfaatleri ve haklı beklentileri arasında bir değerlendirme yapılmaktadır. İdarenin işlemi, öncelikle gereklilik (*necessity*) ve uygunluk (*suitability*) açısından değerlendirilmekte, sonrasında ise yatırımcının zararı ile işlemin buna sebep olma derecesi birlikte değerlendirilerek (*strict proportionality test*) işlemin makul (*reasonable*) olup olmadığı belirlenmektedir. Bu değerlendirme sonucunda yatırımcı için dolaylı bir kamulaştırma (*indirect expropriation*) söz konusu olduğu sonucuna ulaşırsa, belirlenecek bir tazminatın yatırımcıya ödenmesi gerekmektedir. Ancak orantılı bir müdahale olduğuna karar verirse bu durumda devlet için herhangi bir tazminat sorumluluğu doğmamaktadır¹⁹⁵.

Buradaki değerlendirme yatırımcının haklarının ihlal edilip edilmediğinden hareketle yapılıyor olsa da, idari işlemin kamu yararı veya kamu düzeni amaçlarına uygunluğunun da yapılan işlemin öngörülen amaca uygunluk ve yatırımcıya etkisi boyutlarıyla değerlendirildiği görülmektedir. Bu kapsamda uluslararası yatırımlarla ilgili olarak kamu düzeni ve kamu yararı ilkeleri çerçevesinde yapılan müdahaleler uluslararası hukuk bakımından egemenlik yetkisi ve bunun kullanımında orantılılık ilkesi çerçevesinde tartışılmakta ve bütün hukuk sistemleri için ortak bir sorun alanı teşkil etmektedir.

Bu bağlamda, Kara Avrupası hukuk sistemi içindeki ülkelerde idare hukuku kapsamında değerlendirilen hususlar, Anglosakson hukuk sistemi kapsamındaki

¹⁹³ Olynyk, **a.g.e.**, s. 295-296.

¹⁹⁴ Henckels, **a.g.e.**, s. 228-230.

¹⁹⁵ *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 195, (12 May 2007) https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC627_En&caseId=C208

lkeler bakımından da bir bakıma anayasa ve devletler genel hukukundaki ilkeler çerçevesinde ve temelde devletin egemenlik yetkisi kapsamında incelenmektedir. Bu kapsamda egemenlik (*sovereignty*) ilkesi devletler arasındaki ihtilaflardan öte yatırımcılarla devlet arasındaki ihtilaflar için de sıkça başvurulan bir ilke haline gelmiştir. İdarenin regülasyon yapma yetkisi ve kamu yararı ve kamu düzeni amacıyla kullandığı yetkiler egemenlik ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirilmekte ve bu doğrultuda kamu hukuku-özel hukuk ihtilafları başka bir boyutta yine ortaya çıkmaktadır.

KÖİ uygulamalarında yukarıda incelendiği üzere yargı yolu ve tahkim dışında da uyuşmazlık mekanizmaları kullanılabilir. Bu zm yolları bağlayıcı olmamakla birlikte, taraflar arasındaki müzakerelerin daha belirli bir çerçeve içinde yürütülmesi bakımından faydalı olabilecektir. Bu nedenle KÖİ modellerine ilişkin düzenlemelerde veya sözleşmelerde bu tür mekanizmaların tanımlanması ve yargı yolu veya tahkim aşamasından önce bu yollara başvurulması zorunlu tutularak, uyuşmazlıkların daha kolay bir şekilde çözülmesi sağlanabilir.

F. Kamu zel İşbirliği Modellerinin Düzenleme erevesi

Altyapı hizmetleri alanında genel anlamda düzenleme çerçevesinin; bir düzenleyici organ tarafından takdirli düzenleme (*discretionary regulation*), idari sözleşme veya özel hukuk sözleşmesi olmak üzere üç farklı araçla oluşturulabileceği belirtilmektedir¹⁹⁶. Bu araçlardan herhangi birinin seçimi bir düzenleme stratejisi olarak aynı zamanda ekonomik ve politik bir tercih niteliği de taşıdığından zamanla birinden diğerine geçilmesi ve tercihlerin değiştirilmesi mümkün olabilmektedir. Bu anlamda enerji ve telekomünikasyon piyasalarında sözleşmelerden düzenleyici kurumların yönetimindeki lisanslama rejimine doğru yaşanan değişim ve 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kamu hizmetlerinin yürütülmesinde özel hukuk sözleşmelerinin kullanılabilmesi yönündeki değişimler de bu tercihlerin bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu zel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı

¹⁹⁶ Jos A. Gmez-Ibañez, **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**, Harvard University Press, 2003, s. 27-32.

Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla ilgili kararında¹⁹⁷ yer alan aşağıdaki ifadeler Anayasa Mahkemesinin de artık bu görüşü benimsediğini açık biçimde ortaya koymaktadır.

“Anayasa'nın 47. maddesinde, kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmekle birlikte, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu konuda gözönünde tutulması gereken ölçüt, kamu yararının daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Esasen kamu hizmetinin hangi usulle işletilmesi hâlinde kamu yararının daha kolay ve etkili biçimde gerçekleşeceği meselesi, bir yerindelik sorunu olup anayasallık denetiminin dışında kalmaktadır.”

Kamu hizmetlerinin gördürülmesindeki yöntem kanun koyucunun takdir yetkisinde olan bir yerindelik meselesi olarak değerlendirildiğinde, en önemli olan husus Anayasa Mahkemesinin de vurguladığı gibi bu yöntemler içinde kamu yararının korunmasıdır¹⁹⁸. Bu nedenle ülkemizdeki gibi idari rejimi benimseyen ülkelerde kamu hizmeti niteliğindeki altyapı hizmetlerinin görülmesinde özel hukuk sözleşmeleri kullanılsa bile bu yapı içinde kamu yararının korunmasına dönük bir düzenleme çerçevesinin oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır¹⁹⁹. Nitekim KÖİ'nin bu açıdan daha detaylı bir düzenleme ihtiyacını ortaya çıkardığı belirtilmektedir²⁰⁰.

KÖİ uygulamalarında, yatırım projelerinin finansmanı ve yürütülmesinin farklı modellerle hayata geçirilmesinin yanında süreç yönetimine de daha fazla önem atfedildiği görülmektedir. Zira KÖİ yönteminin uygulanmasındaki temel gerekçe, projenin tasarım ve uygulamasında özel sektörün etkinlik ve verimlilik çözümlerindeki tecrübesinden ve yenilikçiliğinden daha fazla yararlanmaktır. Bu da işin teknik özellikleri sebebiyle bir zorunluluk olarak ortaya çıkabileceği gibi özel sektörün bu yeteneklerinden daha çok yararlanma amacını taşıyan bir tercih de olabilir. Dolayısıyla

¹⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015, S. 29327.

¹⁹⁸ Anayasa Mahkemesi aynı kararda yasal düzenlemelerde kamu yararının denetimi ile ilgili olarak ise şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığı incelenebilir.”

¹⁹⁹ Custos, Reitz, **a.g.e.**, s. 583

²⁰⁰ Dewulf, Blanken, Bult-Spiering, **a.g.e.**, s. 40.

buradaki temel mesele özel sektör finansmanı ve teknik becerisinden yararlanırken kamu yararının da gözetilmesi ve hizmetinin temel gerekliliklerinin karşılanmasıdır.

Bu bağlamda idarenin görevi, hizmetten yararlananların haklarının korunması ile hizmetin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi için özel sektöre yeterli riskin devredilmesi arasındaki dengenin sağlanmasıdır. Bu amaçla yapılacak düzenlemelerde hizmetten yararlananların haklarının korunması ile özel sektör tarafının yapacağı yatırım için öngörülebilir bir çerçeve oluşturulması amaçlarının bir arada gerçekleştirilmesi gerekmektedir²⁰¹.

Bu konu KÖİ uygulamalarının ülkemizde özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülüyor olması dolayısıyla da ayrı bir önem kazanmaktadır. Zira idari sözleşmelerde kabul edilen içtihadî ilkeler idareye belirli gerekçelerle sözleşmeye müdahale yetkileri vermektedir. Ancak Anayasa değişikliği sonrasında özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülen yatırım ve hizmetlerde KÖİ modellerinin uygulanması, kamu yararının korunması ile hizmetin etkinliğinin arasındaki dengenin sağlanmasını çok önemli hale getirmektedir.

Esasen bizim hukuk sistemimizdeki gibi kamu hizmeti kavramı ekseninde tanımlanan ayrı bir idari sözleşme kategorisine sahip olmasa da KÖİ uygulamalarının daha fazla öne çıktığı İngiltere’de ve benzer şekilde ABD’de “*public contracts*” veya “*government contracts*” adıyla uygulanan kamu ihale sözleşmeleri, ihale usulleri, sözleşme imzalama yetkisi gibi konularda kamu hukukuna dayanan bazı farklı özelliklere sahiptir. ABD’de bu sözleşmeler yoğun bir düzenleme çerçevesine sahip bulunmakta, İngiltere’de ise bu sözleşmelerde idarenin taraf olmasından kaynaklanan bazı farklı ilkeler söz konusu olmaktadır²⁰². Ancak İngiltere’de de bu tür sözleşmeler için daha detaylı bir düzenleme çerçevesine ihtiyaç olduğu belirtilmektedir²⁰³. Zira özellikle sözleşme ilişkilerinde idarenin ve yürütülen hizmetin farklı özellikleri salt özel hukuk yaklaşımını da sorgulanır hale getirmiş ve Fransız hukuk sisteminde olduğu gibi tamamen ayrı bir sözleşme kategorisi oluşturulmasa da bu farklı niteliklerin doğurduğu meseleler bakımından daha detaylı olarak düzenlenmiş bir hukuki çerçeveye ihtiyaç duyulmasına yol açmıştır.

²⁰¹ Savas, **a.g.e.**, s. 250.

²⁰² Davies, **a.g.e.**, s. 59.

²⁰³ **A.e.**, s. 90.

Dolayısıyla özel kesimin kamu hizmetleri alanında artan rolünün birtakım kamu hukuku problemleri ortaya çıkarmasına idari rejime sahip olmayan ülkelerde de rastlanmaktadır. ABD’de de bu olgu daha geniş bir çerçevede anlaşılan özelleştirme kavramı etrafında tartışılmakta ve kamusal yetkilerin devredilemezliği ile ilgili anayasal sınırların aşındırılması sorununu ortaya çıkardığı ifade edilmektedir²⁰⁴. Bu nedenle yeterli denetim mekanizmalarının kurulması ve özel sektörün kamu hizmetleri alanında aldığı rollerin, anayasa ile güvence altına alınmış bireysel hakların tehlikeye düşeceği bir kontrolsüz alan oluşturulmaması gerektiği savunulmaktadır²⁰⁵.

