

SAGLIK SEKTÖRÜNDE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ

DİLEK KARAGÖZ

TARAFINDAN

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜNE

SUNULAN TEZ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZİRAN 2019

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

.....  
Doç. Dr. Seyfullah YILDIRIM  
Enstitü Müdür V.

Bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm şartları sağladığımı tasdik ederim.

.....  
BOZGEYİK

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK  
Anabilim Dalı Başkanı

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığımı beyan ederiz.

.....  
DÖNMEZ

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ  
Danışman

**Jüri Üyeleri**

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ (AYBÜ Hukuk)

Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACIÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU (SÜ Hukuk)

.....  
DÖNMEZ  
HACIÖMEROĞLU  
KODAKOĞLU

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca, bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her tür kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Adı Soyadı : Dilek KARAGÖZ

İmza :



## ÖZET

### SAĞLIK SEKTÖRÜNDE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ

KARAGÖZ, Dilek

Yüksek Lisans, Özel Hukuk Bölümü

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ

Haziran 2019, 111 sayfa

Günümüzde dünyanın birçok ülkesinde, yatırım ihtiyaçlarının giderilmesinde yaygın bir şekilde kullanılan kamu özel işbirliği modeli, bir projenin kamu ile özel sektör arasında yapılan sözleşme çerçevesinde, risk ve getirilerinin paylaşarak hayata geçirildiği modellerdir. Bahsedilen sözleşmeler özel hukuka tabi olup uluslararası literatürde kamu özel işbirliği sözleşmeleri (PPP Contract) olarak adlandırılmaktadır.

Kamu özel işbirliği modeli, ülkemiz mevzuatında, ismen sağlık sektöründe uygulanan yap-kirala-devret modelinin düzenlendiği 6428 sayılı Kanun'da zikredilse de, 1980'lerden beri uygulanmakta ve yap-işlet, yap-işlet-devret, işletme hakkının devri modellerini de kapsamaktadır. Söz konusu modellerin ve bu modellerin uygulanmasına yönelik akdedilen kamu özel işbirliği sözleşmelerinin, çerçeve bir kanunda düzenlenmesine yönelik eskiden beri kanun çalışmaları yapılmışsa da henüz yasalaşan bir çalışma bulunmamaktadır. Konunun genişliği sebebiyle çalışmamızda, ülkemizde sağlık sektöründe uygulanan yap-kirala-devret modelinin uygulanmasına yönelik akdedilen kamu özel işbirliği sözleşmeleri incelenmiş olup diğer kamu özel işbirliği modellerine de değinilmiştir. Bu çerçevede, bir projenin yapılması, kiralanması, devri gibi unsurlardan oluşan kamu özel işbirliği sözleşmelerinin kapsamı, hüküm ve sonuçları ve sona ermesi gibi hususlar ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu özel işbirliği modeli, kamu özel işbirliği sözleşmeleri, yap-kirala-devret modeli, tarafların hak ve borçları, sözleşmenin sona ermesi.

## ABSTRACT

### PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS IN HEALTHCARE SECTOR

KARAGOZ, Dilek

Master Thesis, Private Law Department

Advisor: Assos. Prof. Dr. Unsal DONMEZ

June 2019, 111 pages

Public private partnership model, which is commonly used in many countries to fulfill the investment needs of the public sector, is model in which risks and returns are shared between the public and private sectors through contracts. These contracts are subject to private law and known in the international literature as PPP Contracts.

Even though the public private partnership model is mentioned in the Law No. 6428 regulating the structure of the build-lease-transfer model applied in the healthcare sector, it has been implemented since the 1980s and includes the build-operate-transfer, build-operate and transfer of operating rights models. Even though there has been several works aimed to regulate the public private partnership model and contracts concluded for the implementation of the PPP model, these works have not been enacted. Due to the extent of the subject, in our study, public private partnership contracts concluded for the implementation of the build-lease-transfer model applied in the healthcare sector in Turkey are analyzed and other public private partnership models are also mentioned. In this context, the scope, terms and results and termination of public private partnership contracts which set the terms of the construction, leasing and transfer of a project have been analyzed.

**Key Words:** Public private partnership model, public private partnership contracts, build-lease-transfer model, rights and obligations of the parties, termination of contract.



*Annem ve Babama...*

## TEŞEKKÜR

Eğitim hayatım boyunca benden maddi manevi hiçbir desteğini esirgemeyen anneme ve babama, kardeŐlerim Gizem ve Osman'a, tezimin yazım s¼recinde gerek bilgi ve tecr¼beleriyle gerekse bana olan inancı ve desteğiyle çalıŐmama katkıda bulunan niŐanlım Arda G¼leŐen'e, değerli hocam ve tez danıŐmanım Ünsal D¼nmez'e ve tez s¼recinde bilgilerini benden esirgemeyen iş arkadaşlarıma sonsuz teşekkür ederim.



## İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI.....	iv
ÖZET .....	v
ABSTRACT .....	vi
İTHAF .....	vii
TEŞEKKÜR .....	viii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR .....	xii
GİRİŞ.....	1
KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	4
BÖLÜM 1: KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİ VE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....	7
1. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Tarihçesi.....	7
2. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Tanımı.....	9
3. Türkiye’de Uygulanan Kamu Özel İşbirliği Modelleri ve Yasal Altyapısı.....	11
3.1. Yap-İşlet-Devret Modeli.....	11
3.2. Yap-Kirala-Devret Modeli .....	15
3.3. Yap-İşlet Modeli.....	18
3.4. İşletme Hakkının Devri Modeli.....	19
4. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Avantajları ve Dezavantajları .....	21
5. Kamu Özel İşbirliği Modeli Kapsamındaki Sözleşmeler.....	23
5.1. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri .....	23
5.2. Kamu Özel İşbirliği Modeli Kapsamındaki Diğer Sözleşmeler.....	24
6. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Özellikleri ve Unsurları .....	25
6.1. Sürekli Borç İlişkisi.....	25
6.2. Çerçeve Sözleşme.....	27
6.3. Yapım Unsuru .....	27
6.4. Kiralama Unsuru .....	29
6.5. İşletme Hakkının Devri Unsuru.....	30
6.6. Finansman Unsuru.....	30
7. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği .....	31



8. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Diğer Sözleşmelerden/Kurumlardan Farkları .....	35
8.1. İmtiyaz Sözleşmesinden Farkı.....	35
8.2. Özelleştirmeden Farkı.....	37
8.3. Kamu İhale Sözleşmelerinden Farkları .....	38
8.4. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Farkları .....	39
<b>BÖLÜM 2: SAĞLIK SEKTÖRÜNDE UYGULANAN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....</b>	<b>41</b>
1. Genel Olarak.....	41
2. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Tarafları .....	42
2.1. İdare .....	42
2.2. Proje Şirketi .....	44
3. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinde Tarafların Borçları.....	46
3.1. Proje Şirketinin Borçları.....	46
3.1.1. Eser Meydana Getirme Borcu .....	46
3.1.2. İşe Zamanında Başlama ve Yürütme Borcu .....	48
3.1.3. Şahsen İfa Borcu.....	49
3.1.4. Finansman Temini Borcu .....	52
3.1.5. Meydana Getirdiği Eseri Kiraya Verme Borcu .....	55
3.1.6. Özen ve Sadakat Borcu.....	56
3.1.7. Yenileme, Bakım, Onarım Borcu .....	59
3.1.8. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu .....	60
3.1.9. Zapta Karşı Tekeffül Borcu.....	63
3.1.10. Devir Borcu.....	66
3.2. İdarenin Borçları.....	67
3.2.1. Yatırım Arazisinin Teslimi Borcu .....	68
3.2.2. Kullanım (Kira) Bedeli Ödeme Borcu.....	70
3.2.3. Zapta Karşı Tekeffül Borcu.....	73
3.2.4. Kiralananı Özenle Kullanma Borcu .....	74
4. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Değişen Koşullara Uyarlanması .....	75
<b>BÖLÜM 3: SAĞLIK SEKTÖRÜNDE UYGULANAN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ.....</b>	<b>79</b>
1. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi .....	79

2. Tarafların Anlaşması .....	80
3. Mücbir Sebep Nedeniyle Sona Erme .....	80
4. Sözleşmenin Feshi .....	83
4.1. Genel Hükümler Uyarınca Sözleşmenin Feshi.....	84
4.2. Özel Hükümler Uyarınca Sözleşmenin Feshi.....	88
4.2.1. Eser Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Düzenlemeler .....	89
4.2.2. Kira Sözleşmesine İlişkin Fesih Düzenlemeleri.....	93
4.3. KÖİ Sözleşmelerinde Fesih Düzenlemeleri .....	96
5. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Yolu... 100	
SONUÇ.....	102
KAYNAKÇA .....	105

## KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
c.	: cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: esas
EPEC	: European Public Private Partnership Expertise Center
ESCAP	: Economic and Social Commission for Asia and the Pacific
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihat Birleştirme Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KÖİ	: Kamu Özel İşbirliği
m.	: madde
OECD	: Organisation for Economic Cooperation and Development
PFI	: Private Finance Initiative
PPIAF	: Public Private Infrastructure Advisory Facility

PPP	: Public Private Partnership
s.	: sayfa
s.e.t.	: son erişim tarihi
Sa.	: Sayı
SBB	: Strateji ve Bütçe Başkanlığı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
SDÜİFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
SPV	: Special Purpose Vehicle
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
UNCITRAL	: The United Nations Commission on International Trade Law
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKD	: Yap-Kirala-Devret

## GİRİŞ

Kamu hizmeti, toplumsal ihtiyaçların devlet tarafından giderilmesi gereksinimiyle ortaya çıkmıştır. Tarihsel süreçte devlet, kamu hizmetlerinin asli sunucusu olarak kabul edilmiş, bu anlayış daha sonra kamu hizmetlerinin özel sektör tarafından da görülebileceği kanısıyla değişmiştir. Devletin kamu hizmetlerini bizzat sunması yani emanet usulü, bir kamu hizmetinin devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından gördürülmesi iken, kamu hizmetlerinin diğer görülme usulleri olan müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ve ruhsat yöntemlerinde özel sektörün de dahil bulunmaktadır. Ancak bu yöntemlerin tamamında eşitler arası bir ilişki bulunmamakta olup, devlet üstün kamu gücüne sahiptir. Bu yöntemlerin katı kuralları ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri eliyle gördürülmesinde özel sektörle devletin eşit olduğu yöntemlere olan ihtiyaç, 1980'lerde kamu özel işbirliği (KÖİ) modelinin ortaya çıkmasında etkili olmuştur.

1980'lerde enerji sektöründe ortaya çıkan kamu özel işbirliği modeli tam olarak günümüzdeki kamu özel işbirliği uygulamaları ile örtüşmemektedir. Zira 1999'da anayasaya eklenen "*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" hükmüne değin, yargı kurumları taraflar arasındaki bu sözleşmesel ilişkiyi idari bir sözleşme olan imtiyaz sözleşmesi olarak kabul etmekte idi. Söz konusu anayasa değişikliği neticesinde, ilgili kanunlara taraflar arasındaki ilişkinin özel hukuka tabi olduğuna yönelik madde eklenmiş ve bu değişiklik sonucunda kamu özel işbirliği sözleşmelerinin günümüzdeki uygulamaları görülmeye başlanmıştır.

Günümüzde, kamu hizmeti anlayışındaki liberal değişim ve dönüşümler, kamu hizmetlerinin nitelik ve nicelik olarak göstermiş olduğu artışlar, devletlerin bütçe imkânlarının yetersizliği, çeşitli uluslararası kuruluşların teşviki ve özel kesimin işletme bilgi ve becerisinin daha iyi olduğu yönündeki düşünceler sebebiyle kamu hizmetlerinin sunulmasında sadece kamu kesiminin veya sadece özel kesimin değil kamu ve özel kesimin birlikteliği ve işbirliği ile oluşturulan kamu özel işbirliği modellerinden

faaydalanılması fikri öne çıkmakta ve bu sebeple kamu özel işbirliği uygulamaları giderek artmaktadır.<sup>1</sup>

Özellikle gelişmekte olan ölkelerde altyapı ihtiyaçlarının yalnızca kamu bütçesiyle karşılanma imkânı bulunmadığından finansmanın özel sektör tarafından sağlandığı KÖİ modeli, kamu hizmetlerinin sunulmasında tercih edilir olmuştur.<sup>2</sup> Ülkemizde ise her ne kadar yeni bir kavram gibi düşünölse de benzer uygulamaların Osmanlı dönemine kadar uzandığı görölmektedir.

Kamu özel işbirliği modelinin sağlık sektöründe uygulanmaya başlaması ise 2005 yılında bir kanun maddesiyle gündeme gelmiş ancak tam anlamıyla yasal düzenlemelerin yapılması 09.03.2013 tarihli Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile olmuştur. Şehir hastaneleri olarak bilinen yap-kirala-devret modeli ile yapılan sağlık tesisleri ölkemiz sağlık sektöründe büyük bir değişim ve dönüşüm yaratmıştır. Sağlık hizmetinin sunulması noktasında esas görev ve sorumluluk bu modelde yine ilgili kamu idaresi olan Sağlık Bakanlığı'nda olsa da tesisin inşası, teçhizatların temini ve bazı yan hizmetlerin sunulması yetkisi özel sektöre devredilmiştir.

KÖİ modeli, kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde yapılan yatırımlar için kullanılan modelleri içermektedir. KÖİ modelinin dünyada çok çeşitli uygulamaları vardır. Örneğin; projenin tasarlanması, yapılması, finanse edilmesi ve işletilmesinin tamamen özel sektöre bırakıldığı modellerin yanı sıra, yalnızca projenin yapılması ve işletilmesinin özel sektöre bırakıldığı modeller veya bitirilmiş bir projenin işletme hakkının özel sektöre devredildiği modeller de görölmektedir. Ancak ölkemizde yasal zemini oluşturulmuş ve kullanılmakta olan dört adet KÖİ modeli vardır: Yap-işlet-devret, yap-kirala-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri modelleri. Bu modeller ölkemizde daha çok enerji, ulaştırma ve sağlık sektörlerinde uygulanmaktadır. Anılan modelleri uygulamak için hazırlanan, bir tarafı kamu idaresi, diğer tarafı ise projeyi gerçekleştirecek olan şirket olan sözleşmeler KÖİ sözleşmesi olarak adlandırılmakta ve bu sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olmaktadır. Kamu ile özel sektör arasındaki bu

---

<sup>1</sup> SARCAN Caner, Kamu-Özel İşbirliği Modellerinin Hukuki Yapısı, Planlama Uzmanlığı Tezi, 2009, s. 30.