Ülkemizde de özellikle yargı kararlarında kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi kabul edilen kamu ihale sözleşmelerine dair oldukça detaylı bir düzenleme çerçevesi bulunmakla birlikte, kamu hizmetlerinin konu edildiği veya kamu hizmeti ile yakından ilişkili altyapı hizmetlerine dair özel hukuk sözleşmeleri için bu düzenlemelerin de daha farklı şekilde ele alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. KÖİ uygulamaları da genel itibarıyla altyapı hizmetlerini konu edindiğinden, çeşitli modeller kapsamında yapılacak sözleşmelerin konusunun kamu hizmeti niteliğinde olması mümkün olabilmektedir. Nitekim Danıştay kamu kurumlarının görev alanına giren yolcu ve yük terminalleri ile katlı otoparkların yapımı, havalimanı yer hizmetlerinin yürütülmesi gibi altyapı hizmetlerinin bir kamu hizmeti niteliğinde olduğu şeklinde kararlar vermektedir²⁰⁶.

Dolayısıyla KÖİ modellerinin uygulanmasına dönük sözleşmeler özel hukuk sözleşmelerinin kamu hizmetinin yürütülmesi alanına doğru genişlemesinin örneğini oluşturmakta ve bu nedenle sözleşmelerin yapılması ve uygulanmasında kamu hizmetinin niteliği ve özelliklerini dikkate alan bir düzenleme yaklaşımı geliştirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu açıdan KÖİ, idarenin düzenleme fonksiyonunun kamu hizmetlerinin sözleşme ile gördürülmesi alanında daha fazla öne çıkmasını da gerektirmektedir.

Bu doğrultuda kamu hizmetinin gerektirdiği ilkelerin ve kamu yararının korunmasına dönük önlemlerin sözleşmelerde veya ilgili düzenlemelerde daha somut

²⁰⁴ Gillian E. Metzger, “Privatization as Delegation”, **Columbia Law Review**, Vol. 103, October 2003, s. 1370.

²⁰⁵ **A.e.**, s. 1374.

²⁰⁶ Danıştay 10. Daire E. 1995/4326, K. 1996/2769 T. 21.5.1996, DBB; Danıştay 10. Daire E. 2002/5500, K. 2003/1119, T. 26.3.2003, DBB.

biçimde yer alması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, bir kamu hizmeti veya bununla ilişkili bir altyapı hizmeti özel kişi tarafından özel hukuk usullerine göre yürütülüyor olsa da faaliyetin niteliği değişmediğinden idarenin hizmeti yürüten rolünden çekildiği ölçüde hizmetin nitelik ve nicelik göstergelerini belirleme, bunları izleme ve denetleme konusundaki rolü daha fazla önem kazanmaktadır.

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin bir kararında işletme hakkının devri ile mülkiyetin devri yoluyla özelleştirme arasında buna benzer bir ayırım yapılarak işletme hakkı devrinde yürütülecek hizmete dair koşulların belirlenmesinin gerekliliği şu şekilde ifade edilmiştir:

“(İ)şletme hakkının devrinde, Devletin mülkiyet hakkına bağlı olarak, kuruluşun, üretimini, yatırımını gözeten şartların, İdarece belirlenmesi, kuruluşun devamlılığını sağlamak yönünden bir zorunluluk ise de, mülkiyetin devri konu olduğunda, özelleştirilecek kuruluşun özelliği ve içinde bulunduğu sektörün şartları gözönüne alınarak aynı nitelikte şartlar getirilmesine engel bulunmamakla beraber, mülkiyet hakkının tasarruf imkanını bünyesinde taşıması karşısında aynı zorunluluktan bahsetmeye olanak bulunmamaktadır.”²⁰⁷

Bu kararda kamu hizmeti niteliği değil, mülkiyet hakkı üzerinden bir gerekçelendirme yapılmış olsa da mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilen kamu hizmetleri ile işletme hakkının devredilmesi arasında bir ayırım yapılarak, işletmesi özel sektöre bırakılmış olmakla birlikte kamu hizmeti niteliği devam eden faaliyetlerle ilgili olarak idarenin gerekli düzenlemeleri yapmasının bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir.

Diğer yandan, KÖİ hangi kamu hizmeti ile ilgili olursa olsun, bu hizmet kamu hizmeti statüsünden çıkmadıkça yukarıda incelenen Anayasa Mahkemesi kararında²⁰⁸ belirtildiği gibi hizmetin “*etkili, verimli ve düzenli bir şekilde sunumunu doğrudan etkileyecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme görev ve yetkisi*” söz konusu hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken boyutunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin de kamu hizmetlerinin yürütülüşüne dair ilkelerin korunmasını amaçlayan ilke ve kuralların idare tarafından

²⁰⁷ Danıştay 13. Daire E. 2005/8007, K. 2006/1971, T. 26.4.2006, DBB.

²⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/44, K. 2011/27, T. 26.1.2011, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar, R.G. T. 14.4. 2011, S. 27905.

belirlenmesi ve bunların uygulamasına dair denetim yapılmasının idare açısından bir zorunluluk olduğu görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla kamu hizmetinin bütünüyle idarenin faaliyet alanından çıkarılması veya mülkiyetin devri yoluyla bir kamu hizmetinin özelleştirilmesi gibi hallerde, idarenin kolluk yetkisinden kaynaklanan veya hizmetin niteliğinden dolayı bazen bundan daha yoğun olduğu ifade edilen²⁰⁹ bir düzenleme yetkisi bulunmakla beraber, idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile bir kamu hizmetinin görülüşünü özel hukuk kişilerine bırakması halinde bu yetki aynı zamanda bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda idarenin sadece sözleşme öncesinde tabi olduğu düşünülen idare hukuku ilke ve kurallarının aslında sözleşmeye konulabilecek hükümler yoluyla sözleşmenin uygulanması aşamasına da sirayet edebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira idarenin sözleşme yapma süreci birtakım usul kuralları ile sınırlandırıldığı gibi, sözleşmeye koyabileceği hükümlerin de içerik bakımından bazı sınırlamalara tabi olduğu kuşkusuzdur. Bir başka deyişle idarenin yaptığı sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olsa bile sözleşmenin içerdiği hükümler açısından, bir sözleşme tarafı olarak idarenin karşı taraftaki özel hukuk kişisi ile aynı derecede bir irade serbestisine sahip olması söz konusu değildir.

Dolayısıyla özellikle kamu hizmetinin yürütülmesinin özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kişilerine bırakılabilmesinin, idarenin sözleşme hazırlığı ve uygulaması bakımından bazı sınırlamalara tabi tutulması gereğini ortaya çıkardığı söylenebilir. Bu doğrultuda özel sektöre devredilen kamu hizmetleri söz konusu olduğunda, Anayasa'nın 47. maddesinde yer alan "*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" hükmünde yer alan "kanunla belirleme"nin kapsamında kamu hizmeti ilkelerinin korunmasına dair hükümlerin de girmesi gerekecektir.

Bu durumda KÖİ ile ilgili en önemli konu yukarıda tartışılan çeşitli alanlarda nasıl bir düzenleme çerçevesinin oluşturulacağıdır. Konu bazında düzenleme içerikleri

²⁰⁹ Özay, *Günışığında Yönetim*, s. 226, 249.

yukarıda ifade edilmiş olmakla birlikte, bu düzenlemelerin sınırı ve nasıl bir çerçeve içinde uygulanacağını da incelenmesi gerekmektedir. Bu şekilde kanuni düzenlemede belirlenen temel ilkelerin düzenleyici işlemler ve nihayet sözleşmede daha somut hale getirilmesine dönük bir düzenleme altyapısının oluşturulması sağlanabilecektir.

Bu durumda KÖİ'ye ilişkin düzenleme çerçevesinin hem sözleşmelerle ilgili yasal ve idari düzenlemeler hem de bizzat sözleşmede yapılan düzenlemeler olmak üzere iki temel kısımda incelenmesi mümkündür.

1. Kanuni ve İkincil Düzenlemeler

KÖİ uygulamalarında yasal ve ikincil düzenlemelerin önemli bir kısmını ihale düzenlemeleri oluşturmaktadır. Ancak sözleşmenin konusu kamu hizmetinin sadece tamamlayıcı bir bölümünün veya hizmetin yürütülmesinde gerekli olan donanımın sağlanması değil, birden fazla hizmet türünü içeren ve kamu hizmeti niteliğinde de ortaya çıkabilen bütüncül bir altyapı hizmetinin sunulması mahiyetinde olabildiğinden, ihale usullerinin de daha farklı şekilde tasarlanması gerekmektedir. Nitekim temelde kamu hizmetinin yürütülmesi değil, sadece hizmet için gerekli araç-gerecin veya destek hizmetlerinin temini amaçlandığı halde ihale sözleşmeleri yoğun bir düzenlemeye tabi iken, imtiyaz sözleşmeleri için çok sınırlı bir düzenleme bulunması, kamu hizmetlerinin kurulması ve/veya işletilmesi amacıyla imtiyazcının seçilmesinde idareye kamu yararı amacı çerçevesinde, kamu ihale usullerinden daha geniş bir takdir yetkisi tanınması ile açıklanmaktadır²¹⁰.

KÖİ modellerinde de ihale usullerinin yürütülecek faaliyetin niteliğine uygun biçimde müzakere imkânı sağlayan daha esnek ve sonuç odaklı bir yapıda kurgulanması gerekmektedir. Yukarıda incelendiği üzere ihale süreci bakımından, KÖİ uygulamalarında yarışmacı müzakere usulü olarak adlandırılan mekanizmanın temel unsurları YKD modeli bakımından hayata geçirilmiş olmakla beraber, bunun daha da geliştirilerek KÖİ uygulamalarında genel bir usul olarak uygulanabilmesi sağlanabilir. Hatta bu usulün doğrudan Kamu İhale Kanunu kapsamına alınarak KÖİ modelleri için de buraya atıf yapılmasının, genel olarak ihale mevzuatımızın bütünlüğü

²¹⁰ Sezginer, "İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci", s. 1087.

ile KÖİ modelleri için bir standartlaşma sağlanabilmesi ve uygulamaların başarısı açısından faydalı olacağı söylenebilir²¹¹.

Ayrıca KÖİ uygulamalarında imtiyaz sözleşmesi yerine özel hukuk sözleşmesinin kullanılması, imtiyaz sözleşmeleri için düzenlenmesine ihtiyaç duyulmayan hususların kamu ihale sözleşmelerinde olduğu gibi bir düzenlemeye kavuşturulmasını gerektirmektedir. Zira KÖİ’de taraflar arasındaki işbirliği yaklaşımı ve yüklenici tarafın öngörülebilirlik kaygıları özel hukuk sözleşmelerinin tercih edilmesine benzer gerekçelerle uygulama sürecinde sözleşme değişiklikleri gibi hususların da daha belirgin hale getirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır²¹². Bu nedenle KÖİ’ye ilişkin düzenleme ihtiyacı sadece hangi ihale usullerinin uygulanacağını ötesinde bu tür sözleşmelerin uygulama sürecine ilişkin kuralları da kapsamaktadır²¹³.

Kanuni düzenleme ve ikincil mevzuat açısından değerlendirildiğinde en detaylı düzenlemenin YKD modeline dair olduğu söylenebilir. Zira hem 6428 sayılı Kanun hem de Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği’nde ihale süreçleri ile sözleşmenin feshi, devri ve tasfiyesi gibi konular daha detaylı şekilde düzenlenmiştir²¹⁴.

Bunun dışında YİD, yap-işlet, İHD ve Yalova Termal Kaplıcaları ile ilgili olarak uygulanan restore et-işlet-devret modeline dair Kanunlar ile Bakanlar Kurulu Kararı ve Yönetmelik şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu modellere ilişkin ikincil düzenlemeler genellikle ihale usullerini kapsamakta, ancak bu modeller kapsamında kamu hizmeti niteliğinde altyapı hizmetlerinin yürütülmesi de söz konusu olabildiğinden ihale yönetmeliklerinden farklı olarak sözleşmelerin uygulanmasına dair hükümler de bu düzenlemelerde yer almaktadır.

YİD ve yap-işlet modellerine dair ikincil düzenlemelerde sözleşmeye daha fazla atıf yapılmış olup sağlık sektöründe uygulanan YKD yöntemine dair Yönetmelik

²¹¹ Nitekim *Kutlu* da YİD modelinin ihale mevzuatı dışında bırakılmasını eleştirmektedir. *Kutlu, a.g.e., s. 67*

²¹² Catherine Donnelly, “Public Private Partnerships: Award, Performance, and Remedies”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, Oxford University Press, 2010, s. 501.

²¹³ Southard, **a.g.e.**, s. 398.

²¹⁴ Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yapıtılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik, m. 41-45.

ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki yapım işleri ihalelerine dair Yönetmeliğe oldukça benzer şekilde ve detaylı olarak düzenlenmiştir.

Kanuni düzenleme, kendi içerdiği hükümler yanında hangi konuların ikincil mevzuatta, hangilerinin ise sözleşmelerde düzenleneceğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu doğrultuda yönetmelikle yapılacak düzenlemelerle ilgili olarak yasada bir düzenleme çerçevesi öngörülmüşse, sözleşmedeki düzenlemelerin üst sınırını bu hususlar teşkil edecektir. Diğer bir deyişle, yasada yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmış olan hususların sözleşmeye bırakılmaması gereklidir.

Nitekim bu hususta Danıştay 13. Dairesinin bir kararına konu olan ihtilafta, 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun'da, santral için yer tahsisine ilişkin usul ve esasların Yönetmelikle düzenleneceği belirtildiği halde, 19.03.2008 tarih ve 26821 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik'in yer tahsisini düzenleyen 5. maddesi, yer tahsis şartlarını kapsayan ayrı bir sözleşmenin ilgili kurum veya kuruluş ile şirket arasında yapılacağını düzenlemiştir. 13. Daire, yer tahsisine ilişkin şartların Yönetmelikle belirlenmek yerine ilgili kurum veya kuruluş ile şirket arasında yapılacak sözleşmeye bırakılmasını ve Yönetmelikte Bakanlık tarafından belirlenen santralin kurulacağı yerin şirkete hangi koşullarda tahsis edileceğine ilişkin kurallara yer verilmemiş olmasını hukuka aykırı bularak söz konusu Yönetmelik maddesinin iptaline karar vermiştir²¹⁵.

Diğer yandan, özel hukuk sözleşmelerine ilişkin kamu hizmeti ilkelerini koruyan bir düzenleme çerçevesinin sözleşmeyi idari sözleşmeye dönüştürüp dönüştürmeyeceği sorusunun da üzerinde durulması gerekmektedir. Zira idarenin sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerde tarafların konumu ve sahip oldukları yetkiler, sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesinde de ölçüt olarak kullanılmaktadır²¹⁶. Bu ölçüte 'özel hukuku aşan rejim' adı verilmekte ve buna göre sözleşmenin niteliği; sözleşmedeki hükümlerin özel hukuku aşan niteliğine değil, taraflar arasındaki ilişkiye dair düzenlemelerin bir tarafa üstün yetkiler verip vermediğine göre

²¹⁵ Danıştay 13. Daire, E. 2009/333, K. 2011/876, T. 4.3.2011, DBB.

²¹⁶ Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", s. 225.

belirlenmektedir²¹⁷. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde yer alan “*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.*” hükmünün Anayasa'ya aykırılığı sonucuna ulaştığı kararında²¹⁸ YİD sözleşmelerinin idari sözleşme niteliği tespit edilirken, yasal düzenleme çerçevesinde idareye üstün yetkiler tanınmış olması gerekçesine dayanılmıştır. Bu kapsamda; YİD yöntemine dair usul ve esasların Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konması, üretilecek mal ve/veya hizmetlerin karşılığı olarak ödenecek ücretlerin Bakanlar Kurulu veya ilgili Bakan tarafından belirlenmesi, yatırım ve hizmetler için gerektiğinde kamulaştırma yapılabilmesi ve Hazine adına garanti verilebilmesine dair hükümler dolayısıyla bu sözleşmelerin idari sözleşme niteliğinin kuşkusuz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Diğer taraftan, özel hukuk açısından soruna değinen *Buz*, özel hukuk sözleşmelerinde idareye üstün yetkiler tanıyan yasal düzenlemelerin zaten halihazırda mevcut olduğunu ve sözleşmelerin özel hukuk niteliğine etki etmediğini ifade etmektedir²¹⁹. Örnek olarak ise 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu m. 12/g'deki “*BOTAŞ'ın doğal gazla ilgili alacakları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.*” hükmünü göstermekte ve BOTAŞ bir özel hukuk tüzel kişisi ve yaptığı sözleşme de özel hukuk sözleşmesi olduğu halde, bundan doğan alacağın 6183 sayılı Kanuna tabi tutulabildiğini belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yapılan KÖİ düzenlemesi hakkında verdiği kararda ise²²⁰ özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülecek yatırım ve hizmetlerin neler olduğunun kanunla belirlenmesi kaydıyla, “*kamu hizmetlerinin ne tür özel hukuk*

²¹⁷ Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 478.

²¹⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.6.1995, R.G. T. 20.03.1996, S. 22586.

²¹⁹ *Buz*, **a.g.e.**, s. 57.

²²⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2011/150 K. 2013/30, T. 14.2.2013, R.G. T. 25.6.2013, S. 28688.

sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi(nin) kanun koyucunun takdirinde” olan bir husus olduğunu belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme benzer şekilde 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla ilgili kararında²²¹ da;

“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 tanıdığından idari sözleşmelerin özelliklerini taşısa da KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi de KÖİ sözleşmelerinin kanuni ve ikincil düzenlemeler veya sözleşmenin kendisinin içerdiği hükümler dolayısıyla idari sözleşme niteliğinde görülse bile kanunla özel hukuk hükümlerine tabi tutulması halinde özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir.

Her ne kadar ülkemizde uygulanan idari rejim bakımından kamu hizmeti, idari sözleşme, idare hukuku birlikteliğini bozan bir sonuç ortaya çıkarmış olsa da bu sonucun hem Anayasa'da dayanağının bulunması hem de Anayasa Mahkemesi tarafından da bu şekilde yorumlanması karşısında, hizmetin niteliği ile hukuki rejim meselesinin telif edilmesinin bir zorunluluk şeklinde ortaya çıktığı söylenebilir.

Bununla birlikte Yüksek Mahkemenin, hizmetin ve sözleşmenin niteliği ile hukuki rejim arasındaki ilişkinin kurulması bakımından yapılacak kanuni düzenlemeler için bazı kayıtlar getirdiği anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 6428 sayılı Kanun'la ilgili bahsi geçen kararında dikkat çeken husus, kararda yer alan “*kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir.*” ifadesinde “*anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla*” şeklinde bir şarta yer verilmesidir. Bu kaydın sonucu olarak özel hukuk sözleşmelerinin kullanılmasında o hizmetle ilgili Anayasal güvencelerin ihlal edilmemesini kanun koyucunun gözetmesi gerekmektedir.

²²¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015, S. S. 29327.

Ayrıca yine aynı kararda Anayasa Mahkemesi bu konuda önemli bir saptama daha yapmıştır. Buna göre:

“..(K)amu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülmesine imkân sağlayan düzenlemelerin, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak, sadece genel hatlarıyla idarenin yetkili olduğundan söz edilmesi yeterli olmayıp, idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.”

6428 sayılı Kanun bu çerçevede değerlendirilerek, Kanun'da “*KÖİ modeli çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yapılmasına ve mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanmasına ilişkin temel esaslara ve çerçeve hükümlere yer verildiği*” sonucuna ulaşılmıştır.

Dolayısıyla idareye herhangi bir kamu hizmeti ile ilgili olarak özel hukuk sözleşmesi yapma yetkisi veren bir kanuni düzenlemede özel hukuk sözleşmeleriyle yürütülecek yatırım ve hizmetlerin neler olduğunun belirli olması²²², anayasal güvencelerin gözetilmesi ve idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin düzenlenmiş olması²²³ şartlarının aranacağı anlaşılmaktadır.