<sup>2</sup> IOSSA Elisabetta/MARTIMORT David, The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships, 2008, s. 2-3.

uzun dönemli sözleşmesel ilişkiler önemli miktarda finansman gerektiren projelerin gerçekleştirilmesine yönelik akdedildiğinden sözleşmelerin dizaynı ve yönetimi büyük önem taşımaktadır. Ancak KÖİ sözleşmeleri karmaşık yapıları nedeniyle diğer birçok sözleşme türüne nazaran daha fazla teknik ve hukukî uzmanlık bilgisi gerektirmektedir. KÖİ sözleşmelerinin önemi ve karmaşık yapılarının sonucu olarak, gerek ülkemizde gerekse uluslararası alanda bu sözleşmelerin standartlaştırılmasına ilişkin çalışmalar yapılmaktadır.

Ülkemizde uygulanan KÖİ modellerinden biri olan yap-kirala-devret (YKD) modelinde ise projenin özel sektör tarafından yapılması, sözleşmede belirlenen süre boyunca kamu idaresine kiralanması ve süre sonunda idareye devri söz konusudur. Ülkemizde yalnızca sağlık ve eğitim sektörlerinde uygulanabilen bu model, özellikle şehir hastaneleri projelerinin gündeme gelmesiyle bilinirlik kazanmıştır.

Ülkemizde 2018 yılı itibariyle 20 tanesi sağlık sektöründe olmak üzere sözleşmesi imzalanmış 238 adet KÖİ projesi<sup>3</sup> bulunmasına rağmen KÖİ sözleşmelerini düzenleyen çerçeve bir kanun bulunmamaktadır.<sup>4</sup> Bu sebeple, sözleşme hükümlerinin dizaynı sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların tasarrufunda olmakta, bu durum ise karmaşık yapıları olan KÖİ sözleşmelerinin hazırlanması ve yönetilmesini daha da zorlaştırmaktadır. Bu çerçevede çalışmamızda Türkiye’de sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerinde taraflar, tarafların hak ve yükümlülükleri ve sözleşmenin sona ermesi konusu detaylarıyla incelenecektir.

---

<sup>3</sup> Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığının KÖİ Modeli Envanteri verilerine göre. Envanter için bkz. <https://koi.sbb.gov.tr/>, s.e.t. 22.02.2019.

<sup>4</sup> 2007 yılında Devlet Planlama Teşkilatı’nın koordinasyonunda Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Kamu Kesimi ile Özel Sektör İşbirliği Modelleri Çerçevesinde Gerçekleştirilmesine İlişkin Kanun Taslağı yayımlanmıştır. Taslak, KÖİ modellerinin genel çerçevesinin belirlenmesi amacıyla Avrupa Birliği’nin bu yöndeki politikalarına uygun olarak çıkarılmış olup yap-işlet-devret, yap-işlet, yap-kirala-devret ve işletme hakkı devri modellerinin genel çerçevesi düzenlenmiştir. Ancak söz konusu Kanun Tasarısı Taslağı yasalaşmamıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KERMAN Uysal/ALTAN Yakup/AKTEL Mehmet/EKE Erdal, Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması, SDÜİFD, c. 17, Sa. 3, 2012, s. 9; UZ Abdullah, Kamu Özel Ortaklığı, GÜHFD, c. XI, Sa.1-2, 2007, s. 1179.

## KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Kamu özel işbirliği modeli dünya uygulamalarında, kapsamında birçok modeli barındırmakla birlikte, ülkemizde yasal sınırlar sebebiyle sektörlere özgü belirli modeller uygulanabilmektedir. Örneğin, sağlık sektöründe yalnızca yap-kirala-devret modeli uygulanabilmekte ve bu modelin uygulanmasına yönelik sözleşmeler akdedilebilmektedir. Söz konusu sözleşmeler, KÖİ sözleşmelerini düzenleyen tek bir çerçeve kanunun bulunmaması ve sözleşmeyi oluşturan modellerin kamu hukukunda inceleniyor olması nedeniyle Türk özel hukukunda yeterli derece incelenememiştir. Yine, yap-kirala-devret modeli de diğer modellere göre uygulaması daha yeni olan bir model olduğu için gerek özel hukuk gerek kamu hukukunda çok fazla incelenememiştir. Bu sebeple, çalışmamızda sağlık sektöründe yap-kirala-devret modeli çerçevesinde imzalanan KÖİ sözleşmelerinin Türk özel hukuku bakımından incelenmesi hedeflenmiş olup yukarıda bahsi geçen diğer üç modele de değinilecektir.

Çalışmamızın konusu olan KÖİ sözleşmeleri mevzuatımızda 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” kapsamında ve söz konusu Kanunun uygulanmasına yönelik Yönetmelikte düzenlenmiştir. Bu sebeple, anılan mevzuat çalışmamızın temelini teşkil edecektir.

Çalışmamızın birinci bölümünde KÖİ modelinin genel bir çerçevesini çizmek ve bazı kavramları açıklamak amacıyla kamu özel işbirliğinin tanımı yapılacak ve ülkemizde uygulanan kamu özel işbirliği modelleri yasal çerçeveleriyle ele alınacaktır. Her ne kadar yeni bir kavram olarak düşünülse de kamu özel işbirliğinin benzer uygulamalarının görüldüğü ülkemiz ve dünyadaki tarihçesi incelenecektir.

Kamuya birçok yararı olan KÖİ modelinin devletler tarafından tercih edilmesinin esas sebebi, devletlerin bütçeden kaynak ayırmadan büyük çaplı projeleri teknolojik imkânlar ve özel sektör tecrübesi kullanılarak daha hızlı ve verimli şekilde hayata



geçirebilmesidir. Ancak modelin bazı riskleri ve dezavantajları da mevcuttur. Çalışmamızın ilk bölümünde bu avantaj ve dezavantajlara değinilecektir.

Yine KÖİ sözleşmelerinin detaylarına geçmeden, bu sözleşmelerin tanımına ve unsurlarına değinilerek daha sonra karma sözleşme yapısından bahsedilecektir. KÖİ sözleşmelerinin çoğunluğunda yer alan yapım unsuru eser sözleşmesinin, kira unsuru kira sözleşmesinin, işletme hakkının devri unsuru ise ürün kirası sözleşmesinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşmelerin bağımsızlığını kaybederek birleşmesi KÖİ sözleşmesinin karma sözleşme olarak nitelendirilmesine sebep olmaktadır.

Ülkemizde genel olarak ulaştırma sektöründe yap-işlet-devret, sağlık sektöründe yap-kirala-devret, enerji sektöründe ise yap-işlet ve yap-işlet-devret modelleri kullanılmaktadır. Diğer sektörlerle ilişkin ise (eğitim, kültür vs.) yasal olarak bir engel olmamakla birlikte KÖİ modeliyle yapılmış çok fazla proje bulunmamaktadır. Anılan sektörlerde imzalanan KÖİ sözleşmeleri modellerin farklılığı nedeniyle farklı unsurları içermektedir. Ancak, örneğin yapım unsuru işletme hakkının devri modeli hariç diğer tüm modellerde mevcut olduğundan ortak bir unsur olarak incelenecektir.

Özel hukuk sözleşmesi olan KÖİ sözleşmeleri idare hukukundaki bazı kurumlarla benzerlikler taşımaktadır. Örneğin bir idari sözleşme olan imtiyaz sözleşmesinin, uzun bir süre KÖİ sözleşmelerinin yerine kullanılması nedeniyle çalışmamızda bu iki sözleşme arasındaki farkların incelenmesi zaruri olmuştur. Yine KÖİ sözleşmelerinin özelleştirme, kamu ihale sözleşmeleri ve finansal kiralama sözleşmeleriyle de benzerlik ve farklılıkları incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, sağlık sektöründe uygulanan kiralama unsurlu KÖİ sözleşmeleri detaylı bir şekilde incelenecek olup sözleşmenin tarafları, tarafların hak ve borçları ayrıntılarıyla ele alınacaktır. KÖİ sözleşmesinin tarafı olan Sağlık Bakanlığı'nın yetkilendirilme aşamasından, proje şirketinin oluşum aşamasına kadar sözleşmenin imzalanmasından önceki sürece de değinilecektir. En temel borcu sağlık tesisini inşa etmek olan proje şirketinin KÖİ sözleşmesi kapsamında tüm asli ve tali borçları incelenmeye çalışılacaktır. Diğer taraftan en temel borcu proje şirketine kira bedeli ödemesi yapmak olan idarenin de tüm hak ve borçlarına değinilmeye çalışılacaktır. Yine KÖİ sözleşmeleri, uzun süreli sözleşmeler olduğundan sözleşme şartlarında değişiklik meydana gelmesi olasıdır. Nitekim 20-25 yıllık bir süreçte, gerek mevzuat anlamında,

gerek ekonomik koşullarda, gerekse projeye ilişkin olarak değişiklikler meydana gelebilmektedir. Bu tür durumlar için uygulanabilecek bir KÖİ mevzuatı olmadığından ilk olarak sözleşmede yer alan hükümlerin yorumlanması yoluyla sorunlar zlmeye çalışılacaktır. Bu sebeple, sözleşme akdedilirken uyuşmazlık çıkabilecek durumların ve sonuçlarının iyi ele alınması gerekmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde sözleşme Şartlarında değişiklik meydana gelmesi halleri ve sonuçları da ele alınacaktır.

nc bölümde ise sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerinin sona ermesine sebep olabilecek unsurlar ve sona ermenin sonuçları ele alınacaktır. Süreli sözleşmeler olması nedeniyle KÖİ sözleşmelerinin en doğal sona erme hali sürenin tamamlanması iken, bazı projelerde proje Şirketinin yapım aşamasında iflası, idarenin kusurlu davranışları gibi hususlar tarafları feshe götürebilmektedir. Sona erme durumunda tarafların ne tür hakları olduğu da detaylarıyla incelenecektir.

# BÖLÜM 1: KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİ VE KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

## 1. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Tarihi

KÖİ modeli ilk olarak İngiltere’de 1660’lı yıllarda özel sektör katılımlı yol inşaat projelerinde kullanılmıştır. Özellikle endüstri devrimi sonrasında kanal ve demiryolu projeleriyle kamu özel işbirliği modelinin uygulanması en üst seviyeye ulaşmış fakat 1800’lü yıllarda Avrupa’da yaşanan ekonomik krizle birlikte birçok yatırımcı iflas etmiştir. İngiltere’nin yanı sıra Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa’da da o yıllarda kamu özel işbirliği modelinin uygulamaları görülmüştür. Osmanlı’da ise Mısır valisi Said Paşa tarafından desteklenen ve yapımı 1869 yılında tamamlanan Süez Kanalı projesi de kamu özel işbirliğinin bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>5</sup> 1. Dünya Savaşı kadar yaygın olarak kullanılan KÖİ modelinin kullanımı savaş yıllarında durmuş, tekrar artması ise kentleşme ve sanayinin arttığı 1980’li yılları bulmuştur.<sup>6</sup> Özellikle 90’lı yıllarda İngiltere’de yapılan kamu özel işbirliği mevzuat çalışmaları diğer ülkeler için de örnek oluşturmuş, sonraki yıllarda bu model Avrupa Birliği mevzuatına da konu olmuştur.<sup>7</sup>

KÖİ modelinin ülkemizdeki gelişimine bakılacak olursa, devletin kamu hizmetlerini özel sektör aracılığıyla görmesine ilişkin uygulamalar Osmanlı dönemine kadar uzanmaktadır. Osmanlı döneminde daha çok yabancılar marifetiyle ve imtiyaz yoluyla yapılan yatırımlar ön plana çıkmıştır.<sup>8</sup> İmtiyazların ilk yasal dayanağı ise 576 sayılı Menafii Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun (1910) dur. Ancak imtiyaz sözleşmesi, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında yapılan, bir kamu hizmetinin

<sup>5</sup> ÇEKİRGE Halis Levent, Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 5; BOZ Selman Sacit, Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. 4, Sa. 2, 2013, s. 280; DYTON Richard/BAVISHI Raj (Simmons&Simmons), İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri, London&İstanbul, 2008, s. 11.

<sup>6</sup> ÇEKİRGE s. 5; SOFUOĞLU DÖNERTAŞ Ayşe, Kamu-Özel İşbirliği Modelinin Kentsel İçme Suyu ve Atıksu Projelerine Uygulanması, Kalkınma Bakanlığı Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, 2018, s. 8-9.

<sup>7</sup> ÇELİK F. Eda, Hizmet Sunumuna Katılım ve Kamu Özel Ortaklıkları, 2008, s. 28; GÜNEŞ Ahmet M., Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem: Kamu Özel Ortaklığı, Güncel Hukuk Dergisi, 2009, s. 58.

<sup>8</sup> SARISU Ayhan, Kamu ve Özel Sektör İşbirlikleri-Türkiye İçin bir Model Önerisi, Doktora Tezi, 2007, s. 21.

kurulmasını ve/veya belirli bir süre işletilmesini, karşılığında yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları, kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere, kendi denetimi ve sorumluluğu altında sağladığı bir idari sözleşmedir.<sup>9</sup> İdari sözleşme olması nedeniyle devletin üstün gücünü kullanabilme yetkisi ve risklerin tamamen özel kişilerde olması, imtiyazı KÖİ modelinden ayıran temel unsurlardır.<sup>10</sup>

Osmanlı'da yaygın olarak kullanılan imtiyaz yöntemine Cumhuriyet döneminde devletçilik akımının da etkisiyle çok başvurulmamıştır. Ancak ilerleyen yıllarda teknolojinin de ilerlemesiyle kamu idarelerinin kamu hizmeti üretimi ve sunumu zorlaşmış ve kendi mali ve teknik imkânlarının yetersiz olduğu durumlarda özel hukuk kişilerinin imkânlarından yararlanılmaya başlanmıştır.<sup>11</sup> Yine kamu hizmetlerine ihtiyaçta görülen artış da devlet tarafından yatırımlara ayrılan kaynakların yetersiz kalmasına sebep olmuş ve alternatif modellerin uygulanması arayışı başlamıştır. Bu kapsamda, 1980'li yıllardan itibaren çeşitli yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmış ve ilk düzenleme 1984 yılında çıkarılan 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile yapılmıştır. Bu Kanun ile o zamana kadar kamu tekelinde olan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti işlerinin özel sektöre gördürülmesinin önü açılmış ve altyapı projelerinde KÖİ modelinin kullanımının ilk yasal altyapısı oluşturulmuştur.

Tarihi eskiye dayanmasına rağmen kamu özel işbirliği modelinin ülkemizde bilinirliğinin artması 2005 yılında Sağlık Bakanlığı'nın şehir hastaneleri projeleriyle olmuş ve o günden bu yana KÖİ mevzuatı çalışmaları sürdürülmüştür. Kamu özel işbirliği konusu sürekli tartışılmaya, her geçen gün kapasitesini ve çerçevesini geliştirmeye devam etmektedir.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> BEYDOĞAN T. Ayhan, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4, s. 114.