Burada anayasal güvencelerin gözetilmesi kriterinin ne anlama geldiği üzerinde durulması gerekmektedir. Özel hukuk sözleşmesi konusu olan bir kamu hizmeti olduğuna göre, geniş bir yorumla genel olarak kamu hizmetlerine ve özel olarak da söz konusu kamu hizmetine dair Anayasa ile sağlanan güvencelerin bu kapsama dâhil olduğu savunulabilir. Bu kapsamda öncelikle kamu hizmetinin özel hukuk kişisine bırakılamayacak boyutlarının genel anlamda bir sınırlama olarak ortaya çıkacağı söylenebilir. Bu bağlamda, kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken boyutunu oluşturan planlanma, denetim ve düzenleme işlevlerinin özel hukuk kişisine bırakılamayacağı, aksine bu işlevlerin gereği olan düzenlemelerin yapılmasının kanunla emredilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir²²⁴.

Dolayısıyla özel hukuk sözleşmeleri ile bu hizmetlerin görülmesi halinde de devletin düzenleme yetkisi ve görevi devam ettiğinden, hizmetlerin yürütülmesine dair düzenleme yapmak idare için de bir zorunluluk arz etmektedir. Bu doğrultuda altyapı hizmetinin yürütülmesine dair kanunda belirlenen ilkelerin içeriğinin idari düzenleyici

²²² Anayasa Mahkemesi, E. 2011/150, K. 2013/30, T. 14.2.2013, R.G. T. 25.6.2013, S. 28688.

²²³ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015, S. 29327.

²²⁴ Ali Ulusoy, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları” in **Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 9.

işlemlerle belirlenmesi ve sözleşmede yer alacak hükümlere dair düzenlemelerin yapılması gerekecektir.

2. Sözleşme İle Düzenleme

KÖİ modelleri ile ilgili düzenleme çerçevesi ne kadar iyi kurgulanmış olsa da kullanılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olması, sözleşmede yer alacak hükümlerin çok titizlikle tasarlanmasını gerektirmektedir. Zira idare kuracağı bu uzun vadeli sözleşme ilişkisi ile bir kamu hizmeti kapsamındaki altyapı hizmetinin sağlanması amacıyla yüklenici ile işbirliği yapmakta ve bu hizmet bakımından önemli ölçüde bir özel hukuk kişisine bağımlı hale gelmektedir. Bu durumda sözleşmede kamu yararının korunması ve kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idarenin elinde bulundurması gereken yetkilerin ve bunların kullanılacağı durumların belirlenmesi önem arz etmektedir.

Esasen kamu yararı kavramının çeşitli ölçütler geliştirilerek daha belirli hale getirilmesi idare hukuku açısından her zaman önemli bir husus olmakla birlikte, günümüzde kamu yararının iktisadî rasyonaliteye dayanan bir içerik kazanması sonucu ekonomik kamu yararı gibi kavramlar ortaya çıkmakta ve idari işlemlerdeki kamu yararının ekonomik olarak ölçülebilir hale getirilmesi ihtiyacı daha fazla hissedilmektedir²²⁵. Bu çerçevede özel hukuk sözleşmeleri ile görülen altyapı hizmetlerinde de kamu yararının ve kamu hizmeti gereklerinin korunması ihtiyacı, kamu yararının korunmasına dair hükümlerin bu sözleşmelerde daha belirli hale getirilmesini gerektirmektedir.

Ancak bu durumda da kamu yararının korunması amacıyla getirilen hükümlerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulan bir sözleşmede ne ölçüde yer alabileceği gibi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Zira idare hukuku literatüründe ve yargı kararlarında idareye üstün yetkiler tanınması halinde sözleşmenin idari sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Ancak idari sözleşmelerin kriterlerinden biri olarak ifade edilen idarenin karşı taraf üzerinde sahip olduğu üstün yetkilerin sözleşmenin idari niteliği için bir gösterge

²²⁵ Halit Uyanık, **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 81.

olması²²⁶, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde her iki tarafın her bakımdan eşit olacağı gibi bir anlama gelmemelidir. Zira sözleşme hukukunun genel kurallarında taraflar arasında mutlak bir eşitlik sağlanması gibi bir amaç yer almamaktadır. Ancak tarafların sözleşmeden kaynaklanan hak ve yetkileri kullanmakta bir eşitliğe sahip olduğu muhakkaktır²²⁷.

Nitekim özel hukuk açısından konuya yaklaşan *Buz*'un bu konudaki görüşü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların eşitliği ilkesinin yanlış değerlendirildiği yönündedir. *Buz*'a göre, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği ilkesi ile anlatılmak istenen, tarafların bir sözleşmenin yapılması ve içeriğinin belirlenmesinde özgür ve eşit olarak irade beyan edebilmesi, bir zorlama altında bulunmamasıdır. Dolayısıyla tarafların eşitliği ilkesi, idarenin denetim ve yaptırım uygulama, tek taraflı fesih, fiyat belirleme gibi yetkilerinin özel hukuk sözleşmeleri için tanınmasına engel değildir²²⁸. Bir başka deyişle borçlar hukukunda tarafların eşitliği ilkesinden kasıt sözleşmenin taraflar için doğurduğu hak ve borçlar bakımından eşit olması değildir²²⁹.

Diğer taraftan, idare hukuku literatüründe idareye verilen üstün yetkiler veya özel hukuku aşan hükümler idari sözleşmelerin kriterleri arasında sayılmakla birlikte, bunların anlamının çok belirgin olduğu söylenemez²³⁰. *Bilgen*, özel hukuku aşan şartları, sözleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve karşı taraf üzerinde kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilme şeklinde değerlendirmektedir²³¹. *Tekinsoy* ise idarenin karşı taraf üzerinde sahip olduğu yetkilerin sözleşmenin idari sözleşme olmasının sebebi değil, sonucu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir²³². Bu yaklaşıma göre idari sözleşmelerde üstün yetkilerin kaynağı ve dayanağı sözleşme değil, sözleşmenin de tabii olduğu kamusal hukuki rejimdir²³³. Nitekim idari sözleşmelerin temel özelliği bu tür yetkilerin sözleşmede yer alması da kullanılabilirliğidir. İdari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasındaki farkın

²²⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 186; Yayla, **İdare Hukuku**, s. 166-67; Akyılmaz, Sezginer, Kaya, **a.g.e.**, s. 477.

²²⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 17-18.

²²⁸ *Buz*, **a.g.e.**, s. 58.

²²⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 17-18.

²³⁰ Pertev Bilgen, **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1970, s. 127.

²³¹ **A.e.**, s. 129.

²³² Tekinsoy, "**İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu**", s. 224.

²³³ Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, s. 148.

sözleşme hükümlerinden kaynaklanmadığı görüşünün bir sonucu olarak idari sözleşmelerde yer alan hükümlerin özel hukuk sözleşmelerinde de yer alabileceği ileri sürülmektedir²³⁴.

Bu konuda *Balta, Onar*'ın imtiyaz sözleşmelerinde ıskat konusuna dayalı olarak yaptığı bir yoruma atıfta bulunarak, özel hukuku aşan şartlar olarak değerlendirilen denetleme, ceza verme, tek taraflı fesih, el koyma, satın alma gibi yetkilerin, Fransız medeni hukukundan farklı olarak, medeni hukukumuz açısından özel hukuk sözleşmelerinde yer alabileceğini savunmaktadır²³⁵. *Onar*, imtiyaz sözleşmelerindeki ıskat müessesesinin uygulanmasında mahkeme kararı aranması konusunda Fransız ve Türk hukukundaki farklılığın, Fransız medeni hukuku ile Alman ve İsviçre ekolü arasında sözleşmelerin feshi konusundaki farklılığa dayandığını belirtmektedir²³⁶.

Gerçekten kamu ihale sözleşmeleri konusunda da olduğu gibi idare hukuku ile özel hukuk arasındaki sınırı belirleyen bu tür alanlarda Fransız ve Türk özel hukukundaki farklılıkların idare hukuku bakımından da bazı sonuçlar ve birbirinden ayrılan yorumlar ortaya çıkarabilmesi dikkat çekicidir. Bu durum, idare hukukunun özel hukukla daha çok karşılaştığı alanlarda Türk idare hukukunun, Türk medeni hukuku ve borçlar hukuku ile ilişkisinin daha detaylı olarak incelenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Ancak idari sözleşme rejimi içinde olağan olarak kullanılabilen bazı yetkilerin özel hukuk sözleşmesinde kullanılabilmesi için bunların sözleşmeye bağlanması gerekecektir²³⁷. *Balta*, lehe kamulaştırma, gümrük indirimi veya muafiyeti gibi hakların da kamu hukuku alanında yer almakla birlikte, özel hukuk sözleşmelerinde de düzenlenebileceğini, ancak bu konuda idareye kanunla yetki verilmesi gerektiğini belirtmektedir²³⁸. *Tekinsoy* bu özelliği sebebiyle kamu hizmetlerinin gördürülmesi için yapılan özel hukuk sözleşmelerinin kamu hizmeti ve kamu yararı gerekleri dolayısıyla özel hukuk alanında 'özel' bir sözleşme tipi olarak değerlendirilmesi gerektiğini

²³⁴ Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", s. 224.

²³⁵ Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE Yayınları, Ankara, 1970, s. 189.

²³⁶ Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, s. 1640, dn. 52.

²³⁷ Tekinsoy, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", s. 204.

²³⁸ Balta, *a.g.e.*, s. 189-190.

savunmaktadır²³⁹. Bu durumda kamu hizmetinin işleyişi ve örgütlenişi ile ilgili hükümlerin yorumlanması ve uygulamasında idare hukuku ilke ve kurallarının adli yargı makamları tarafından ‘ödünç alınması’nın düşünülebileceği ifade edilmektedir²⁴⁰.

Ancak Anayasa Mahkemesinin 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla ilgili kararında²⁴¹ Anayasa’nın 47. maddesine getirdiği yorum, bu konuda yasama iradesini tek kriter haline getirmektedir. Yüksek mahkemesinin yorumu çerçevesinde KÖİ uygulamalarında kanuni ve ikincil düzenlemelerde idareye verilen yetkilerin de nihayetinde sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi tutulması sonucunu değiştirmemesi, bu konuda özel hukuku aşan hükümler kriteri gibi özel hukuku aşan rejim kriterinin de devre dışı kalmasına sebep olmaktadır.

Bu durumda sözleşmede olduğu gibi kanuni ve ikincil düzenlemelerde idareye tanınan hak ve yetkiler de sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimi değiştirmeyeceğinden, idare kendisi açısından bu düzenlemelere uymak zorunda olmakla birlikte, karşı taraf üzerinde bu yetkilerden doğan işlemlerinin özel hukuk anlamında da geçerli olması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu konuda özel hukuk hükümlerine göre bir değerlendirme yapılacak ve özel hukuktaki genel sınırlamalara aykırı koşullar idare tarafından bu düzenlemelerde de getirilemeyecektir.

Diğer taraftan, özel hukuk yargılaması sırasında idare hukuku kavramlarının işlevlerini sürdürebilmesi için bu kavramların içeriğinin idare tarafından sözleşmede mümkün olduğunca somutlaştırılmasının önemli olduğu anlaşılmaktadır. Zira sözleşme konusu hizmetle ilgili kamu yararının en doğru şekilde tespit edilebilmesi için hizmetten yararlananların erişmesi gereken nicelik ve nitelik kriterlerinin belirli hale getirilmesi, kamu yararı denetiminin daha etkili biçimde yapılması açısından faydalı olacaktır.

Kamu ihalelerinde ihale sürecine ve işin teknik özelliklerine dair usul ve esaslar şartnamelerle belirlenmektedir. Nitekim bu özelliği itibarıyla şartnamelerin

²³⁹ Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, s. 191.

²⁴⁰ Tekinsoy, **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, s. 98.

²⁴¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015, S. 29327.

esasinda düzenleyici işlem olduđu²⁴², ancak sözleşmenin imzalanacağı tarafı ilgilendiren kuralların, sözleşmenin imzalanmasıyla sözleşmenin eki haline geldiği belirtilmektedir²⁴³.

KÖİ uygulamalarındaki sözleşmeler taraflar arasında müzakere esasına dayanmakla birlikte, sözleşme hazırlık süreçlerinin uzun ve maliyetli olması, sözleşme hükümlerinin mümkün olduğunca standartlaştırılması eğilimini ortaya çıkarmaktadır²⁴⁴. Bu şekilde yukarıda incelenen başlıklarda uygulanabilecek ideal çözümlerin tip sözleşmeler oluşturularak uygulanması ve müzakerelerin bunlar üzerinden yürütülmesi, sözleşme hazırlığı aşamalarının daha kısa sürede ve daha az maliyetle tamamlanabilmesini sağlayabilecektir. Özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülen KÖİ modellerinde kullanılacak bu tür sözleşmeler için model sözleşmeler isimlendirmesi kullanılabilir. Zira model sözleşmelerle, iltihakî sözleşmelerden farklı olarak, sözleşme koşullarının müzakere edilerek nihai haline getirildiği standart sözleşmeler kastedilmektedir²⁴⁵.

Örneğin hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazların kiraya verilmesi, üzerlerinde irtifak hakkı kurulması gibi işlemleri düzenleyen Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik de büyük oranda bu işlemlere dair ihale süreçlerini düzenlemektedir. Bu işlemlere dair standart sözleşme örneklerine, Yönetmelik ekinde Yönetmeliğin uygulanmasına ilişkin formlar arasında yer verilmiştir²⁴⁶. KÖİ modellerinde de belirtilen hususlar çerçevesinde düzenlenecek standart sözleşmelerin mevzuat eklerinde yer alması öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik ilkeleri açısından faydalı olacaktır.

SONUÇ

Dünyada altyapı hizmetlerinin yürütülmesinde özel sektör katılımının artırılması eğilimine bağlı olarak ortaya çıkan KÖİ kavramı, altyapı projelerinin daha

²⁴² Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 1966, s. 1596; Özay, “Kamu İhaleleri: Bir Örnek Olayın Düşündürdükleri”, **Nihal Uluocak Armağanı**, 1999, İUHF Yayını, s. 252-253. (Aktaran, Dilşat Yılmaz, **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Gazi Kitabevi, 2013, s. 94).

²⁴³ Kutlu, **a.g.e.**, s. 219; Yasin, **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, s. 182.

²⁴⁴ Marcus Ahadzi, Graeme Bowles, “Public-Private Partnerships and Contract Negotiations: An Empirical Study”, **Construction Management and Economics**, November 2004, 22, s. 975.

²⁴⁵ Arzu Küçükyağın, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **AÜHFD**, C.53 S. 4, 2004, s. 110.

²⁴⁶ Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik m. 95.

karmaşık hale gelmesi, ölçeğinin büyümesi, finansal boyutunun daha fazla önem kazanması, yapım işinden hizmet sunumuna doğru evrilmesi gibi olgular sebebiyle popüler hale gelmiş ve bu alanda kullanılan çeşitli modellerin genel adı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu şekilde KÖİ, altyapı ile sunulan hizmetlerden bağımsız olarak altyapının yapımı işinin kendisinin bir hizmete dönüştürülmesine ve bunun kamu hizmetlerinin sunumunda kamu ve özel sektörün işbirliği olarak kabul edilmesi yaklaşımına tekabül etmektedir.

Dolayısıyla KÖİ olgusunun idare hukukumuzdaki yerinin genel anlamda altyapı hizmetlerinde özel sektör katılımı ve bunun sonuçları çerçevesi içinde tartışılması gerektiği düşünülmektedir. Burada altyapı ile kastedilen anlam ise sadece yapım veya inşaattan ibaret olmayıp, inşa edilen tesisin işletilmesine ilişkin hizmetlerin bütününe kapsayabilmektedir. Zira KÖİ'nin temel özelliği, altyapı hizmetlerinde yapım ve işletmenin birlikte ele alınarak, bu hizmetlerin komple bir hizmet sunumu olarak değerlendirilmesidir. KÖİ'de yapım ve işletme unsurları bulunmakla birlikte, bunlar müstakil birer mükellefiyet mahiyetinde değildirler. İdarenin yükleniciden beklediği altyapı hizmetinin bazı yan hizmetlerle birlikte sunulması olduğundan yapım unsuru da yüklenicinin sunması gereken hizmetin ifasına hazırlık aşaması olarak nitelendirilebilir.

Ülkemizde, günümüzdeki altyapı yatırımları kavramından daha sınırlı bir anlamda kullanılmış olmakla birlikte, nafia veya bayındırlık işlerinin hukuki rejimi de hep tartışma konusu olmuş ve kamu hukuku veya özel hukuk rejimleri kapsamında değerlendirilmesi yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu bakımdan tartışmanın temelinin bayındırlık işlerinin kamu hizmeti niteliği veya kamu hizmetinin hangi boyutunu oluşturduğu ile ilgili farklı görüşlerden kaynaklandığı söylenebilir.

Süreç içinde kamu hizmeti alanında yatırım boyutunun öneminin artması ve hizmet alımı ile karşılanan kısımların sürekli genişleme eğilimi göstermesi, kamu hizmetinin kamu hukuku rejimi içinde kalan alanının giderek daralmasına sebep olmuştur. Bu durum kamu hizmetinin kamu hukuku rejimi içinde yürütülen 'çekirdek' alanı ile bunun dışında kalan boyutları arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı meselesini de daha önemli hale getirmektedir.

Bu doğrultuda, henüz kamu hizmeti kavramının kendisinden başlamak üzere kurulması, işletilmesi, gördürülmesi, devri gibi ilişkili kavramlar ve imtiyaz, iltizam,

bayındırlık imtiyazı gibi usullerin içeriği ve aralarındaki farklar üzerinde net tanımlar yapılmadan yeni kavram ve modellerin de sürekli bu alana dâhil olması hukuki belirlilik ihtiyacını daha da artırmaktadır.

Bunun yanında, Anayasa'nın 47. ve 125. maddelerindeki değişiklikler, kamu hizmetlerinin görülüşünde kamu hizmeti-idari sözleşme-idari yargı ilişkisinin mutlaklığını kaybederek kamu hizmetlerinin yürütülmesinin özel hukuk sözleşmelerine ve idari yargı dışına açılması bir hukuki rejim krizi de ortaya çıkarmıştır. Bu alanda yaşanan sürecin temelinde ülkemizde idari yargının görev alanının korunması kaygısı ile yatırımcıların hukuki belirlilik beklentileri arasındaki çatışma olduğu söylenebilir¹.

Ancak, tartışmaların sadece hukuki rejim meselesi üzerinden yapılması, altyapı yatırım ve hizmetlerinin yürütülmesinde ortaya çıkan yeni modellerin içerik itibarıyla gerektiği gibi incelenmesine engel olmuştur. Bu nedenle tezde KÖİ modellerinin içerdiği unsurlar ve bunların farklı modellerdeki görünümü itibarıyla incelenmesinin gerekli olduğu değerlendirilmiştir.

Ayrıca, Anayasa değişikliğinin ardından, ortaya çıkan yeni hukuki durumun idare hukuku bakımından anlamı ve etkilerinin ne olacağı konusu üzerinde de yeterince durulmadığı görülmektedir. Esasında bu durumun genel olarak kamu ihaleleri için de geçerli olduğu söylenebilir. Zira idare hukukumuzda kamu ihale sözleşmeleri genellikle kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi niteliğinde değerlendirildiğinden, bu alanın idare hukuku yazınımızda da bu bağlamda incelendiği ve kamu hizmeti konusu ve diğer idare hukuku ilke ve kuralları ile ilişkisi boyutunun yeterince inceleme konusu yapılmadığı söylenebilir.

Altyapı hizmetinde özel sektör katılımının artması ve özel hukuk rejiminin alanının genişlemesinin idare hukuku bakımından en önemli sonucunu, bu tür hizmetlerin yürütülmesinde idarenin düzenleme, planlama ve denetim yetkilerinin daha önemli hale gelmesi oluşturmaktadır. Her ne kadar bu hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmesi tercih edilmiş olsa da kamu yararının bu sözleşmelerin hem hazırlığı hem uygulamasında gözetilmesi bir gerekliliktir². Başka bir deyişle özel hukuk alanında yürütülen hizmetlerde özel sektörden beklenen maliyet etkinliği ve

¹ Yıldırım v.d., **a.g.e.**, s. 470.

² Kaya, **a.g.e.**, s. 270-71.

performans artışının yanında kamu yararının korunmasının da ihmal edilmemesi ve bu boyutun denetlenebilir olması önem arz etmektedir.

Bu bakımdan, kamu hizmetleri içinde altyapı hizmeti boyutu özel sektörün katılımına daha fazla açılmış olsa da düzenleme, planlama ve denetim görevleri çoğu zaman hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kısmını oluşturduğundan, kanun ve ikincil düzenlemelerde hizmete ilişkin ilke, kural ve yetkiler yer almalı, sözleşmede ise bu yetkilerin hangi şartlarda kullanılacağı somut biçimde belirtilmelidir. Bu gereklilik her ne kadar özel hukuk kişileri tarafından yürütülüyor olsa da altyapı hizmetlerinde idarenin nihai sorumluluğunun devam etmesi yönüyle de ortaya çıkmaktadır.