<sup>10</sup> Kamu özel işbirliği modelini eksik imtiyaz olarak adlandıran *Karahanoğulları*'na göre KÖİ modelini, imtiyazdan farklılaştıran şey eldeki kamu hizmetine niteliğini veren çekirdek hizmetin idare tarafından üretilmesidir. Bu kapsamda risk paylaşımı hususu önemli bir ayırıcı etken değildir. Nitekim üretilen şey kamu hizmeti olduğuna göre, iktisadi risk gerçekleşip özel girişimci yapımı veya işletmeyi sürdüremeyecek duruma geldiğinde, tüm işletme beceri ve örgütlenmesi zayıflamış olan idarenin tesise el koymak yerine özel girişimi kurtarması neredeyse zorunluluktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI Onur, Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu – Özel Ortaklığı), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, c. 66(3), 2011, s. 182.

<sup>11</sup> SARISU, s. 17.

<sup>12</sup> AYDIN Eyüp Vural, Yerel Yönetimlerde Altyapı Yatırımlarının Finansmanı: Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modeli, Doktora Tezi, 2014, s. 185.

## 2. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Tanımı

Uluslararası literatürde Public Private Partnership (PPP) olarak kabul edilen kamu özel işbirliği terimi, Türkçeye çevrildiğinde “Kamu Özel İşbirliği (KÖİ)”, “Kamu Özel Sektör İşbirliği (KÖSİ)”, “Kamu Özel Ortaklığı (KÖO)”, “Kamu Özel Sektör Ortaklığı (KÖSO)” gibi karşılıklarla kullanılmaktadır. Tüm bu terim farklılıkları içerik olarak aynı şeyi ifade etmekteyse de çalışmamızda daha yaygın kullanımı nedeniyle ve daha doğru bir çeviri olarak düşünüldüğünden “Kamu Özel İşbirliği” terimi kullanılacaktır.

Kamu özel işbirliğine ilişkin Türk hukukunda genel kabul görmüş bir tanım bulunmamakla birlikte öğretilerde bu kavramın çeşitli tanımlamaları yapılmıştır.<sup>13</sup> Buna göre Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanmış olan Yeşil Belge (Green Paper)’de KÖİ kavramı; *“bir altyapı yatırımı ya da hizmet sunumunun finansmanı, yapımı, yenilenmesi ya da bakımının sağlanmasını amaçlayan, kamu idareleri ile iş dünyası arasındaki işbirliği modelleri”*<sup>14</sup> olarak tanımlanmaktadır. Mülga Kalkınma Bakanlığı’nın tanımına göre KÖİ, *“Bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi”* olarak ifade edilmektedir.<sup>15</sup> Ahmet Keşli ise KÖİ’yi *“Kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, kamusal mal ve hizmetlerin kamu tarafından özel sektörün katılımı ile yapıldığı, özel ortağın sözleşme konusu eseri meydana getirme riskini ve hazırda bulundurma veya hizmetin sunulmasını sağlama riskini taşıdığı ve diğer risklerde ise riskin o riski en iyi yönetecek tarafta bulunduğu esnek sözleşme modelleri ile kurulan sözleşmelerin tümü”*<sup>16</sup> olarak tanımlamaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, geleneksel olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından gerçekleştirilen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk kişileri eliyle ifa edilmesine olanak sağlayan ve bu çerçevede kamu idareleri ile özel hukuk kişileri arasında uzun süreli sözleşmesel ilişkiler doğuran modelleri içeren “üst kavram” olarak tanımlanabilir.

---

<sup>13</sup> BOZ, s. 285.

<sup>14</sup> Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions on 30 April 2004, s. 3.

<sup>15</sup> Kalkınma Bakanlığı Raporu, Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, 2017, s. VII.

<sup>16</sup> KEŞLİ Ahmet, Kamu-Özel İşbirliği Projelerinin Hukuki Rejimi, Doktora Tezi, 2009, s. 9.

Avrupa Birliği Komisyonu bir projenin kamu özel işbirliği modeli kapsamında değerlendirilebilmesi için dört adet temel özellik belirlemiştir.<sup>17</sup>

- Planlanmış bir projenin farklı yönlerinde kamu ile özel sektör arasında işbirliği içeren uzun dönemli sözleşmesel ilişki,
- Kısmen özel sektör ile bazen çeşitli taraflar arasındaki karmaşık anlaşmalar yoluyla projenin finanse edilmesi yöntemi,
- Projenin çeşitli aşamalarında dâhil olan finansal katılımcının önemli rolü (tasarım, tamamlama, uygulama, finansman), (Kamu tarafı öncelikle kamu yararı, hizmetlerin kalitesi ve fiyatlandırma politikasına odaklanmalı ve bu hedefleri denetleme sorumluluğunu üstlenmelidir),
- Genellikle kamuda doğan risklerin kendisine aktarıldığı özel sektör ile kamu sektörünün risk paylaşımı (KÖİ modelinde özel sektör her zaman riskin tamamını veya büyük çoğunluğunu üstlenmek zorunda değildir. Riskin kesin dağılımı, tarafların riski ölçümleme ve riskin üzerinden gelebilme yeteneğine göre her durum için ayrı ayrı belirlenir).

Kamu özel işbirliği modeli, bir sözleşme üzerine kurulu proje finansmanı sürecini içerir. Genellikle altyapı projelerinde kullanılan proje finansmanı kavramı, bir projenin gerçekleştirilmesini sağlayacak finansmanın temininde kullanılan yöntemdir. Kısaca, projenin gerçekleştirilmesi için öz sermaye koyan veya kredi veren kişilerin harcadıkları fonun geri dönüşü için, kural olarak sadece, bu fonun kullanıldığı projenin kazancını ve nakit akışını esas aldıkları, bir başka anlatımla, kârlılık veya kredibilite değerlendirmesinin proje üzerinden yapıldığı bir yatırım finansmanı olarak tanımlanmaktadır.<sup>18</sup> Örnek üzerinden anlatmak gerekirse, projeyi gerçekleştirmek üzere kurulan şirket, projenin yapımına başlamak için sermayeye ihtiyaç duyacak ve bu sermayenin bir kısmını kendi öz kaynaklarından bir kısmını ise krediden karşılayacaktır. Yapım aşaması tamamlanıp proje işletmeye alındığında şirket gelir elde etmeye başlayacak ve bu proje için aldığı kredinin geri ödemesini yapmaya başlayacaktır. Diğer kredilerden farklı olarak proje finansmanında proje şirketine verilen kredi, şirketin ödeme gücünden ziyade yapılan projenin getirisine

<sup>17</sup> Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions on 30 April 2004, s. 3.

<sup>18</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT Güzin, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Doktora Tezi, 2005, s. 12; United Nations ESCAP, A Guidebook on Public Private Partnership in Infrastructure, 2011, s. 40; WORLD BANK, How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets, 2011, s. 53-54.

bakılarak verilmektedir. Proje, getirisi ne kadar yüksek olması öngörülen bir proje ise şirketin finansman bulması o kadar kolay olacaktır.

### 3. Türkiye’de Uygulanan Kamu Özel İşbirliği Modelleri ve Yasal Altyapısı

Anayasa’nın 47’nci maddesinde yer alan “Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” hükmü ile kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi hususu anayasal zemine kavuşmuştur.<sup>19</sup> Bu hükme göre hangi hizmet alanlarında özel hukuk kişilerinden yararlanılabileceği kanunlar ile belirlenecek olup Anayasanın ilgili hükmü çerçevesinde çıkarılan çeşitli kanunlar ve çalışma konumuzla ilgili olan bazı kanunlar aşağıda incelenecektir.

Daha önce de bahsedildiği üzere Türkiye’de uygulanan başlıca KÖİ modelleri, yap-işlet-devret (YİD), yap-işlet (Yİ), yap-kirala-devret (YKD) ve işletme hakkının devri (İHD) modelleridir. Bunlara ek olarak Türkiye’de uygulaması olmamakla birlikte uluslararası uygulamalarda görülen diğer modeller olan Yap-Sahip ol-İşlet, Yap-Geliştir-İşlet, Tasarla-Yap-Yönet-İşlet, Satın al-Yap-İşlet, Kirala-Geliştir-İşlet, Tasarla-Yap-Finanse et-Bak onar, Yap-Finanse et-Devret, Yap-Kirala-Sahip ol-Devret, Yap-Sahip ol-İşlet Devret gibi modeller de KÖİ modeli olarak kabul edilmektedir.<sup>20</sup> Çalışmamızda yalnızca Türkiye’de uygulaması olduğu belirtilen modeller incelenecektir.

#### 3.1. Yap-İşlet-Devret Modeli

1994 yılında kabul edilen 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun” ile yap-işlet-devret (YİD) modeli yasal olarak ilk defa kapsamlı bir biçimde düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 3’üncü maddesinde YİD, “ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin

<sup>19</sup> TEMİZ Özgür, Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık, Doktora Tezi, 2013, s. 273-274; GÜRKAN Mehmet Fatih, Kamu Özel Ortaklığı, 2014, s. 18.

<sup>20</sup> WORLD BANK, PPP Reference Guide, 2014, s. 22; European Commission Guidelines For Successful Public-Private Partnerships, 2003, s. 18; United Nations Guidebook on Promoting Good Governance In Public-Private Partnerships, 2008, s. 2-3.

*gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dâhil) şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi”* şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımdan ve modelin isminden de anlaşılacağı üzere YİD modelinde, idarenin belirli nitelikteki yatırım ve hizmetleri özel sektöre yaptırması, karşılığında da belirli bir süre boyunca özel sektörün yatırımı işletmesine izin verilmesi ve sözleşme süresi sonunda yatırımın idareye devri söz konusudur.<sup>21</sup>

Bir projenin YİD modeli ile yapılabilmesi için iki şart bulunmaktadır: Projenin ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiriyor olması. Bu iki şartı sağlayan projeleri hayata geçirebilmek için, 3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar’ın 17. maddesine göre kamu idaresince yapılan ihaleyi kazanan şirket/şirketlerin yalnızca söz konusu projeyi yapıp işletmek üzere bir görevli şirket kurulması zorunludur. Projeyi gerçekleştirmek üzere kurulan görevli şirket, sözleşmeden kaynaklanan hakları bir tarafa bırakılırsa, işletme süresince arazi üzerinde üst hakkına sahip olmaktadır. Bu sebeple arazinin mülkiyetinde herhangi bir değişiklik olmayıp tüm sözleşme sürecinde mülkiyet idarede kalmaktadır. Bu üst hakkının süresi 3996 sayılı kanuna göre maksimum 49 yıl olabilmektedir. Bu sürenin sona ermesiyle ise yapı idareye devredilmektedir.

3996 sayılı Kanunun kapsam maddesine göre YİD modeli, köprü, yol, raylı sistem, hava alanı, su yolu, yat limanı, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, kültür ve turizm yatırımları, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri gibi yatırım ve hizmetlerin yaptırılması amacıyla kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere birçok sektörde kullanılabilen YİD modeli, kullanılmaya başlandığı ilk yıllarda çoğunlukla enerji yatırımları için kullanılmaktayken günümüzde daha çok ulaştırma yatırımları için kullanılmaktadır.

Şirketlerin bu tür yatırımları gerçekleştirmeyi üstlenmek istemesinin temel sebebi; finansmanı kendisi sağlayacak olmasına rağmen, söz konusu yatırımın inşası tamamlandıktan sonra belirli bir süreliğine işletilmesi sonucunda şirketin kâr elde edecek olmasıdır. Özel sektör tarafı yatırımı uygulanabilir (fizibil) bulursa, yatırım yapacak ve

---

<sup>21</sup> DURAN Lütfi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, c. 46, Sa. 1, 1991, s. 150.



yaptığı yatırımları işletme döneminde kârıyla birlikte geri alacaktır. Yine de şirketin zarar etmesi ihtimali de mevcut olup bu durum kamu idaresini ilgilendirmemektedir.<sup>22</sup> Ancak ülkemizde çoğu YİD projesinde sözleşmenin tarafı olan kamu idaresinin veya hazinenin verdiği çeşitli garanti mekanizmalarıyla özel sektörün bu riski paylaşılmaktadır.

Yap-işlet-devret modeli kapsamında yapılacak yatırım ve yürütülecek faaliyetler dolayısıyla aralarındaki hukuki ilişkiyi biçimlendirmek üzere tarafların akdettiği sözleşmenin içeriği ve hukuki niteliği, kurulacak tesisin konusuna, faaliyetin türüne ve taraflara tanınan hak ve yükümlülükler göre farklılık arz etmektedir. Örneğin, bir otoyol inşası için akdedilecek sözleşme ile atık su projesi için akdedilecek sözleşme arasında elbette ki sözleşmelerin hüküm ve sonuçları açısından farklılıklar olacaktır. Ancak temelde bu sözleşmelerin hepsi bir eser inşa edilmesi ve onun işletilmesi esnasından dizayn edilmektedir. Bu sebeple yap-işlet-devret modelinin uygulanması için karma sözleşmelerden yararlanılmaktadır.<sup>23</sup> Bu karma sözleşme yapısı incelendiğinde, YİD'in üç asli unsurundan hareketle, tipik sözleşmelere ilişkin hukuki değerlendirmelerin YİD'e de uygulanabileceği, bu nedenle özel bir hukuki nitelik tespitine gerek olmadığı düşünülmektedir. Bu kapsamda, YİD'in eser meydana getirme bölümü için Türk Borçlar Kanunundaki eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasında bir engel bulunmamaktadır. Sözleşmenin, işletme hakkının devri bölümü için ise ürün kirası sözleşmesi hükümlerinin YİD'e aynı şekilde uygulanması suretiyle hukuki sorunların çözümlenebileceği düşünülmektedir.<sup>24</sup> Görevli şirketin işletme hakkı karşılığında elde edilen gelir yalnızca görevli şirket tarafından kullanılabilirken, görevli şirket veya idare tarafından ortaklaşa da kullanılabilir (hasılat paylaşımı usulü). Bu kapsamda Türk Borçlar Kanununda "kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme" şeklinde tanımlanan ürün kirasının özel sektörün her zaman bedel ödeme yükümlülüğü olmaması nedeniyle ayrıştığı düşünülebilir. Ancak söz konusu tanımda yer alan kira bedeli ödeme yükümlülüğünün, yatırımın finansmanı ve inşası karşılığında tesisin işletme hakkının proje şirketine

---

<sup>22</sup> LEBLEBİCİLER Okan, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği, Yüksek Lisans Tezi, 2005, s. 65.

<sup>23</sup> SİRMEN Lale, Sözleşme Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, 1996, s. 11.

<sup>24</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 117. Yargıtay'da uyuşmazlıkların çözümünde bu yöntemi kullanmaktadır. Örneğin 02.10.2015 tarihli bir kararında "Dava yap işlet devret sözleşmesine dayalıdır. Bu sözleşmelerde yapım aşaması eser sözleşmesi hükümlerine göre, işletilme aşaması ise kira sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilir. Uyuşmazlık işletilme aşamasına ilişkin olduğundan eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin olayda uygulanma yeri yoktur." şeklinde hükme varmıştır. Yargıtay 15. HD, E. 2015/3708, K. 2015/4745.

verilmesi ve işletme hakkının süresinin, proje şirketinin yatırım bedelini ve kârını elde edebilmesine imkân verecek şekilde belirleniyor olması, söz konusu hakkın bir ivaz karşılığında verildiğinin göstergesi olmaktadır.<sup>25</sup> KÖİ sözleşmelerinin kira ve eser unsurlarına ileride detaylı bir şekilde değinilecektir.