Bu tür bir düzenleme işlevinin idare hukukumuz açısından da yeni ve farklı bir mahiyette olduğu söylenebilir. Zira hukukumuzda imtiyaz sözleşmeleri için çok sınırlı bir düzenleme yapılırken, ihale düzenlemeleri ve özel hukuk kişileri tarafından ruhsat usulü ile görülen hizmetler için yoğun bir düzenleme çerçevesi oluşturulmuştur. Bu durumda idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile yürüttüğü kamu altyapı hizmetleri için de kamu yararı ve kamu hizmeti ilkelerinin korunmasını amaçlayan yeni bir düzenleme ve denetim altyapısının oluşturulması gerekmektedir.

Bu nedenle, ülkemizde uygulanmakta olan KÖİ modellerine dair düzenleme çerçevesinde de kavramın yerinin doğru belirlenmesi ve idarenin, benimsenen özel hukuk rejimi içindeki rolünün ve kamu yararının korunmasına dair denetim mekanizmalarının doğru şekilde tanımlanması en önemli gerekliliktir. Dolayısıyla burada kamu hukuku rejimi uygulanmasa da idarenin düzenleme ve denetleme yetkilerinin özel hukuk içinde kullanılabilen yetkilerden oluşan bir sistem içinde tasarlanması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçevede idarenin özel hukuk sözleşmelerinde kamu yararını sağlama yükümlülüğünün, sözleşme hazırlığı sürecinde bazı usul kurallarına uymak zorunda olması ile birlikte, sözleşme içeriğinin belirlenmesini de kapsadığı söylenebilir. Zira idarenin özel hukuk sözleşmelerinde idari sözleşmelerde olduğu gibi tek taraflı değişiklik yapma yetkisi tanınmadığından, idarenin özel sektöre gördüreceği hizmetler bakımından kamu yararının korunmasında sözleşmenin hazırlanma süreci ve içeriği daha önemli hale gelmektedir.

Örneğin içerdiği iş ve hizmetler bakımından birçoğu bayındırlık işi mahiyetinde olmakla birlikte, birçok kamu hizmetini ilgilendiren boyutu olan YİD modeline dair kanunda ve ikincil düzenlemelerde kamu hizmeti ilkeleri ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamış olması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir.

Diğer yandan, yüklenici ile idare ilişkisi ve uygulama süreci bakımından KÖİ’de daha farklı bir yaklaşım benimsenmektedir. KÖİ’de idarenin tamamen kendi belirlediği bir şartname dâhilinde hizmet satın alan bir müşteri ve yüklenicinin de sadece belirli bir hizmeti sunma yükümlülüğü olan bir taraf olarak değerlendirilmesinden ziyade, taraflar arası risk paylaşımına dayanan ve özel sektörün proje geliştirmede daha fazla katılımının sağlandığı bir süreç yönetimi söz konusudur. Hatta KÖİ’nin temel farklılığının içerdiği çeşitli modellerden ziyade, klasik ihale yöntemlerinden ayrılan bu özelliklerinde olduğu belirtilmektedir. Bu doğrultuda, yarışmacı müzakere adı verilen bir süreç içinde idare ile istekliler arasında yapılan görüşmeler yoluyla, yüklenici proje tasarımına dair çözümlerini daha çok yansıtabilmekte ve idareden, talep ettiği hizmet standartlarını belirlemesi ve bunların sağlanıp sağlanmadığını izlemesi, değerlendirmesi ve denetlemesi beklenmektedir.

Ayrıca KÖİ’de tasarım aşamasından itibaren yapım ve işletme gibi unsurların da proje kapsamında bir bütün olarak değerlendirilmesi, müzakere usulünün uygulanmasını faydalı hale getirmektedir. Bu şekilde girişimcinin işletme aşamasını da düşünerek idarenin belirleyeceği hizmet kalitesi standartları çerçevesinde kendisi için en maliyet etkin çözümü üretme konusunda bir esnekliğe sahip olacağı ve daha yenilikçi yöntemler geliştirebileceği düşünülmektedir.

Ancak kamu ve özel sektör ilişkisinin bir işbirliği veya ortaklık olarak tanımlanması, bu ilişkide idarenin gözetim görevinin öneminin azaldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Altyapı hizmetlerinde finansmanın daha önemli hale gelmesi ve özel sektör işletmeciliğinin alanının genişlemesi, idare ile yüklenici ilişkisini daha yoğun hale getirmekle birlikte, idarenin bu tür hizmetlerin sağlanmasında kamu yararını sağlaması ve bu amaçla bir gözetim fonksiyonu yürütmesi gerekli olmaktadır. Dolayısıyla, buradaki işbirliğinde idarenin en önemli rolü, hesap verebilirlik ve şeffaflık ilkeleri çerçevesinde hizmete ilişkin standartları koyarak hizmeti düzenlemek ve denetlemektir.

Bu nedenle, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile gördürülmesi ve devri kamu hizmetleri alanında idarenin düzenleme fonksiyonuna duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. Ancak buradaki düzenleme ve denetleme fonksiyonunun farklılığı, idarenin kamu hizmetleri alanında kullandığı ve kamu hukuku rejimine tabi olan tek taraflı ruhsat gibi yöntemlerin aksine sözleşmeler aracılığıyla gerçekleştiriliyor olmasıdır.

Bir başka deyişle, genel anlamda kamu ve özel sektör işbirliklerinin artması, bu iki sahadaki temel hukuki araçlar olarak düzenleme ve sözleşme işlevlerini de daha yoğun şekilde bir araya getirmektedir. Ancak bu iki ilişki biçimi ve aracın bir araya gelmesi mevzuatla sözleşme ilişkisinin daha doğru biçimde tasarlanmasını gerektirmekte ve sözleşmelerin düzenleyici rolünün daha fazla önem kazanmasına sebep olmaktadır.

Ayrıca buradaki sözleşme sadece idare ve idare edilen ilişkisini düzenlemekle kalmayıp aynı zamanda hizmetten yararlananların hak ve menfaatlerinin de kapsamını belirlediğinden, sözleşme ile düzenleme, üçüncü kişileri etkilemesi yönüyle de ayrı bir önem kazanmaktadır.

İdarenin kamu altyapı hizmetlerinde uzun vadeli özel hukuk sözleşmelerini kullanması sözleşme hazırlığı aşamasının önemini artırmakla birlikte, bu süreç içinde imtiyaz sözleşmelerinde olduğu şekilde Danıştayın görüşünün alınması gibi bir mekanizma bulunmamaktadır. Ancak KÖİ'de sözleşme öncesi teknik değerlendirmenin çok önemli olması, yapılacak teknik değerlendirmede merkezi bir birimi gerekli hale getirmekte ve bu husus konu ile ilgili çalışmalarda vurgulanmaktadır³. Ancak özellikle sözleşmenin yapılması aşamasında işin kamu hizmeti teşkil eden veya kamu hizmeti ile ilişkili boyutlarının ayrıca incelenmesi de büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle kamu hizmeti açısından gözetilmesi gereken temel hususların ilgili kanunda yer alması ve idare içinde yürütülecek ön denetim süreçlerinde bu bakımından bir yerindelik incelemesi yapılması sağlanmalıdır.

Uzun vadeli bir sözleşme ilişkisi ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak uygulanan ve uluslararası tahkim şartını içerebilen sözleşmelerin başlangıçta kamu yararı ve kamu hizmeti ilkeleri açısından da detaylı olarak değerlendirilmesi, sonradan

³ Kalkınma Bakanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, s. 84; Ayhan Sarısu, **Kamu & Özel İşbirlikleri**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2009, s. 434

doğabilecek yüksek maliyetli ihtilafların önüne geçilmesi bakımından hayati önemi haizdir.



KAYNAKÇA



- Ahadzi, Marcus, : “Public-Private Partnerships and Contract Negotiations: An Empirical Study”, **Construction Management and Economies**, November 2004.
- Bowles, Graeme
- Akyılmaz, Bahtiyar, : **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Murat Sezginer, 2014.
- Cemil Kaya
- Allen, Grahame : **The Private Finance Initiative (PFI)**, Research Paper 03/79, House of Commons, 21 October 2003.
- Ayanoğlu, Taner : “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, **İÜHF**, C. LXV, S. 1, 2007, s.3-38.
- Ayrancı, Hasan : **Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Azrak, Ali Ülkü : “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, **İÜHF**, C. 29, S. 3, 1963, s. 521-539.
- Balduzzi, Paolo : “Models of Public–Private Partnerships for the Provision of Goods”, **Economics & Politics**, Vol. 23, July 2011, s. 271-296.
- Balta, Tahsin Bekir : **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1970.
- Bilgen, Pertev : **Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1970.
- Bilgen, Pertev : “Yap - İşlet - Devret Sözleşmeleri Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi II. Kitap, Kamu Yönetimi**, Ankara, 1990, s. 799-804.
- Boardman, Anthony : “North American Infrastructure P3s: Examples and Lessons E., Finn Poschmann, Aidan R. Vining : Learned”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 190-203.
- Bovaird, Tony : “Public Private Partnerships in Western Europe and the US: New Growths from old Roots”, Ed. Abby Ghobadian v.d., **Private-Public Partnerships: Policy and Experience**, Palgrave Macmillan, 2004, s. 221-250.
- Bovis, Christopher : **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, Oxford University Press, 2006.
- Bovis, Christopher : “Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector H. Management in the EU”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 6, Issue: 4, 2011, s. 201-228.
- Bovis, Christopher : “Public-Private Partnerships in the 21st Century”, **ERA Forum**, Vol. 11, Issue: 3, 2010, s. 379-398.

- Bovis, Christopher : “Risk and Public-Private Partnerships”, **European Public Private Partnership Law Review**, 2012, Vol. 7, Issue: 1, s. 44-56.
- Bovis, Christopher : “The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement and Public Private Partnerships Regulation”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 4, Issue: 1, 2008, s. 17-35.
- Bovis, Christopher : “The Notion of Public Concession as a Component of Public Private Partnerships”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 2, Issue: 1, 2007, s. 12-16.
- Bovis, Christopher : “The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 1, Issue: 1, 2006, s. 14-18.
- Burke-White, William W., Andreas von Staden : “Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations”, **The Yale Journal Of International Law**, Vol. 35, 2010, s. 284-346.
- Burnet, Michael : “A New EU Directive on Concessions - the Right Approach for PPP?”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 4, Issue: 4, 2008, s.185-193.
- Buz, Vedat : **Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.
- Cabral, Sandro, Antonio Francisco Silva Jr. : “An Approach for Evaluating the Risk Management Role of Governments in Public–Private Partnerships for Megaevent Stadiums”, **European Sport Management Quarterly**, Vol. 13, Issue: 4, 2013, s. 472-490.
- Cartlidge, Duncan : **Public Private Partnerships in Construction**, Taylor & Francis, 2006.
- Chang, Ike Y. v.d. : **Use of Public Private Partnerships to Meet Future Army Needs**, RAND, 1999.
- Clement-Davies, Christopher : Public/Private Partnerships in Central and Eastern Europe: Structuring the Concession Agreement, **Business Law International**, Issue: 1, 2001, s. 17-46.
- Coghill, Ken Woodward, Dennis : “Political Issues of Public-Private Partnerships”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005.

- Commission of the European Communities : **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Mobilising Private and Public Investment for Recovery and Long Term Structural Change: Developing Public Private Partnerships**, Brussels, 19.11.2009, COM (2009) 615 Final.
- Commission of the European Communities : **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions**, Brussels, 15.11.2005, COM(2005) 569 Final
- Commission of the European Communities : Commission Staff Working Paper, **Report on the Public Consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, 3.5.2005, SEC(2005).
- Commission of the European Communities : **Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions**, Brussels, 30.4.2004, COM(2004) 327 Final.
- Corner, David : “The United Kingdom Private Finance Initiative: the Challenge of Allocating Risk”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 44-61.
- Cruz, Carlos Oliveira, Rui Cunha Marques : **Infrastructure Public-Private Partnerships Decision, Management and Development**, Springer, 2013.
- Custos, Dominique, John Reitz : “Public Private Partnerships”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 58, 2010, s. 555-584.
- Çağlayan, Ramazan : **İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2007.
- Dadomo, Christian, Susan Farran : **French Substantive Law**, London, 1997.
- Darr, D. Joseph : “Current Trends in Public-Private Partnership Laws”, **Construction Lawyer**, Vol. 28, Issue: 3, Summer 2008, s. 53-54.
- Davies, A. C. L. : **The Public Law of Government Contracts**, Oxford University Press, 2008.

- Delmon, Jeffrey : **Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk**, Wolters Kluwer, Second Edition, 2009.
- Delmon, Jeffrey : **Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An Essential Guide for Policy Makers**, Cambridge University Press, 2011.
- Delmon, Jeffrey : **Understanding Options for Public-Private Partnerships in Infrastructures**, Policy Research Working Paper, World Bank, January 2010.
- Demirag, Istemi : “Accountability and Value for Money: A Theoretical Framework for the Relationship in Public-Private Partnerships”, **Journal of Management & Governance**; 2011, Vol. 15, Issue: 2, s. 271-296.
- Iqbal Khadaroo
- Demirboğa, Dursun : **Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi**, Ankara, Yetkin Ali Yayınları, 2013.
- Denton Wilde Sapte : **Public Private Partnerships: BOT Techniques and Project Finance**, 2. Edition, Euromoney Books, 2006.
- LLP
- Derbil, Süheyp : **İdare Hukuku**, C.II, Ankara, AÜHF Yayınları, 1952.
- Devlet Hava : **2015-2019 Stratejik Plan**
- Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü
- Dewulf, Geert : **Strategic Issues in Public-Private Partnerships**, 2. Baskı, Wiley-Blackwell, 2012.
- Anneloes Blanken, Mirjam Bult-Spiering
- Domberger, Simon, : “Public-Private Partnerships for Service Delivery”, **Business Strategy Review**, Vol. 10, Issue: 4, 1999, s. 29-39.
- Patrick Fernandez
- Donnelly, Catherine : “Public Private Partnerships: Award, Performance, and Remedies”, **International Investment Law and Comparative Public Law**, Oxford University Press, 2010, s. 475-501.
- Duffield, Colin F. : “Different Delivery Models”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 187-215.
- Duran, Lütfi : **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1982.
- Duran, Lütfi : “Yap-İşlet-Devret”, **AÜSBFD**, C. 46, S. 1-2, 1991, s.147-170.
- Ekşi, Nuray : **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

- Emek, Uğur : “Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim”, **Perşembe Konferansları (3)**, Rekabet Kurumu, 1999, s. 3-45.
- Emek, Uğur : “Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye”, **Rekabet Dergisi**, C. 9, S. 1, 2009, s. 7-55.
- EPEC : **France: PPP Units and Related Institutional Framework**, 2012.
- Erberk, İbrahim Ali : **İmtiyazla İşleyen Nafia Hizmetleri**, Ankara, 1937.
- Erekmeççi, Müge : **Türk Özel Hukuku'nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- European Commission : **Guide to the Community Rules on Public Works Contracts**, s. 61 (çevrimiçi) http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/works_en.pdf, 21.9.2013.
- European Commission : **Guidelines for Successful Public – Private Partnerships**, 2003.
- European Investment Bank : **The EIB’s role in Public-Private Partnerships (PPPs)**, 2004.
- Farquharson, Edward v.d. : **How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets**, World Bank, 2011
- Martin Farley : “Directive 2004/1 8/EC and the Competitive Dialogue Procedure: A case study on the application of the competitive dialogue procedure to NHS LIFT.”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 2, Issue: 2, 2007, s. 60-69.
- Forrer, John v.d. : “Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question”, **Public Administration Review**, Vol. 70, Issue: 3, May/June 2010, s. 475- 484.
- Freeman, Jody : “Extending Public Law Norms through Privatization”, **Harvard Law Review**, Vol. 116, Issue: 5, 2003, s. 1285-1302.
- Freeman, Jody : Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law, **Administrative Law Review**, Vol. 52, Issue: 3, 2000, s. 813-858.
- Gaffey, David W. : “Outsourcing Infrastructure: Expanding the Use of Public-Private Partnerships in the United States”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 39, No: 2, Winter 2010, s. 351-372.

- GAO : **Public-Private Partnerships: Terms Related to Building and Facility Partnerships**, GAO/GGD-99-71, April 1, 1999 (expanded version of glossary), (çevrimiçi) <http://www.gao.gov/archive/1999/gg99071.pdf>, 12.5.2014.
- Giritli, İsmet, Pertev : **İdare Hukuku**, 2. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2006.
- Bilgen, Tayfun
Akgüner,
Gómez-Ibáñez, José : **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts, and Discretion**, Harvard University Press, 2003.
A.
- Gözler, Kemal : **İdare Hukuku C.II**, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın, 2009.
- Gözübüyük, A. : **İdare Hukuku Genel Esaslar**, C. I, 4. Bası, Ankara, Şeref- Turgut Tan Turhan Kitabevi, 2006.
- Gözübüyük, A. Şeref : **Yönetmelik Yargı**, 28. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.
- Greve, Carsten : **Contracting for Public Services**, Routledge, London and New York, 2008.
- Grigg, Neil S. : **Infrastructure Finance: The Business of Infrastructure for a Sustainable Future**, Wiley, New Jersey, 2010.
- Grimsey, Darrin, : “Developing a Framework for Procurement Options
Mervyn K. Lewis, Analysis”, **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Wiley-Blackwell, 2009, s. 398-413.
- Grimsey, Darrin, : “Evaluating the Risks of Public Private Partnerships for
Mervyn K. Lewis, Infrastructure Projects”, **International Journal of Project Management**, Vol. 20, Issue: 2, February 2002, s. 107-118.
- Grimsey, Darrin, : **Public Private Partnerships: The Worldwide
Lewis, Mervyn K. Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance**, Edward Elgar, Cheltnam, 2004
- Gromitsaris, : “Where is the Public Law Element in Public Sector
Athanasios Contracts? : A Comparison of the British, French and German Points of View”, **The Public Private Law Divide: Potential for Transformation?** Ed. Matthias Ruffert, British Institute of International and Comparative Law, 2009, s. 245-281.
- Gülan, Aydın : **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, Alfa Yayınları, 1999.
- Gülan, Aydın : “Kamu Hizmetinin Dönüştürücü Etkisi Karşısında Tahkimin Geleceği”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 140-154.

- Gülan, Aydın : **Kamu Hizmeti ve Görüş Usulleri**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987.
- Günday, Metin : **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013.
- Gürzumar, Osman Berat : **Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı-Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil**, 2. Bası, İstanbul 2001.
- Halland, Håvard v.d. : **Resource Financed Infrastructure: A Discussion on a New Form of Infrastructure Financing**, Washington DC, World Bank, 2014.
- Hardcastle, Cliff, Kate Boothroyd, : “Risks overview in public private partnerships”, **Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities**, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck and Cliff Hardcastle, Blackwell, 2003, s. 31-57.
- Hart, Oliver, : “Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships”, **Economic Journal**, Vol. 113, March 2003, s. 69-76.
- Hartmann, David : “Public Private Partnerships in France -The Principles and the Legal and Policy Frameworks”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 1, Issue:1, 2006, s. 36-42.
- Henckels, Caroline : Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration, **Journal of International Economic Law**, Vol. 15 Issue: 1, 2012, 223–255.
- HM Treasury : **A New Approach to Public Private Partnerships**, December 2012.
- HM Treasury : **PFI: Meeting The Investment Challenge**, 2003.
- HM Treasury : **Standardization of PFI Contracts**, (Version 4), 2007.
- HM Treasury : **Value for Money Assessment Guidance**, 2006.
- Hodge, Graeme A., Carsten Greve, Anthony E. Boardman : “The PPP Phenomenon and its Evaluation”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hodge, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 3-16.