Ülkemizde %45'lik bir payla yap-işlet-devret modeli en çok kullanılan KÖİ modellerindedir.<sup>26</sup> Ülkemizde en çok ulaştırma sektörü için kullanılan YİD modeli hakkında çok sayıda düzenleme yapılmış olup konuya ilişkin yürürlükte olan kanunlar şu şekildedir:

▪ 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun: Yap-işlet-devret modelinin ilk defa düzenlendiği bu kanun ile elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin kurulması ve işletilmesi hakkının belli bir süreliğine özel şirketlere verilmesi imkânı ve kurulmuş tesislerin işletme hakkının özel sektöre devri imkânı olmak üzere iki model düzenlenmiştir.<sup>27</sup> Kanuna göre görevli şirket elektrik üretimi yapacağı tesisi kurup işletecek ve tesis sözleşmede kararlaştırılan sürenin (en fazla 99 yıl) sonunda devlete geçecektir.

▪ 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun: Bu kanun ile otoyollar ve ilgili tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi görevi en fazla 49 yıllığına şirketlere verilebilmekte, sözleşme süresi sonunda ise otoyol ile bütün tesisler borç ve taahhütten arı olarak kullanılabilir şekilde Karayolları Genel Müdürlüğüne kendiliğinden ve bedelsiz olarak devredilmektedir.<sup>28</sup>

▪ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun: Bu kanun ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarına ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin

---

<sup>25</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 122; ÖZKAYA HAYKIR Betül, Kamu Özel Sektör İşbirliği Sözleşmeleri Kapsamındaki Fesih Ödemesi Düzenlemeleri, Ülke Örnekleri ve Türkiye Uygulaması, Hazine Müsteşarlığı Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, 2016, s. 32.

<sup>26</sup> Kalkınma Bakanlığı Raporu, Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, 2017, s. 25.

<sup>27</sup> GENÇOĞLU Şerife, Türk İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli, Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 45, YASİN Melikşah, İdare Hukuku, 2017, s. 526.

<sup>28</sup> TAN Turgut, İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s. 24; GENÇOĞLU, s. 47-48; YASİN, s. 527-528.

YİD modeli ile gerçekleştirilebilmesi için yetki verilmiştir. İlk defa bu kanun ile YİD modeli yasal bir tanıma kavuşturulmuş ve modelin temel nitelikleri düzenlenmiştir. Sektör sınırlaması yapılmaksızın birçok proje kanun kapsamına alınmıştır. Yine bu kanuna göre elektrik üretimi yapacak tesisin kurulup işletilmesi ve otoyol yapımı, işletilmesi projelerinin YİD modeli ile yapılması mümkündür. Bahsi geçen projeler yukarıda bahsedilen önceki tarihli kanunlarda özel olarak düzenlenmişse de 3996 sayılı Kanunda kapsamında da yer almaktadır. Bu sebeple sonraki tarihli özel kanun olarak değerlendirilen 3996 sayılı Kanun, günümüzde yapılan tüm YİD projeleri için yasal dayanak olmaktadır. Görüldüğü üzere, daha önce yalnızca enerji sektörü ve otoyol projeleri için kullanılabilen YİD modeli, 3996 sayılı Kanun ile kapsamı genişletilerek belirli nitelikteki yatırımlar için birçok sektörde uygulanabilecek hale gelmiştir.

### **3.2. Yap-Kirala-Devret Modeli**

Çalışmamızın temelini teşkil eden yap-kirala-devret modelinde projenin yapımı proje şirketi tarafından gerçekleştirilmekte, eser inşa edilecek arazi üzerinde yap-işlet-devret modelinde olduğu gibi şirkete bedelsiz olarak belirli bir süreyle üst hakkı tanınmaktadır (6428 sayılı Kanun'a göre azami 30 yıl, Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğe göre 49 yıl). Üst hakkı süresi boyunca proje şirketi sözleşmede kararlaştırılan hizmetleri ifa ederek eseri işletme hakkına sahip olmakta, ayrıca yaptığı eseri kamu idaresine kiralayarak idare tarafından kira bedeli adı altında ödeme almaktadır. Yani tesisi kiralayan kamu idaresi, tesisi yapan şirketlere hem kira ödemesi yapmakta hem de tesiste verilecek "çekirdek hizmet" dışındaki hizmetlerin ifasını bu şirketlere devretmektedir.<sup>29</sup> Sözleşmede belirlenen sürenin sonunda ise tesis kamu idaresine devredilmektedir. Ülkemizde son yıllarda sıklıkla uygulanan ve şehir hastaneleri projeleriyle gündeme gelen yap-kirala-devret modelinde 2018 yılı sonu itibariyle sözleşmesi imzalanmış 20 adet KÖİ projesi bulunmaktadır.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> KEŞLİ, s. 277; ERBAŞ Özgür/ YAVUZ Cavit Işık/ İLHAN Bayazıt, Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 2012, s. 8.

<sup>30</sup> <https://koi.sbb.gov.tr/> (s.e.t. 23.05.2019)

Yap-kirala-devret modeli kapsamında yapılacak yatırım ve yürütülecek faaliyetler dolayısıyla tarafların akdettiği sözleşmenin içeriği ve hukuki niteliği kurulacak tesisin yurt binası, okul ve hastane olmasına göre farklılık gösterse de özünde yap-işlet-devret modelinde bahsettiğimiz gibi bu sözleşmelerin hepsi bir eser inşa edilmesi ve onun kiralanması esasından dizayn edilecektir. Bu sebeple, yap-kirala-devret modelinin uygulanması için de karma sözleşmelerden yararlanılmaktadır. Söz konusu sözleşmelerin eser meydana getirme bölümü için Türk Borçlar Kanunundaki eser sözleşmesi hükümlerinin, kiralama bölümü için ise kira sözleşmesi hükümlerinin bu sözleşmelere de uygun düştüğü ölçüde uygulanması suretiyle hukuki sorunların çözümlenebileceği düşünülmektedir. Ancak YİD modelinden farklı olarak YKD modelinde, adi kira sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Zira bu modelde yalnızca inşa edilen tesisin kiralanması söz konusudur. Bu sebeple özetle Türk Borçlar Kanununda “*kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme*” şeklinde tanımlanan kira sözleşmesinin hükümlerinin YKD modelinin uygulanmasına yönelik akdedilen KÖİ sözleşmelerinin ilgili bölümlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği değerlendirilmektedir.<sup>31</sup> Çalışmamızın temelini teşkil eden söz konusu modelin detaylarına ilerleyen kısımlarda değinilecektir.

Yap-kirala-devret modeli hakkında çıkarılan ilk yasal düzenleme olan 2005 yılında yürürlüğe giren 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa bir ek madde eklenmiştir: “*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 kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir.*” Söz konusu ek madde ile Sağlık Bakanlığı’nın yap-kirala-devret modeli ile sağlık tesisi yapabilmesinin önü açılmış ve bu kanuna dayanılarak 2006 yılında “Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların

---

<sup>31</sup> Aynı yönde bkz. KEŞLİ, s. 164.

İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik” çıkarılmıştır.<sup>32</sup> Kanun tek bir maddeden oluştuğu için yap-kirala-devret modeline, ihale ve sözleşmeye ilişkin detaylar bahsi geçen yönetmelikte düzenlenmiştir. Ancak 2013 yılında 6428 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle 3359 sayılı Kanununun ek 7’nci maddesi yürürlükten kaldırılmış ve sağlık sektöründe KÖİ modeline ilişkin uygulanan tek kanun 6428 sayılı Kanun olmuştur.

Ülkemizde yap-kirala-devret modelinin düzenlendiği kanunlar şunlardır:

- 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun: Çalışmamıza temel teşkil eden bu kanun ile *“ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esaslar”* düzenlenmektedir.

▪ 652 sayılı Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname: Sağlık sektöründe yaygın olarak kullanılmaya başlanan yap-kirala-devret modelinin eğitim alanında da uygulanmasına yönelik mevzuat düzenlemelerinden olan bu KHK ile Milli Eğitim Bakanlığınca eğitim öğretim tesislerinin, kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı özel sektöre yaptırılması mümkün hale getirilmiştir.<sup>33</sup> Söz konusu KHK’den alınan yetkiyle 2012 yılında Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yapıtırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik

<sup>32</sup> TEMİZ, s. 276, YALÇIN Fatma Ceren, Kamu Özel İşbirlikleri, Doktora Tezi, 2014, s. 211-212; EMEK Uğur, Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 7(1), 2017, s. 151.

<sup>33</sup> ÖZKAYA HAYKIR, s. 16-17; GÜRKAN Mehmet Fatih, Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı, Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 58-60.

çıkarılmışsa da ülkemizde henüz yap-kirala-devret modeli ile yapılmış bir eğitim sektörü yatırımı bulunmamaktadır.

- 351 sayılı Yüksek Öğretim Kredi ve Yurt Hizmetleri Kanunu: Bu Kanun ile de Gençlik ve Spor Bakanlığı'na, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırk dokuz yılı geçmemek şartıyla kiralama karşılığı yurt binası ve tesislerinin yaptırılabilmesi yetkisi verilmiştir. Ancak Kanuna ilişkin bir Yönetmelik çıkarılmamış ve şuana kadar bu model ile herhangi bir yurt binası ve tesisi yatırımı yapılmamıştır.

### 3.3. Yap-İşlet Modeli

Yap-işlet modeli, bir tesisin özel sektör tarafından mülkiyeti kendisine ait olmak üzere inşa edildiği ve belirli bir süre boyunca işletildiği modeldir. Yap-işlet-devret modelinden farklı olarak bu modelde işletme süresinin sonunda tesis idareye devredilmemekte özel sektör mülkiyetinde kalmaktadır. Yap-işlet modeli ülkemizde çok fazla uygulanmamıştır. Nitekim günümüze kadar bu modelle yapılmış yalnızca beş adet enerji projesi mevcuttur. Ülkemizde yalnızca enerji sektöründe uygulanan yap-işlet modelinin düzenlendiği tek kanun 4283 sayılı Kanundur. Tam anlamıyla KÖİ modeli ile ilgili olmamakla birlikte enerji sektöründeki günümüzdeki durumu aktarabilmek adına 6446 sayılı Kanuna da kısaca değinilecektir:

- 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun: Bu kanun ile özel sektöre elektrik enerjisi üretmek için mülkiyetleri kendilerine ait olmak üzere termik santral kurma ve işletme izni (en fazla 20 yıl süreyle) verilmesi imkânı getirilmiştir.<sup>34</sup> Söz konusu kanun sadece termik santrale dayalı enerji sektörü projeleri için uygulanabilecek nitelikte olup hidroelektrik, jeotermal, nükleer santraller ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları ile çalıştırılacak santraller bu Kanunun kapsamı dışındadır.

- 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a dönüşen 4628 sayılı Elektrik

---

<sup>34</sup> ORAK Cem Çağatay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, 2006, s. 53, AYANOĞLU Taner, İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, İÜHFİM c. LXV, 2007 s. 9.

Piyasası Kanunu: 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Kanun ile elektriğin üretimi, dağıtımı ve ticaretinde devlet tekeli kaldırılmış ve rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amaçlanmış olup 2013 yılında yürürlüğe giren 6446 sayılı Kanun ile söz konusu kanun mülga edilmiştir. Yeni kanunda ise Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan lisans almak koşuluyla üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetlerinin yürütülebileceği düzenlenmiştir.

### 3.4. İşletme Hakkının Devri Modeli

İşletme hakkının devri, hâlihazırda yapılmış ve kamunun mülkiyetinde olan tesislerin mülkiyet hakkı saklı kalmak üzere işletme hakkının özel kişilere devredilmesi modelidir. Bu modelde özel sektör hiçbir zaman tesisin mülkiyetine sahip olmamakta yalnızca belli bir süre tesisi işletme hakkı edinmektedir. Esasında yap-işlet-devret ve yap-işlet modellerinde de bir kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi çerçevesinde tesisin işletme hakkının özel hukuk kişilerine devri unsuru vardır.<sup>35</sup> Bu modeli diğerlerinden ayıran temel husus ise yapım unsurunun olmayışıdır. Türkiye’de işletme hakkının devri modelinin düzenlendiği kanunlar şunlardır:

- 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun: Yap-işlet-devret başlığı altında da incelemiş olduğumuz bu Kanunun "İşletme hakkının devri" kenar başlıklı 5. maddesi, "*kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesi...*" hususunu düzenlemektedir. Özetle, söz konusu kanun ile hem elektrik santrallerinin özel sektör tarafından yapılması ve işletilmesi hem de kamuda bulunan elektrik tesislerinin işletme hakkının özel sektöre devredilmesi hususları düzenlenmiştir.

- 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun: Yine yap-işlet-devret modeli başlığı altında da

---

<sup>35</sup> AYANOĞLU, s. 7.

incelenen bu Kanunun 5. maddesi ile otoyolların veya üzerindeki hizmet tesislerinin işletme haklarının devredilebilmesi hususu düzenlenmiştir.

▪ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun: Kanun'un 18. maddesinde özelleştirme yöntemlerinden biri olarak sayılan "işletme hakkının verilmesi" yöntemi, *"Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin - mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesi"* olarak tanımlanmaktadır. Bu kanuna göre, kamu idareleri tarafından yapılmış olan tesis ve işletmelerin işletme haklarının özel hukuk kişilerine devri mümkün kılınmıştır.

▪ 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu: Yap-işlet modelinde de incelediğimiz bu Kanun ile işletme hakkı devri yoluyla özel kişilere elektrik dağıtım işinin devredilebileceği düzenlenmiştir.

▪ 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun: Kanunun 33. maddesi ile Devlet Hava Meydanları İşletmesi'ne, *"işletiminde bulunan hava alanları ile işletme dönemlerinin sonundan itibaren Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yaptırarak işletimini özel sektöre verdiği terminaleri ve/veya hizmetin bütünlüğü yönünden gerek gördüğü diğer tesisleri; kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemlerini kullanarak ihale yoluyla özel hukuk tüzel kişilerine 49 yılı geçmemek üzere devredebilme"* yetkisi verilmiştir.

▪ 4458 sayılı Gümrük Kanunu: Kanunun 218/A maddesi ile Ticaret Bakanlığı'na, *"...8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun uyarınca yaptırarak işletme hakkını verdiği gümrük kapıları ve/veya lojistik merkezlerini, işletme süresi bittikten sonra 30 yılı geçmemek üzere, ... kiralama ve/veya işletme hakkının verilmesi yöntemleri ile ... sözleşme bedeli karşılığında devredebilme"* hakkı verilmiştir.



#### 4. Kamu Özel İşbirliği Modelinin Avantajları ve Dezavantajları

KÖİ modelinin avantajları şu şekilde sıralanabilir:

- KÖİ modelinde projeyi gerçekleştirecek finansmanı bulma ve projeyi tamamlama yükümlülüğü özel sektörün sorumluluğunda olduğundan kamu bütçesinden herhangi bir harcama yapılmadan kamu hizmetleri gerçekleştirilebilmektedir. Yine aynı sebeple kamu sermayesiyle karşılanamayacak büyüklükte projelere finansman sağlanabilmektedir.

- Geleneksel yöntemlerle (devletin doğrudan borçlanması yoluyla) yapılan projelerde devletin üzerinde olan riskler KÖİ modeli ile taraflar arasında paylaşmakta ve bu risk paylaşımı hususu sözleşmelerde belirlenmektedir. KÖİ modelinde özel sektör projenin birçok aşamasını ilgilendiren sorumlulukları üstlenmekte, bu sebeple projenin tasarım, yapım ve teknolojisine ilişkin yapım dönemi riskleri, finansman riski, talep riski, işletme dönemi riskleri gibi önemli risk unsurları kamu kurumundan özel sektöre devredilebilmektedir.<sup>36</sup>

- Gelişmekte olan ülkeler için KÖİ modelinin kullanılmasının en önemli amaçlardan birisi ülkeye yabancı sermaye girişini arttırmak ve bunun ekonomi üzerindeki etkilerinden yararlanabilmektir. KÖİ modeli doğrudan kamu tarafından gerçekleştirilemeyecek projeleri gerçekleştirme imkânı vermekte, yapılması planlanan uygulanabilir (fizibil) projeler yabancı kredi kuruluşlarının ilgisini çekmekte ve devletin dış borç stoku artmadan ülkeye dış finansman girişi sağlanmaktadır.<sup>37</sup>

- Kamu özel işbirliği sözleşmelerinde, özel sektörün projeyi süresinden önce tamamlaması durumunda yapımdan kalan sürenin işletme süresine dâhil edileceği gibi hükümler yer alabilmektedir. Bu teşvik edici hükümler sayesinde projeler zamanında ve hatta taahhüt edilen tarihten daha önce tamamlanabilmektedir. Bu sayede projelerde verimlilik ve etkinlik artmaktadır.

---

<sup>36</sup> ÇAPKIN Yücel, KÖİ Projelerinin Değerlendirilmesinde Alternatif Bir Yaklaşım: Reel Opsiyon Fiyatlaması Yöntemi, Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, 2017, s. 7-8; ŞİMŞEK Yunus Emre, Assessment Of Public Private Partnership (PPP) Schemes In Turkish Railway Industry, Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 17.

<sup>37</sup> LEBLEBİCİLER, s. 84.

▪ Projeyi gerçekleştirecek şirketler, bu projelerin gerçekleştirilebilmesi için istihdam sağlayacak, çalışanları eğitecek, ülkeye ileri teknoloji girişi sağlayacaktır.<sup>38</sup> Yine özel sektörün tecrübesi yatırımlarda kullanılabilir olacaktır.

KÖİ modelinin dezavantajları ise şunlardır:

▪ KÖİ modelinin en büyük dezavantajı kamu kuruluşları tarafından verilen garantilere ilişkin risklerin iyi şekilde değerlendirilememesi ve bu sebeple ileride kamuya ciddi maliyet yüklenebilmesi ihtimalidir. Her ne kadar kamu bütçesine yük getirmeden projelerin hayata geçirilmesi söz konusuysa da kamu idareleri tarafından verilen garantiler yine bütçeye yük getirebilmektedir. Söz konusu garanti mekanizması ülkemizde uygulanan KÖİ projelerinde de görülmektedir. Bu konuda fizibilite çalışmalarındaki tahminler tam olarak tutturulamadığında devletler büyük tutarlarda koşullu yükümlülük altına girebilmektedir.

▪ Özel sektörün, borçlanma maliyeti kamu sektörünün borç maliyetinden yaklaşık %1 ile %3 daha yüksektir. Bu durum ise KÖİ modelinin genel maliyetini geleneksel yöntemlere göre artırmaktadır.<sup>39</sup>

▪ KÖİ modeli ile yapılan projelerde ve sunulan hizmetlerde kamu hizmetlerinin özel sektörün kontrolüne ve sorumluluğuna verildiği konusunda toplumsal bir algı oluşmaktadır. Kamunun sorumluluğunda olan hizmetlerin özel şirketlere, piyasaya devredilmesi hususu, sosyal devlet ilkesine aykırılık olarak değerlendirilebilmekte ve bu sebeple bu düşünceye sahip kesimlerce eleştirilmektedir.<sup>40</sup>

▪ Sözleşmelerin karmaşık yapısı nedeniyle risklerin yanlış dağılımı, yetersiz veya eksik yaptırımlar gibi esaslı hatalar, bu modelde uzun vadeli ciddi sorunlara yol açabilmektedir.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> LEBLEBİCİLER, s. 84.

<sup>39</sup> SARISU s. 99; United Nations ESCAP, A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure, s. 2.

<sup>40</sup> UYSAL Yusuf, Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının İki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, c. 10, Sa. 2, 2017, s. 187.

<sup>41</sup> ACARTÜRK Ertuğrul/KESKİN Sabiha, Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli, SDÜİİFD, c. 17, 2012, s. 36.

## 5. Kamu Özel İşbirliği Modeli Kapsamındaki Sözleşmeler

KÖİ modeliyle yapılacak bir projeyi hayata geçirmek için taraflar arasında birçok sözleşme imzalanmaktadır. Temelde projeyi yapmakla yükümlü olan şirket ile kamu idaresi arasında imzalanan sözleşmeler finansörlerin, sigorta verenlerin, alt yüklenicilerin vs. katılımıyla çok taraflı ve karmaşık ilişkiler doğurmaktadır.

### 5.1. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri

KÖİ sözleşmeleri projeyi yapmakla görevlendirilen şirket ile kamu idaresi arasında imzalanmakta ve projenin uygulanmasına ilişkin hükümler içermektedir. Uluslararası literatürde<sup>42</sup> “PPP Contract” olarak adlandırılan KÖİ sözleşmeleri Türk mevzuatında 6428 sayılı Kanunda “Sözleşme” kavramıyla “*Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve ekleri*” olarak tanımlanmıştır. Yine 3996 sayılı Kanun’da KÖİ sözleşmelerinden “uygulama sözleşmesi” olarak bahsedilmiş olup ilgili kanunun uygulanmasına yönelik çıkarılan 2011/1807 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında tanımı yapılmıştır. İlgili tanıma göre uygulama sözleşmesi, “*yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak idare ile görevli şirket veya sermaye şirketi arasında özel hukuk hükümlerine göre akdedilen sözleşme*” dir.

Mevzuattaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere KÖİ sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde projelerin gerçekleştirilmesi amacıyla kamu idareleri ile proje şirketleri arasında akdedilen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerdir. Bir KÖİ sözleşmesinde projenin yapımı, belirlenen bir süre boyunca işletilmesi ve ilgili süreçlere ilişkin tarafların hak ve yükümlülükleri, projenin finansmanı, sözleşmenin sona ermesi ve bunun sonuçları gibi hususların düzenlenmesi gerekmektedir.

KÖİ sözleşmeleri çok uzun süreli ilişkileri düzenleyen karmaşık sözleşmeler olduğu için gerek ulusal gerek uluslararası platformda (Dünya Bankası, EPEC, mülga

---

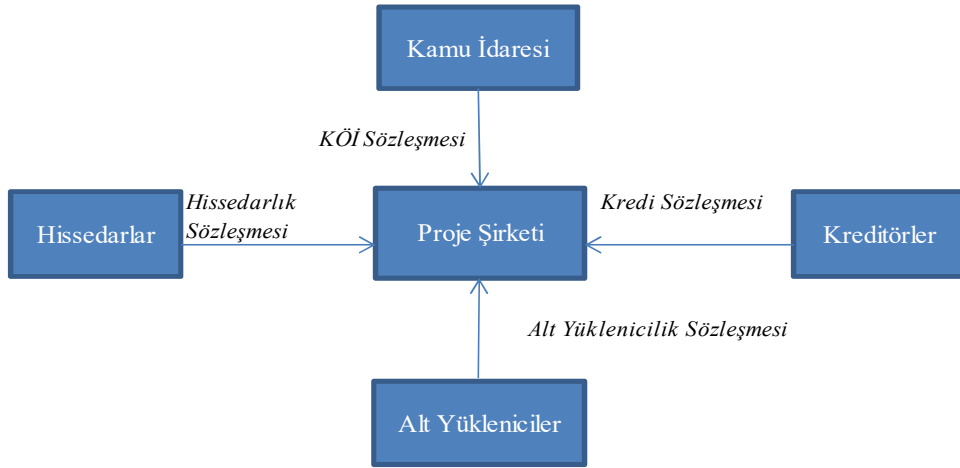
<sup>42</sup> Kamu özel işbirliği alanında çalışmalarıyla önde gelen kurumlardan olan World Bank, EPEC, OECD gibi kuruluşlar PPP Contract ifadesini kullanmakta ve işbu ifade dünyada kabul görmektedir.

Kalkınma Bakanlığı gibi kurumlar tarafından) bu sözleşmelerinin standartlaştırılmasına yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Anılan çalışmalar sonucunda yayımlanan raporlar ve mevzuat gereği sözleşmede olması gerekli asgari unsurlar dikkate alınarak Türk özel hukuku kapsamında sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmeleri detaylı şekilde çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir.

## **5.2. Kamu Özel İşbirliği Modeli Kapsamındaki Diğer Sözleşmeler**

Projeyi yapmakla yükümlü olan proje şirketi, idare ile imzaladığı KÖİ sözleşmesinin yanı sıra iki veya çok taraflı çeşitli sözleşmeler akdetmektedir. Uygulamada genellikle bu tür sözleşmelerin KÖİ sözleşmesinin eki niteliğinde veya KÖİ sözleşmesinin hükümlerinin detaylandırıldığı sözleşmeler olduğu görülmektedir.

Kamu özel işbirliği projeleri büyük tutarlar harcanarak hayata geçirilebilecek projeler olduğundan, projenin finanse edilebilmesi için şirket özkaynakları genellikle yeterli olmamakta finansmanın büyük bir kısmı kredi ile karşılanmaktadır. Bu kapsamda kreditorler ile proje şirketi arasında kredi sözleşmeleri, kredi bozulma maliyetlerinin üstlenilmesi için hedging sözleşmeleri ve sözleşmenin feshedilmesi riskine karşılık sigorta sözleşmeleri imzalanmaktadır. Finansman sözleşmelerinin imzalanması aşamasında kreditorler de şartlarını KÖİ sözleşmesine yansıtmak istemekte, bu nedenle KÖİ sözleşmesinin eki niteliğinde doğrudan sözleşme olarak adlandırılan, tarafları idare, proje şirketi ve kreditorler olan sözleşmeler imzalanmaktadır. Yine projenin gerçekleştirilebilmesi için özel amaçlı şirketler kurulmakta ve bu amaçla ihaleyi kazanan şirketler hissedarlık sözleşmesi yaparak konsorsiyum oluşturmaktadır. Proje yapımının bir kısmı ise alt yükleniciler tarafından gerçekleştirilmekte ve bu kapsamda proje şirketi ile alt yükleniciler arasında alt yüklenicilik sözleşmeleri imzalanmaktadır.



Kaynak: WORLD BANK, PPP Reference Guide, s. 51.

## 6. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Özellikleri ve Unsurları

Kamu özel işbirliği sözleşmeleri, sürekli borç ilişkisi doğuran, tam iki taraf borç yükleyen, kamu idareleri ile özel sektör arasında akdedilen uzun süreli çerçeve sözleşmelerdir. Temel unsurları yapım, kiralama ve işletme hakkının devri olan KÖİ sözleşmelerinin, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olması, finansman unsuru ve çerçeve sözleşme niteliği de incelenecektir. Bahsi geçen unsurlardan yapım ve kiralama unsuru aynı zamanda tarafların borçları kapsamında çalışmamızın ikinci bölümünde inceleneceğinden bu bölümde daha genel bilgiler verilmiştir.

### 6.1. Sürekli Borç İlişkisi

Sürekli sözleşmelerde asli edim zamana yayılmıştır ve sözleşme sona erinceye kadar devamlı ifa edilir.<sup>43</sup> İfanın ani ya da sürekli olduğu saptanırken; kimi yazarlara<sup>44</sup> göre borçlunun faaliyetleri değil, alacaklının edime olan çıkarının gerçekleşmesinin bir an

<sup>43</sup> EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2017, s. 17.

<sup>44</sup> Serozan'a göre borç ilişkisinin sürekliliğinin tespit edilebilmesi için, alacaklının ifadaki menfaatinin değil, borçlunun ifa hareketlerinin dikkate alınması gereklidir. Başka bir ifade ile borçlunun ifa hareketleri bir zaman sürecine yayılmış ise sürekli borç ilişkisinin var olduğu kabul edilmelidir; SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, 1975, s. 169.

içinde mi yoksa süreye mi yayıldığına dikkate alınacağı, kimi yazarlara<sup>45</sup> göre ise borçlanılan edimin zaman içinde bir defada tek bir davranışla yerine getirilebilmesi önemlidir.<sup>46</sup> Örneğin, eser sözleşmesinde eseri inşa eden müteahhidin, edimleri belli bir süre çalışmayı gerektirmesine rağmen, yapılan bu çalışmalar alıcı açısından teslim anına kadar ifa değeri taşımayacağından ani edimli borç olarak nitelenecektir.<sup>47</sup>

Bilindiği üzere KÖİ sözleşmelerinde yapım unsuru tek başına yer almamakta bunun devamında taraflar arasında bir kira/işletme hakkı ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle alacaklının edime olan çıkarı zamana yayılmış olmaktadır. Borçlunun ifası da zamana yayıldığından KÖİ sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olduğu konusunda kuşku yoktur.

KÖİ sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Proje şirketinin finansman bularak projeyi yapma borcunun karşılığı olarak kamu idaresi ise işletme hakkının kullanılabilmesini temin borcu veya kira bedeli ödeme borcu altına girmektedir.<sup>48</sup> Bu sözleşmelerde kamu idaresi, finansman ihtiyacını karşılayan proje şirketinin eser inşası için harcadığı finansmanı geri alarak üzerine kâr etmesini temin etmektedir.<sup>49</sup> Yine kira unsurlu KÖİ sözleşmelerinde de proje şirketi yapım döneminde eseri inşa etmenin karşılığı olarak eseri kamu idaresine kiraya vererek gelir elde etmektedir.