- Hodge, Graeme, Carsten Greve : “Public–Private Partnerships: a Policy for All Seasons?”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005.
- House of Commons Treasury Committee : **Private Finance Initiative**, Seventeenth Report of Session 2010–12.
- IMF : **Public-Private Partnerships**, 2004. (Çevrimiçi) <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>, 11.02.2013.
- Innis, David F., Aaron P. Silberman : “Provisions and Issues Unique to Government Contracts”, in **Federal Government Construction Contracts**, Ed. Michael A. Branca, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2010.
- Ismail, Mohamed A.M. : **Globalization and New International Public Works Agreements in Developing Countries: An Analytical Perspective**, Ashgate, 2011
- Kalkınma Bakanlığı : **Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler**, Ankara, 2012.
- Kalkınma Bakanlığı : **Onuncu Kalkınma Planı Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu**. Ankara, 2014.
- Kalkınma Bakanlığı : Kamu Özel İşbirliği ile Yürütülen Projeler, (Çevrimiçi) <https://kamuozel.kalkinma.gov.tr/Main.aspx> 09.08.2015
- Karahanoğulları, Onur : **Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.
- Karahanoğulları, Onur : “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı)”, **AÜSBFD**, C. 66, No: 3, 2011, s. 177-215.
- Karan, Nur Zeliha : “İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim”, **II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu**, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 14 Şubat 2009, s. 265-275.
- Kaya, Cemil : **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştayın Bakışı**, Ankara, Oniki Levha Yayınları, 2011.
- Keşli, Ahmet : **(Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Yapısı**, İstanbul, Group Law Yayıncılık, 2012.
- Kıratlı, Metin : “İdarenin Bayındırlık Hizmetleri”, **AÜSBFD**, C. 27, S. 4.
- Kılıçoğlu, Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

- Klijn, Erik-Hans : “Public-Private Partnerships: Deciphering Meaning, Message and Phenomenon”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 68-80.
- Kutlu, Meltem : **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayını, 1997.
- Küçükyalçın, Arzu : “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **AÜHFD**, C. 53, S.4, 2004, s. 101-124.
- Li, Bing, Akintola : “An Overview of Public-Private Partnerships”, **Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities**, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck and Cliff Hardcastle, Blackwell, 2003, s.3-30.
- Lind, Hans, Lena Borg : “Service-led Construction: Is it Really the Future?”, **Construction Management and Economics**, Vol. 28, Issue: 11, November 2010, s. 1145–1153.
- Metzger, Gillian E. : Privatization as Delegation, **Columbia Law Review**, Vol. 103, October 2003, s. 1367-1502.
- Monteiro, Rui S. : “PPPs and Fiscal Risks: Experience of Portugal”, **Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks**, Ed. Gerd Schwartz, Ana Corbacho, Katja Funke, Palgrave, 2008, s. 118-139.
- Monteiro, Rui Sousa : “Risk Management”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 262-291.
- NAO : **Private Finance Projects**, A Paper for the Lords Economic Affairs Committee, October 2009.
- OECD : **Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money**, 2008.
- Office of Management and Budget : Circular No. A-76, August 4, 1983 (Revised 1999).
- Olynyk, Stephen : “A Balanced Approach to Distinguishing Between Legitimate Regulation and Indirect Expropriation in Investor-State Arbitration”, **International Trade & Business Law Review**, Vol. 15, 2012, s. 254-296.
- Onar, Sıddık Sami : **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I,II,III., 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

- Onar, Sıddık Sami : “İdare Hukuku Bakımından İktisadi Devlet Teşekkülleri”, **İÜHFM**, C.7, S.4, 1941, s.731-789.
- Örsten Esirgen, Seda : **Osmanlı Devleti’nde Yabancılara Verilen Kamu Hizmeti İmtiyazları**, Doktora Tezi, Dijital Yayın, Ulusal Tez Merkezi, Ankara, 2010.
- Özay, İl Han : **Günüşığında Yönetim**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Özay, İl Han : "Ortak Yararlı İşletme veya Nam-ı Diğer Müşterek Emanet", **İÜHFM**, C.LIV, 1994, s. 55-70.
- Özkan, Mustafa Şeref : **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara, Köy Hocası Matbaası, 1935.
- Palmer, Stephanie : “Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 6, Issue: 3-4, July-October 2008, s. 585-604.
- Pekgüçlü Karabulut, Güzin : **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Perez, Benjamin G. : **Achieving Public-Private Partnership in the Transport Sector**, New York, iUniverse Inc., 2004.
- Pikiel, Michael E., Jr., Lillian Plata : A Survey of PPP Legislation Across the United States, **Global Infrastructure**, V.I, 2008, s. 52-65, (Çevrimiçi) http://www.ncppp.org/resources/State%20PPP%20Legislation%20Survey_2008.pdf , 03.08.2012.
- Polatkan, Vahit : **Yap-İşlet-Devret**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 1997.
- Pollitt, Michale : “Learning from UK Private Finance Initiative”, **The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience**, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005.
- Rajan, Thillai A., Sheetal Sharad, Sidharth Sinha : “PPP in Greenfield Airport Development: A Case Study of Cochin International Airport Limited”, **Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships**, Ed. Akintola Akintoye, Matthias Beck, Wiley-Blackwell, 2009, s. 97-122.
- Robinson, Herbert v.d. : **Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships**, Wiley-Blackwell Publishing, 2010.
- Roehrich, Jens K., Michael A. Lewis, George Gerard : “Are Public Private Partnerships a Healthy Option? A Systematic Literature Review”, **Social Science & Medicine**, Vol. 113, July 2014, s. 110-119.
- Sarısü, Ayhan : **Kamu & Özel İşbirlikleri**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2009.

- Savas, E. S. : **Privatization and Public Private Partnerships**, Chatham House Publishers, London, 2000.
- Savvides, Demetris : “The Effectiveness of the Competitive Dialogue Procedure under the EU Consolidated Public Procurement Directive (2004/18/EC) as an Award Procedure for Public Private Partnerships”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 6, Issue: 1, 2011, s. 23-37.
- Sezginer, Murat : **Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.
- Sezginer, Murat : “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 1079-1093.
- Shaoul, Jean : “‘Sharing’ Political Authority with Finance Capital: The Case of Britain’s Public Private Partnerships”, **Policy and Society**, Vol. 30, 2011, 209–220.
- Sheridan, Peter : “PFI/PPP Disputes: Part 1”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 4, Issue:2, 2009, s. 92-103.
- Siemiatycki, Matti, Naeem Farooqi : “Value for Money and Risk in Public–Private Partnerships”, **Journal of the American Planning Association**, Vol. 78, No. 3, Summer 2012, s. 286-299.
- Sirmen, Lale : “Sözleşme Hukukunda Yap-İşlet-Devret”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 11-17.
- Stouck, Jerry, David R. Lipson, : “United States v. Winstar Corp.: Affirming the Application of Private Contract Law Principles to the Federal Government”, **The Federal Circuit Bar Journal**, Vol. 6, No. 4, Winter 1996, s. 315-342.
- Southard, Katharine : “U.S. Electric Utilities: The First Public-Private Partnerships?”, **Public Contract Law Journal**, Vol. 39, Issue: 2, 2010, s. 395-411.
- Tan, Turgut : “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı” **Anayasa Yargısı**, C. 8, 1991, s. 233-252.
- Tan, Turgut : “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, **AÜSBFD**, C. 50, S. 3-4, Haziran-Aralık 1995, s. 291-309.
- Tan, Turgut : “İdare Hukuku ve Tahkim”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 3-23.
- Tan, Turgut : “İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi”, **Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu**, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s. 23-41.

- Tan, Turgut, : “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinin Dünü ve Bugünü”, **Hukuk Kurultayı 2000**, C. 1, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2000, s. 455-467.
- Tan, Turgut : “Osmanlı İmparatorluğu’nda Yabancılara Verilmiş Kamu Hizmeti İmtiyazları”, **AÜSBFD**, 1967, C. XXII, S: 2, s. 285-326.
- Tan, Turgut : “Sağlık Hizmeti İhale Yoluyla Satın Alınabilir mi?: Kamu Hizmetinin Özelleştirilmesi Konusunda Bir Örnek Olay”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S.1 – 2, 2011, s. 287-296.
- Tan, Turgut : “Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline”, **AÜSBFD**, C. 47 S. 3, 1992, s.307-325.
- Tekinsoy, Ayhan : **İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2002.
- Tekinsoy, Ayhan : “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, **AÜHFİM**, C. 55, S. 2, 2006, s. 181-227.
- Tvarnø, Christina D. : “Law and Regulatory Aspects of Public Private Partnerships: Contract Law and Public Procurement Law”, **International Handbook of Public Private Partnerships**, Ed. Graeme A. Hogde, Carsten Greve, Anthony E. Boardman, Cheltenham, 2010, s. 216-236.
- Ulusoy, Ali : **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004.
- Ulusoy, Ali : “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları”, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, s. 1-22.
- UNCITRAL : **Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects**, New York, United Nations, 2001.
- Uyanık, Halit : **Ekonomik Kamu Yararı Kavramının Türk İdare Hukukundaki Anlam ve İşlevi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Uygur, Turgut : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I,, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Van de Vyver, Pierre, Marie Refalo : “Extending the Scope of Public-Private Partnerships in France”, **European Public Private Partnership Law Review**, Vol. 4, Issue:1, 2009, s. 42-48.
- Wettenhall, Roger : “The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships”, **Public Organization Review**, Vol. 3, 2003, s. 77–107.

- World Bank Institute : **Public-Private Partnerships Reference Guide**, Version 1, 2012.
- Yasin, Melikşah : **Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2007.
- Yasin, Melikşah : “İdari İrtifaklar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, S. 2, s. 165-203.
- Yayla, Yıldızhan : **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2009.
- Yayla, Yıldızhan : “Kamu Malı Üzerinde İrtifak Tesisi”, **İHİD**, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 357-364.
- Yescombe, E. R. : **Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance**, Elsevier, 2007.
- Yıldırım, Turan : “İdari Uyuşmazlıkların Adli Yargıda Çözümlemesi”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu: Bildiriler- Tartışmalar-II**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2004, s. 33-44
- Yıldırım, Turan v.d. : **İdare Hukuku**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Yılmaz, Dilşat : **Kamu İhale Hukukunda Şartnameler**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2013.

ÖZGEÇMİŞ

1984 yılında Ulus/Bartın'da doğdu. İlk ve orta öğrenimini Safranbolu'da tamamladıktan sonra 2000 yılında başladığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2004 yılında mezun oldu. 2007 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim dalında "İdare Hukukunda Kazanılmış Hak ve Müesses Durum" isimli tezi hazırlayarak yüksek lisans derecesi aldı. 2012 yılında American University Washington College of Law'da "Law and Government" yüksek lisans programını (L.L.M.) tamamladı. 2004 yılından bu yana Devlet Planlama Teşkilatı/Kalkınma Bakanlığında görev yapmaktadır.