Yapım unsurunun yer almadığı işletme hakkının devri yoluyla yapılan KÖİ sözleşmelerinde ise tarafların arasındaki ilişki daha az karmaşıktır. Kamu idaresi şirketin tesisi işletmesine izin vermekte, şirket de bu işletim dolayısıyla kazanç elde etmektedir. Bu durum ise taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi yaratmaktadır.

<sup>45</sup> EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2017, s. 108; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, s. 8.

<sup>46</sup> KÖİ sözleşmelerinde alacaklının menfaati de, borçlunun ifa hareketleri de zamana yayıldığı için her iki görüşe göre de sürekli borç ilişkisi doğurduğu çıkarımı yapılabilir.

<sup>47</sup> DOĞAN Gülmelahat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 391; ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2016, s. 506. Öğretide eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. *Serozan*'a göre sözleşmeye esere kavuşacak alacaklının değil de sürekli edim eylemleri ile eseri yaratacak borçlunun perspektifinden bakıldığında eser sözleşmeleri sürekli sözleşmelerin kapsamına alınabilir; SEROZAN, s. 174. Yargıtay da bir içtihadı birleştirme kararında eseri meydana getirmenin zamana yayılmasını dikkate alarak sürekli borç doğuran sözleşmelere ilişkin bazı kuralların eser sözleşmelerine de uygulanabileceğine hükmetmiştir. Yargıtay İBK, T. 25.01.1994, E. 1983/3, K. 1984/1.

<sup>48</sup> Yargıtay da bir kararında YİD sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğunu kabul etmiştir: *‘Davacının davalı Belediyenin açtığı ihaleye katılması sonucu aralarında ihale şartnamesine uygun olarak Yap-işlet-devret sözleşmesinin düzenlendiği tarafların kabulündedir... Taraflar arasındaki sözleşmenin tam karşılıklı taahhütleri havi sözleşmelerden olduğu duraksamaya yer olmaksızın bellidir.’* Yargıtay 13. HD, T. 3.4.2003, E.2003/2417, K.2003/3948, Karar için bkz. PEKGÜÇLÜ, s. 113.

<sup>49</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 116.

## 6.2. Çerçeve Sözleşme

Kamu özel işbirliği sözleşmeleri tarafların haklarının ve yükümlülüklerinin genel hatlarıyla düzenlendiği çerçeve sözleşmelerdir. Zira KÖİ sözleşmeleri imzalandıktan sonra taraflar arasında daha detaylı hükümler içeren doğrudan anlaşmalar imzalanmaktadır. Her ne kadar doğrudan anlaşmaların amacı finans taraflarının KÖİ sözleşmeleri kapsamında haklarını düzenlemek olsa da, KÖİ sözleşmelerinin tarafı olan idare ve proje şirketinin de hak ve yükümlülüklerinin bu sözleşmelerde detaylı bir şekilde düzenlenmektedir.

KÖİ sözleşmeleri imzalandıktan sonra taraflar arasında bu sözleşmeleri detaylandıran başka sözleşmeler imzalanıyor olsa da, sözleşme hükümlerinde bir uyumsuzluk ortaya çıkması durumunda KÖİ sözleşmeleri esas alınmaktadır. Bu sebeple KÖİ sözleşmelerinin, kamu idareleri ile proje şirketleri arasındaki uzun süreli sözleşmesel ilişkilerin anayasası olduğunu söyleyebiliriz.

## 6.3. Yapım Unsuru

Hâlihazırda yapılmış olan bir tesisin işletme hakkının devredildiği model hariç diğer tüm KÖİ modellerinde yapım unsuru mevcuttur. Yapım unsuru çerçevesinde, bir eserin meydana getirilmesi söz konusudur. Eser ise yüklenicinin meydana getirmeyi taahhüt ettiği sonuçtur. Bu sonuç maddi olsun olmasın hukuki bir anlam ifade eden ve iktisadi bir değeri olan insan emeği ürünlerdir.<sup>50</sup>

KÖİ sözleşmelerinde eserin ne olacağı konusunda mevzuatta çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. 6428 sayılı Kanunda proje şirketinin gerçekleştireceği eser, Sağlık Bakanlığı'nın ihtiyaçları doğrultusunda araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yapılacak tesisler (bina ve yapı) olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda hastane, halk sağlığı merkezi, laboratuvar gibi tesisler KÖİ modeli ile yapılabilmektedir. Yine 351 sayılı Kanunda yurt binası ve tesisleri, 652 sayılı KHK'da ise eğitim öğretim tesisleri sözleşmenin konusu olabilecek eserler olarak sayılmaktadır.

---

<sup>50</sup> KEŞLİ, s. 123.

3996 sayılı Kanununun 2'nci maddesinde ise yüklenicinin ortaya çıkaracağı eserler daha kapsamlı ve sınırlı olmayacak şekilde “*köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyej tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetler” olarak sayılmıştır. Görüldüğü üzere ülkemiz mevzuatında birçok eser KÖİ modeli kullanılarak yapılabilmektedir.*

KÖİ sözleşmeleri, her ne kadar kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden olmasa da kanunda düzenlenen sözleşme tipleri ile aynı karakteristiği taşıyan unsurlar içerdiğinden uygun düştüğü ölçüde tipik sözleşmelere ilişkin düzenlemeler KÖİ sözleşmelerinin ilgili unsurlarına uygulanabilmektedir. Bu kapsamda tipik bir sözleşme olan eser sözleşmesi hükümlerinin KÖİ sözleşmesinin ilgili kısımlarına uygulanabileceği düşünülmektedir. Eser sözleşmesi TBK m. 470'de “*Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede, KÖİ sözleşmelerinde yüklenici proje şirketi olarak, iş sahibi ise kamu idaresi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sözleşmelerde proje şirketi bir eser meydana getirmeyi taahhüt etmekte, ancak iş sahibi yükleniciye herhangi bir ücret ödememektedir; bunun yerine KÖİ sözleşmelerinde, inşa edilen eser üzerinde yükleniciye işletme hakkı tanımakta veya kira bedeli ödemesi yapmaktadır. Ancak yine de bu tür bir ifa eser sözleşmesindeki ücret borcunun karşılığına tekabül etmektedir.<sup>51</sup> Belirtilmelidir ki proje şirketi, inşaatı yaptıktan sonra, işletme riskleri nedeniyle, yatırımdan beklediği gelire ulaşamamak ihtimalini de göze almak zorundadır.<sup>52</sup> Bu durumda kamu idaresinin ücret borcunu tam olarak ödemediğini söylemek mümkün olmamaktadır; zira proje şirketi işletme riskini üzerine almaktadır (Kamu idaresi ile proje şirketi arasında bu risk paylaşılabilir).

<sup>51</sup> Aynı yönde bkz. KEŞLİ, s. 157.

<sup>52</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 74.



#### 6.4. Kiralama Unsuru

Ülkemizde yalnızca yap-kirala-devret modeliyle yapılan KÖİ projelerine ilişkin sözleşmelerde mevcut olan kiralama unsuru, projenin özel sektör tarafından yapıldıktan sonra idareye kiralanması şeklinde görülmektedir. Bunun amacı ise projenin özel sektöre finanse edilebilmesidir. Zira özel sektör finansman bularak projeyi hayata geçirdiği için kârını bu yapıyı idareye kiraya vererek elde etmektedir.

Yine tipik bir sözleşme olan kira sözleşmesinin hükümlerinin KÖİ sözleşmesinin ilgili kısımlarına uygulanabileceği düşünülmektedir. TBK'nın 299. maddesine göre kira sözleşmesi, *“kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme”* olarak tanımlanmaktadır. Ülkemizde yap-kirala-devret modeli mevcut durumda yalnızca Sağlık Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ve Yüksek Öğretim Kredi ve Yurtlar Kurumu tarafından gerçekleştirilecek belirli nitelikteki projelerde uygulanabilmektedir. Kiralama unsuru içeren kamu özel işbirliği sözleşmelerinde proje şirketi kiraya veren, idare ise kiracı konumundadır. Proje şirketinin yaptığı tesisi kiralayan kamu idaresi, temel hizmetleri bu tesiste gerçekleştirmekte, yan hizmetlerin ise özel sektör tarafından gerçekleştirilmesi mümkün olabilmektedir. Bunun sonucunda kamu idaresi, yapıyı kullanımı karşılığında proje şirketine kira bedeli ödemektedir. Böylece idare peşin bir yatırım olarak ifa edeceği kamu hizmetini vadeli bir ödeme planı ile yerine getirmiş olmaktadır.<sup>53</sup>

Ülkemizde sağlık ve eğitim tesislerinin yapımında kullanılan yap-kirala-devret modelinde çekirdek hizmetler özel sektöre devredilmemektedir. Her ne kadar eser, özel sektör tarafından yapılsa da sağlık ve eğitim hizmetleri idare tarafından yürütülmektedir. Bu durumun sebebinin çekirdek kamu hizmetlerinin (sağlık, eğitim) özel sektöre devredilmesinin istenmemesinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Ancak diğer ülkelerde çekirdek hizmetlerin de proje şirketine devredildiği örnekler vardır. Örneğin, İspanya'da Alzira Hastanesi ve yine Almanya'da KÖİ modeliyle inşa edilen kanser hastanesinde bütün hizmetler projeye dâhil edilmiştir.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> GÜRKAN Mehmet Fatih, Kamu Özel Ortaklığı, s. 95.

<sup>54</sup> KARASU Koray, Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, c. 66(3), 2011, s. 227.

## 6.5. İşletme Hakkının Devri Unsuru

Bazı KÖİ modellerinde proje şirketinin eser inşası borcunun karşılığı olarak şirkete eserin işletme hakkı verilmekte, bazılarında ise yapılmış bir projenin işletme hakkı bir bedel karşılığında özel sektöre devredilmektedir. İkinci senaryoda işletme hakkı sahibi, işletmeyi bizzat çalıştırmayı, işletme sermayesinin yokluğu sebebiyle veya işletmeyi çalıştırma zahmetine katlanmak istememesi gibi sebeplerle tercih etmiyor olabilir. Bu sebeple mülkiyeti kendisinde kalmak şartıyla tesisin işletilmesini özel sektöre devredebilir.

İşletme hakkını devralan şirket tesisi belli süre ile işleterek kâr elde etmeyi beklemektedir. İşletme hakkını devreden bakımından ise, işletme hakkı devrinin karşılığında alacağı "işletme hakkı devir bedeli" temel motivasyondur. Bu model çerçevesinde, işletme hakkı sahibi olan kamu idaresi, hem işletmenin mülkiyetini elinden çıkarmamakta, hem işletmenin yaşaması ve müşteri kaybetmemesi sonucunu elde etmekte, hem de işletme hakkı devir bedeli elde etme olanağına sahip olmaktadır. Proje şirketi ise hem yapıyı kullanma hem de yapıyı işleterek gelir elde etme imkânına sahip olmaktadır.<sup>55</sup>

Tipik bir sözleşme olan ürün kirası sözleşmesi, yapıdan gelir etme imkânının sunulduğu işletme hakkının devri modelini içeren KÖİ sözleşmelerinin ilgili bölümüne uygulanabilmektedir. Adi kiradan farklı olarak düzenlenen ürün kirası TBK'nın 357. maddesinde "*kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmaktadır. Yap-kirala-devret modelini içeren KÖİ sözleşmelerinin aksine bu tip KÖİ sözleşmelerinde idare kiraya veren olarak, proje şirketi ise kiracı olarak konumlanmakta, idare sözleşmede belirlenen süre boyunca yapının kullanılmasını ve kullanımdan elde edilen gelirleri özel sektöre bırakmaktadır.

## 6.6. Finansman Unsuru

Devletlerin KÖİ modeline başvurmasının temel sebebinin bütçe kısıtı sebebiyle finansman sıkıntısı yaşanması olduğundan bahsetmiştik. Genel ve soyut bir kavram olan finansman, en geniş anlamda bir işletmenin gereksinim duyduğu işletme veya yatırım

<sup>55</sup> AYANOĞLU, s. 5; KEŞLİ, s. 197, PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 119-120.

sermayesinin para veya para benzeri araçlarla karşılanması olarak tanımlanabilir.<sup>56</sup> Bu finansman bulma yükümlülüğünün üçüncü kişilere devrine imkân veren bir model olan KÖİ modelinde proje şirketi ihtiyaç duyduğu finansmanı sağlayarak işletme döneminde tesisten elde edilen gelire finansmanı geri ödemektedir.

Proje şirketinin elbette kendi sermayesi ile projeyi finanse edebilme olanağı vardır. Ancak genellikle büyük projeler için uygulanan ve dolayısıyla finansmanının boyutu da büyük olan KÖİ modeliyle yapılan projelerde, uygulamada genellikle kredi temin edilerek projenin finanse edildiği görülmektedir.

Finansmandan kimin sorumlu olacağı, finansmanın krediyle mi yoksa öz kaynakla mı karşılanacağı ve projede ortaya çıkabilecek maliyet artışlarının kimin tarafından karşılanacağı gibi hususlar KÖİ sözleşmelerinde düzenlenmesi gereken önemli noktalaradır.

## **7. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği**

90'lı yıllarda idari bir sözleşme olarak kabul edilen KÖİ sözleşmelerinin mevcut düzenlemeler çerçevesinde özel hukuk sözleşmesi niteliği konusunda şüphe bulunmamaktadır.<sup>57</sup> Ancak KÖİ sözleşmesinin hangi sözleşme kategorisine girdiği hususunu incelemek gerekmektedir. Esaslı unsurları kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir. KÖİ sözleşmesinin TBK'da düzenlenmiş bulunan isimli sözleşme niteliği bulunmamakta; KÖİ sözleşmesi TBK'da düzenlenen isimli sözleşmelerden bazılarının bileşiminden oluşmaktadır.<sup>58</sup> Esasen tek bir tip KÖİ sözleşmesinden bahsetmek de mümkün değildir. Örneğin çalışmamızda incelediğimiz sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmeleri kiralama unsurlu sözleşmelerdir. Yapım unsuru içermeyen veya yapım ve işletme unsurunu birlikte içeren KÖİ sözleşmeleri de mevcuttur.

<sup>56</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 63.

<sup>57</sup> Danıştay da KÖİ sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edildiğinden artık incelememektedir. "Kayseri Entegre Sağlık Kampüsü Yapım İşleri ile Ürün ve Hizmetlerin Temin Edilmesi İşi' ihalesi sonucunda Sağlık Bakanlığı Kamu Özel Ortaklığı Daire Başkanlığı ile ... İnşaat Sanayi Ticaret AŞ- ... Sistemi ...S.P.A. iş ortaklığı arasında 10.08.2011 tarihinde imzalanan dava konusu sözleşmenin yukarıda belirtilen Yönetmelik hükmü uyarınca, özel hukuk sözleşmesi olduğu açık olduğundan, sözleşmenin iptali isteminin görüm ve çözümünün adli yargının görevinde olduğu sonucuna varılmaktadır." Danıştay Kararı, T. 22.11.2011, E. 2011/3899, K.2011/5211. Karar için bkz. BAYAZIT Bahar, Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Doktora Tezi, 2018, s. 162-163.

<sup>58</sup> KEŞLİ, s. 109.

Esasen sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerinin içeriği hususunda, 6428 sayılı Kanunda yetki süreci, sözleşmede olması gerekli hususlar, sözleşmenin sona ermesi gibi konular düzenlenmektedir. Ancak, Kanunda sayılan hususlardan birinin eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği açıktır. Zira belirtilen hususların KÖİ sözleşmesinin geçerlilik unsuru olduğu belirtilmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemelerin idarenin taraf olacağı bu sözleşmelerin hazırlanmasında dikkate alınması gereken hususları düzenleyen ve idareye hitap eden, yol gösterici hükümler olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ayrıca, tarafların borçlarının hükümlerine ilişkin bir düzenleme de bu kanunda yer almamış, sadece asli borçların ortaya konulması ile yetinilmiştir.<sup>59</sup> Diğer taraftan, tek bir tip KÖİ sözleşmesinden bahsedilememekle birlikte, uygulanan sektöre göre içeriği de değişen KÖİ sözleşmesi ilgili her kanununda farklı isimlerle anılmaktadır. Bu sebeplerle KÖİ sözleşmesinin kanunla düzenlenmiş isimli bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Ancak anılan düzenlemelerden hareketle, KÖİ sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının bir geçerlilik şartı haline getirilmiş olduğu kabul edilebilmektedir.

İsimsiz sözleşmeler günlük hayatta kullanılma sıklığına göre tipik ve atipik sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Bazı isimsiz sözleşmeler günlük hayatta neredeyse isimli sözleşmeler kadar sık kullanılmakta bu nedenle iş hayatında uygulama alanı bulmuş tipik isimsiz sözleşmeler olmaktadır. Atipik isimsiz sözleşmeler ise çok nadiren uygulama alanı bulmuş birkaç defa yapılmış sözleşmelerdir. KÖİ sözleşmeleri iş hayatında sıklıkla kullanılan sözleşmelerdir. Nitekim 2018 yılı sonu itibariyle ülkemizde, imzalanmış 238 KÖİ sözleşmesi bulunmakta<sup>60</sup> ve çok sayıda sözleşmenin de imzalanması beklenmektedir.

İsimsiz sözleşmeler içerdikleri esaslı unsurların isimli sözleşmelere ait olup olmamasına göre de doktrinde kendine özgü yapısı olan sözleşmeler (sui generis), karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak üçe ayrılmaktadır. Bu ayrıma kısaca değerinmek gerekirse; kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelir. Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenen çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği tarzda kısmen veya tamamen bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmelerdir. Bileşik sözleşmeler ise kanunda düzenlenmiş, hukuken birbirinden farklı iki veya daha çok

<sup>59</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 151-152.

<sup>60</sup> <https://koi.sbb.gov.tr/> s.e.t. 23.05.2019.

sözleşmenin bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşmelerdir. Bileşik sözleşmede, bağımsız niteliğini koruyan sözleşmeler mevcuttur.

Kamu özel işbirliği sözleşmeleri yukarıda detaylı bahsedildiği üzere eser inşası, kira, işletme hakkı devri, finansman gibi unsurlardan oluşmaktadır. Genel bir tanımı bulunmayan, isim olarak mevzuatta geçmeyen KÖİ sözleşmelerinin hangi isimsiz sözleşme kapsamına girdiği konusunda farklı görüşler mevcuttur. *Keşli*'ye göre KÖİ sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş bulunan isimli sözleşmelerden bazılarının her proje için gereklerine uygun biçimde bileşiminden oluşmakta ve bu nedenle karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir.<sup>61</sup> *Pekgüçlü* ise KÖİ sözleşmelerinde yer alan finansman unsurunun özgünlüğü sebebiyle bu sözleşmeleri sui generis sözleşme olarak kabul etmektedir.<sup>62</sup> Yargıtay ise 1987 tarihli kararında KÖİ sözleşmesini karma sözleşme olarak değerlendirmiştir.<sup>63</sup> Yine Yargıtay'ın 1998 tarihli bir kararında da bu görüşünün değişmediğini görebilmekteyiz.<sup>64</sup>

Sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi uyuşmazlık halinde hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlemek açısından önemlidir. Nitekim bileşik sözleşmeler kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait unsurların birleşmesiyle kurulduğu için uyuşmazlık halinde uygun düştüğü ölçüde kanundaki sözleşme tiplerine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Sui generis sözleşmelerde ise uyuşmazlık halinde taraflar bir çözüm kararlaştırmamışsa hâkimin hukuk yaratmak yoluyla uyuşmazlığı çözmesi gerekmektedir. Karma sözleşmelere hangi hukuk kuralının uygulanacağına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bunlardan dışlama görüşüne göre, karma sözleşmelere Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanmalıdır. Soğurma görüşüne göre, sözleşmenin içerdiği unsurlardan en önemlisi hangisi ise o unsurun dâhil olduğu sözleşmeye ilişkin kurallar tüm sözleşmeye uygulanmalıdır. Birleştirme görüşüne göre, bileşik sözleşmede olduğu gibi sözleşmenin içerdiği her unsura alınmış oldukları isimli sözleşmelere ilişkin hükümler

<sup>61</sup> KEŞLİ, s. 109.

<sup>62</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 182.

<sup>63</sup> “...Bu sözleşmeye göre davalı turistik tesisi inşaa etmiş ve davacı belediye sözleşme hükümleri uyarınca davalı lehine 15 yıl süreli üst hakkı tesis etmiş ve bu tapuya geçirilmiş ve bundan sonra davalı üst hakkını ipotek ederek davaya dahil edilen .... Bankası'ndan kredi almıştır. Taraflar arasındaki sözleşme bu hali ile yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp istisna sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir...” Yargıtay 3. HD, T. 24.2.1987, E. 1986/12595, K. 1987/2236.

<sup>64</sup> “...taraflar arasındaki kira sözleşmesinin, aktedildiği andan itibaren özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğunu, bu nedenle uyuşmazlığa özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiğini, sözleşmenin sona erdirilmesini gerektiren nedenlerin somut olayda mevcut olmadığını, esasen taraflar arasındaki sözleşmenin kira değil, yap-işlet-devret modelinde karma bir sözleşme olması nedeniyle 2886 sayılı Kanunun uygulama yerinin bulunmadığını...” Yargıtay 13. HD, T. 9.6.1998, E. 1998/4614, K. 1998/5241.

uygulanmalıdır. Bireysel hükümlerin uygulanması görüşüne göre, sözleşmeye isimli sözleşmenin tüm hükümleri değil sadece uyuşmazlık konusu soruna uygun düşen hükümleri uygulanmalıdır. Kıyas yoluyla uygulama görüşüne göre, isimli sözleşmelere ilişkin hükümler aynen değil tarafların amaç ve menfaatleri dikkate alınarak kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Son olarak hukuk yaratma görüşüne göre ise hâkim hukuk yaratarak uyuşmazlığı çözmelidir.<sup>65</sup> Yine isimli sözleşmelere ait unsurları barındırdığı için, uyuşmazlık konusu soruna özgü o sözleşmenin bireysel hükmü uygulanır.

Kanaatimizce KÖİ sözleşmeleri Türk Borçlar Kanununda düzenlenen ana sözleşme türlerinden bir veya birkaçını ana unsurları itibarıyla içermesi nedeniyle kural olarak karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir.<sup>66</sup> Sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerinin hangi karma sözleşme tipi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusuna değinmek gerekirse, taraflardan biri olan proje şirketi çeşitli sözleşmelere (kira ve eser sözleşmeleri) ait birden çok edimi üstlenirken, diğer taraf olan kamu idaresinin tek bir asli edimi bulunduğu için sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmeleri, kombine tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir.<sup>67</sup> Sui generis sözleşmeler kanunda düzenlenen sözleşmelerden hiçbirine uymadıkları için bileşik sözleşmeler de içeriğindeki sözleşmelerin bağımsızlığını kaybetmemesi sebebiyle KÖİ sözleşmesinin yapısına uymamaktadır. Bu nitelendirmenin neticesi olarak KÖİ sözleşmelerinde yer alan farklı sözleşme tiplerine uygulanacak edimlere ilişkin hükümler, KÖİ sözleşmelerin niteliğine ve özelliğine uygun düştüğü ölçüde ve tarafların menfaati gözetilerek uygulanmalıdır. Bu kapsamda, yapım unsuru eser sözleşmesi hükümlerine göre, kiralama unsuru kira sözleşmesi hükümlerine göre, işletme hakkı unsuru ise ürün kirası hükümlerine göre yorumlanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise; KÖİ sözleşmelerinde her bir unsurun diğerlerinin tamamlayıcısı olduğu ve KÖİ sözleşmesinin bu unsurların bileşiminden meydana gelen bir sözleşme olduğudur. Bu sebeple KÖİ sözleşmesi edimlerin basit bir toplamından ibaret olmayıp, bu sözleşmenin kendine has bir anlam yapısı, unsurlarını ihtiva ettiği tiplerden farklı bir niteliği bulunmaktadır. Bu nedenle, yapılacak yorumların da bu bakış açısıyla yapılması gerekmektedir.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, Özel Borç İlişkileri, 2012, s. 877-880.

<sup>66</sup> Aksi yönde bkz. PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 179-183. Yazar bu nitelendirmeyi YİD sözleşmesi için yapmakta olup YİD sözleşmesinde, tipik sözleşmelerdeki karşı edimlerin yerini finansman unsurunun aldığını ve bu suretle özgün bir yapı oluştuğunu belirtmektedir.

<sup>67</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 20.

<sup>68</sup> KEŞLİ, s. 109.

## 8. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Diğer Sözleşmelerden/Kurumlardan Farkları

### 8.1. İmtiyaz Sözleşmesinden Farkı

İmtiyaz kısaca kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesi olarak tanımlanabilir. Bu çerçevede kamu hizmetinin gördürülmesi amacıyla idare ile özel kişiler arasında imzalanan sözleşmeler de imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi imtiyaz sözleşmesini; “*Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine imtiyaz denir. Konusu, kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir.*” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>69</sup> Bu eski tarihli kararda yer alan tanımı Anayasa Mahkemesi daha sonraki kararlarında da yinelemiştir. Danıştay ise imtiyazı, “*İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı bir sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun bir süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kâr ve zararı (risk) özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimi*” olarak tanımlamıştır. Ardından imtiyaz sözleşmelerinin idari sözleşme olduğunu vurgulamıştır.<sup>70</sup>

Tanımlardan anlaşılacağı üzere imtiyaz sözleşmesi kamu idaresi ile özel sektör arasında akdedilen ve bir kamu hizmetinin gördürülmesinin uzun süre boyunca özel sektöre devredildiği sözleşmelerdir. İmtiyaz modelinde de özel sektör kamu hizmetini kurup işleterek kârını elde eder. Bu açıdan KÖİ sözleşmelerine benzerlik gösterse de imtiyaz sözleşmesi bir idari sözleşmedir. İmtiyaz sözleşmesinde kâr/zarar riski özel sektörde olmakla birlikte kamu idaresinin özel sektör üzerinde denetim yetkisi vardır. Bu sebeple idarenin imtiyaz sahibi kişiye karşı bazı üstün hak ve yetkileri bulunmaktadır. KÖİ sözleşmeleri ise tam aksine eşitler arası ilişki çerçevesinde kurulan özel hukuk sözleşmeleridir.

<sup>69</sup> AYM Kararı, T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2.

<sup>70</sup> Danıştay Kararı, T. 24.9.1992, E. 1992/232, K. 1992/294.

İmtiyaz sözleşmeleri, önceden hazırlanmış şartnamelere dayanan ve dolayısıyla şartname ve sözleşme belgelerinin, esas itibariyle idarenin tek yanlı iradesi ile belirlendiği sözleşmelerdir. Özel sektör, idare tarafından hazırlanmış sözleşmeyi ya toptan kabul ya da toptan reddetme imkânına sahiptir.<sup>71</sup> KÖİ sözleşmeleri ise sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların özgür iradesiyle kararlaştırdığı hükümlerden oluşmaktadır.

Sözleşme serbestisi, beraberinde birçok farklılığı da getiren bir ilkedir. Bu ilke sebebiyle KÖİ sözleşmelerinde imtiyaz sözleşmelerinden farklı olarak iki taraf da kabul etmediği sürece sözleşmede değişiklik yapılamamaktadır. Sözleşmeye idare hukuku kuralları değil özel hukuk kuralları uygulanmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerinde uygulanan Danıştay'ın görüşünün alınması uygulaması KÖİ sözleşmelerine uygulanmamaktadır.

Bahsedilen farklılıklara rağmen 3996 sayılı Kanunda, 1999 yılında Anayasa Mahkemesi kararı sonrası yapılan değişikliğe kadar KÖİ sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi olarak kabul edilmekteydi. Türkiye'de KÖİ modelinin ilk defa yasal zemine kavuştuğu 1984 tarihli ve 3096 sayılı Kanun'a dayanarak yapılan KÖİ sözleşmeleri, imtiyaz niteliği taşıdıkları ve dolayısıyla Danıştay incelemesinden geçirilmeden akdedildikleri gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine 3291 sayılı Kanuna eklenen Ek 5'inci madde ile 3096 sayılı kanuna göre akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu düzenlenmiştir. Ancak yapılan bu düzenlemeye karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi Ek 5'inci madde hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.<sup>72</sup>

1994 yılında 3996 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle konuya ilişkin tartışmalara son verilmek istenmiştir. Nitekim Kanunun 5'inci maddesinde YİD sözleşmelerinden bahsederken “imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte” ibaresi ile “Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.” cümlesi eklenmiş ancak Anayasa Mahkemesi yine başka bir kararında, YİD yönteminin kamu hizmeti imtiyazından ve YİD sözleşmelerinin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığını belirterek ilgili ifadeleri iptal etmiştir.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> BEYDOĞAN, s. 115.

<sup>72</sup> ÖZKAYA HAYKIR, s. 24; KARASU Koray, Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi, 2009, s. 81-82; AYM Kararı, T. 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2.

<sup>73</sup> ÖZKAYA HAYKIR, s. 24; ÇAL Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, 2008, s. 161; AYM Kararı, T. 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23.



Son olarak 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile devletin kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmesine ilişkin düzenleme yapılmasıyla birlikte aynı yıl 3996 sayılı Kanuna “*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.*” hükmü eklenmiş ve KÖİ sözleşmeleri imtiyazdan ayrılarak bu tartışmalara son verilmiştir.<sup>74</sup>

## 8.2. Özelleştirmeden Farkı

Dar anlamda özelleştirme, kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyet ve yönetiminin özel kesime devri olarak tanımlanabilir. Geniş anlamda ise kamu işletmelerinin ticarileşmesini, rekabetin ve serbestleşmenin artırılmasını, kamu hizmetlerinin özel sektöre ihale edilmesini, kamu sektörünün özel sektörden yönetici kiralmasını, kamu hizmetlerinin sunumunda danışmanlık hizmetinden yararlanılmasını ve imtiyaz haklarının özel kişi veya kurumlara devrini içermektedir.<sup>75</sup>

1980’lerden beri uygulanan özelleştirme, büyük miktarlarda altyapı yatırımı ihtiyacı bulunan haberleşme, enerji, madencilik gibi alanlarda, büyük altyapı yatırımlarının finanse edilmesinde kamusal kaynakların yetersizliği karşısında bu sürece özel hukuk kişilerinin katılımı gerekliliğiyle gündeme gelmiştir. Bu amaçla yapılan ilk hukuki düzenleme 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkındaki Kanun olmuş ve bunu 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun takip etmiştir.<sup>76</sup> Bu alanda yapılan en kapsamlı hukuki düzenleme ise 1994 yılında yürürlüğe giren 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun olmuştur.

Yukarıda da bahsedildiği üzere özelleştirmede kamu mülkiyetindeki varlıkların veya kamu hizmetlerinin özel sektöre devredilmesi söz konusudur. KÖİ sözleşmelerinde ise yapının mülkiyeti hiçbir zaman doğrudan özel sektöre devredilmemekte yalnızca belli bir süre işletme hakkı veya kiraya verme hakkı tanınmaktadır. Ayrıca, özelleştirmede

<sup>74</sup> ÖZKAYA HAYKIR, s. 25, KARAHAN Ahmet, İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 26-27.

<sup>75</sup> IŞIK Naim, Türkiye’de Seçilmiş Bazı Sektörlerde Altyapı Hizmetlerine Özelleştirme Yoluyla Özel Sektör Katılımı, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 44.

<sup>76</sup> YALÇIN Fatma Ceren, Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, Sayı 25, 2014, s. 152.

hâlihazırda mevcut olan ve idarenin mülkiyetindeki bir varlık özel sektöre devredilirken, KÖİ modellerinin çoğunda yeni bir eser inşası söz konusudur. Bu noktada ülkemizde uygulanan YİD, YKD ve Yİ modelleri ile benzerliği bulunmadığı yönünde kuşku yoktur. Ancak işletme hakkının devri modelinde de mevcut bir yapının işletmesinin özel sektöre devri söz konusu olduğundan özelleştirme ile benzerlik bulunmaktadır. Ancak işletme hakkının devrinde özelleştirmeden farklı olarak yapının mülkiyeti özel sektöre devredilmemektedir. Yine işletme hakkı devri sözleşmeleri süreli olarak yapılırken özelleştirme süresiz uygulanmaktadır.

### 8.3. Kamu İhale Sözleşmelerinden Farkları

2002 yılında yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesine göre kamu ihale sözleşmesi, idare ile yüklenici arasında yapılan mal ve hizmet alımına veya yapım işlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin imzalanan özel hukuk sözleşmeleridir.<sup>77</sup> Kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili aynı yıl yürürlüğe giren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre ise imzalanacak bu sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanan Tip Sözleşmeler dikkate alınarak yapılmaktadır. Bu kapsamda imzalanabilecek dört çeşit sözleşme bulunmaktadır: Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme, birim fiyat sözleşme, karma sözleşme ve münferit sözleşme. Bu dört sözleşme tipinin de ortak özelliği; mal veya hizmet alımının karşılığı olarak kamu idaresinin kendi kaynaklarından para ödemesidir. Bu husus ise kamu ihale sözleşmelerinin KÖİ sözleşmeleri ile tamamen farklılaşmasına yol açmaktadır. Zira KÖİ modelinin kullanılmasında en büyük etken finansmanın özel sektör tarafından sağlanıyor olmasıdır.

---

<sup>77</sup> Kamu ihale sözleşmelerinin idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğu konusunda doktrinde tartışmalar olsa da yargı mercileri tarafından kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında "...05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.2'de, bu kanunun, 4734 s.K.'a tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığına işaret edilmiş; m.4/f.3'te, bu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahip oldukları; ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği ve kanunun yorum ve uygulanmasında da bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmış, yine aynı kanunun 36.maddesinde de, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Anılan Yasa hükümlerine göre, tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır..." ifade etmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi (Hukuk Bölümü), T. 16.05.2005, E. 2005/16, K. 2005/36. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve karar için bkz. TUNA, Mustafa Oğuz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 23.

Kamu ihale sözleşmelerinin konusu tanımda bahsedildiği üzere mal ve hizmet alımına yönelik olabilir ki bu sözleşme tiplerinin KÖİ sözleşmeleri ile benzerliği bulunmamaktadır. Yapım işine yönelik akdedilen kamu ihale sözleşmeleri ise bina, otoyol, havalimanı gibi eserler meydana getirmeye yönelik yapılmaktadır. Bu tip kamu ihale sözleşmelerinde devlet finansmanı sağlamakta, özel sektör yalnızca eseri yapmakta ve idareye teslim etmektedir.<sup>78</sup> KÖİ sözleşmelerinde ise özel sektörçe sağlanan finansman sonucu meydana getirilen bir eser ve bunun karşılığında özel sektöre verilen işletme hakkı/kiraya verme hakkı mevcuttur.

Diğer taraftan, kamu ihale sözleşmelerinde, 4735 sayılı Kanunun 5. maddesine göre, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanıp Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmeler esas alınarak taraflar arasında ihale konusu işe ait sözleşmeler imzalanmaktadır. Dolayısıyla düzenlemeye göre sözleşme idare tarafından hazırlanmakta ve yalnızca idare tarafından bırakılmış boşluklar özel sektör tarafından doldurulabilmektedir.<sup>79</sup> KÖİ sözleşmelerinde ise aksine, sözleşmenin tüm hükümleri taraflar arasında müzakere edilerek hazırlanmaktadır.

#### **8.4. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Farkları**

Aralarında çok fazla benzerlik olmamakla birlikte finansal kiralama sözleşmesini, amaçların benzerliği nedeniyle, kiralama unsurlu KÖİ sözleşmeleri ile farklılıklarını ortaya koyarak incelemekte yarar görmekteyiz. Finansal kiralama sözleşmesi, kiralayanın, mülkiyeti onda kalmak kaydıyla kiracının seçtiği taşınır ya da taşınmaz bir yatırım malının zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere devretmeyi, kiracının ise karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.<sup>80</sup> Kapsamında üç taraflı bir ilişki olan söz konusu sözleşmede finansal kiralama şirketleri, yatırımcının/işletme sahibinin ihtiyaç duyduğu malları satın alarak ona kiralamaktadır. Kira bedeli ise malın kullanımını sonucunda değil, sözleşmenin kurulması ile bir defada doğmakta; fakat ödemeler vadelere bağlanmış taksitler halinde yapılmaktadır. Kiralama unsurlu KÖİ sözleşmelerinde ise iki taraflı bir

<sup>78</sup> DEMİRBOĞA Dursun Ali, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Doktora Tezi, 2013, s. 33

<sup>79</sup> SEZGİNER Murat, İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri, GÜHFD, c. XVII, 2013, Sa. 1-2, s. 1594.

<sup>80</sup> EREN, Özel Hükümler, 2015, s. 457.

ilişki vardır. Yatırım yapmak isteyen idare, özel sektöre eseri yaptırmakta ve daha sonra eseri kiralarak şirkete kira bedeli ödeme borcu altına girmektedir.

Finansal kiralama, bir sözleşmeyi ifade etse de nihayetinde bir finansman aracı ve yöntemidir.<sup>81</sup> Sözleşmeye konu mallara ihtiyacı olan yatırım sahibinin söz konusu malları edinebilmesi için, kredi çekmek, özkaynağı ile satın almak veya finansal kiralama yoluna başvurmak imkânları vardır. Yeterli sermayesi veya borç alabilme imkânı olmayan işletme sahibi için en cazip yol finansal kiralama yöntemine başvurmak olacaktır. Bu yol, ülke ekonomisinde finansman maliyetlerinin düşmesini ve yatırımların artmasını da sağlamaktadır.<sup>82</sup> KÖİ modeli de bütçe kısıtları gibi sebeplerle yatırıma kaynak ayıramayan kamu idareleri için alternatif bir finansman yöntemidir. Söz konusu amaç dışında finansal kiralama sözleşmesi ile KÖİ sözleşmesinin bir benzerliği bulunmamaktadır.

---

<sup>81</sup> KÖKTÜRK Barışcan, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 9.

<sup>82</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 459.

## BÖLÜM 2: SAĞLIK SEKTÖRÜNDE UYGULANAN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### 1. Genel Olarak

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na bir ek madde eklenmesiyle 2005 yılında hayatımıza giren yap-kirala-devret modeli ilk olarak sağlık sektöründe uygulanmaya başlamıştır. 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanununa 2010 yılında eklenen bir ek madde ile de Gençlik ve Spor Bakanlığı'na yap-kirala-devret modeli ile yurt binası ve tesisi yaptırma imkânı tanınmıştır. Yine 2011 tarihinde yürürlüğe giren ve 703 sayılı KHK ile ismi değişen Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Milli Eğitim Bakanlığınca eğitim öğretim tesislerinin yap-kirala-devret modeli ile yapılabilmesinin önü açılmıştır. Görüldüğü üzere ülkemizde yap-kirala-devret modeli ile proje yapabilme yetkisi yalnızca belirli kurum ve kuruluşlara verilmiştir. Yine bu model yalnızca belirli sektörlerde uygulanabilmektedir. Ancak ülkemizde henüz KÖİ modeli kullanılarak yapılmış bir eğitim öğretim tesisi veya yurt binası tesisi bulunmamaktadır.<sup>83</sup>

Çalışmamızın konusunu teşkil eden sağlık sektöründeki KÖİ sözleşmeleri ise 6428 sayılı “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ve “Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği” (Yönetmelik) kapsamında düzenlenmiştir. Çalışmamızın devamında, söz konusu mevzuat çerçevesinde imzalanan KÖİ sözleşmeleri incelenecektir.

Sağlık hizmetinin çekirdek hizmet olması nedeniyle, sağlık sektöründe uygulanan mevzuat gereği KÖİ modelini uygulayan idare, bu hizmeti kendisi yerine getirmekte, sağlık tesislerinin yapımı ve diğer bazı hizmetlerin sunumu ise özel sektör tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak mevzuatta hangi hizmetlerin özel sektöre

<sup>83</sup> <https://koi.sbb.gov.tr/> (2018 yılı sonu itibariyle).

devredilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin Yönetmeliğin ilk halinde eczacılık hizmetleri özel sektöre devredilebilen hizmetler arasında sayılmaktaydı. Ancak Danıştay'ın 10. Dairesi bir kararında eczacılık mesleğinin *sağlık hizmeti ağırlıklı bir alan* olduğu gerekçesiyle eczacılık hizmetinin hastanelerden bağımsız olarak yükleniciye devredilmesinin mevzuata aykırı olduğunu belirtmiştir.<sup>84</sup> Danıştay 10. Dairesinin anılan kararında geçen "*sağlık hizmeti ağırlıklı alan*" tanımı ile söz konusu davaya ilişkin Danıştay savcısının mütalaasında geçen "*sağlık hizmetinin ayrılmaz ve tamamlayıcı bir parçası*" tanımlamaları; ilgili mevzuatta yer alan "*diğer hizmetler*" kavramının çerçevesinin çizilmesi için ortaya konulmuş önemli ölçütlerdir.<sup>85</sup>

Yukarıda açıklandığı üzere sağlık hizmetlerinin sunumu KÖİ sözleşmelerinden bağımsız bir şekilde idare tarafından gerçekleştirildiğinden çalışmamızın devamında incelenecek olan tarafların hak ve borçları, sağlık hizmetlerinin sunumundan bağımsız olarak incelenecektir.

## **2. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Tarafları**

Kamu özel işbirliği sözleşmeleri özel sektör ile kamu sektörü arasında akdedilen sözleşmelerdir. Bu kapsamda, sözleşmeyi akdeden taraflar olan kamu adına irade açıklamaya yetkili olan kamu idaresi ile projeyi gerçekleştirmek üzere kurulan proje şirketi detaylarıyla incelenecektir:

### **2.1. İdare**

Sağlık sektöründe KÖİ sözleşmelerinin tarafı olan idare, 6428 sayılı Kanunda, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarının ilgili birimi ile taşra teşkilatlarına ait sağlık kurum ve kuruluşları olarak tanımlanmaktadır. KÖİ sözleşmelerinin tarafı olan idareden çalışmamızda kısaca Sağlık Bakanlığı veya idare/kamu idaresi olarak bahsedilecektir.

<sup>84</sup> Danıştay Kararı, E. 2006/6354, K. 2009/1488.

<sup>85</sup> KARASU, Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı, s. 226-227.

KÖİ sözleşmelerinde Sağlık Bakanlığı, yatırım arazisinin mülkiyetine sahip olan, tesiste sunulacak sağlık hizmetinden sorumlu olan ve sözleşme süresi sonunda tesisleri devralacak olan sözleşme tarafı olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel bütçeli bir kamu idaresi olan Sağlık Bakanlığı, kamu hizmetini gerçekleştirirken bazen üstün kamu gücünü kullanmakta bazen de özel hukuk kişisi gibi davranabilmektedir. Ancak Bakanlık KÖİ sözleşmelerinin tarafı olduğunda, sözleşmenin diğer tarafı olan özel hukuk kişisi ile eşit haklara sahiptir.

Sağlık Bakanlığı'nın KÖİ modeli ile proje yapabilme tasarruf ve yetkisi bulunmakla birlikte, bu tasarruf ve yetkisini ancak Cumhurbaşkanı Kararı ile yetkilendirilmesi halinde kullanabilmektedir.<sup>86</sup> Söz konusu yetkilendirmenin akabinde Sağlık Bakanlığı ihaleye çıkmakta ve ihaleyi kazanan şirketlerin oluşturduğu proje şirketi ile sözleşmeyi imzalamaktadır. Söz konusu sözleşme öncesi süreci kısaca özetlemek gerekirse:<sup>87</sup>

- Sağlık Bakanlığı yapmayı planladığı projeye ilişkin fizibilite raporunu hazırlar.
- Cumhurbaşkanı fizibilite raporu ve proje ile ilgili diğer belgeleri inceleyerek söz konusu projenin yapılmasının uygun olduğuna dair yetkilendirme kararını verir.
- Proje inşa edilecek olan arazi, Sağlık Bakanlığı'na veya Hazineye ait olabilir. Uygun kamu arazisi yoksa kamulaştırma yoluyla özel şahıslara ait araziler değerlendirilebilir.
- Proje, mevcut tesislerin yenilenmesine yönelikse Sağlık Bakanlığı'nın mevcut tesisleri üzerinde gerçekleştirilir.
- Bakanlık, yetkilendirme kararı sonrası ihale dokümanını hazırlar ve ihaleye çıkar.
- İhale süreci 6428 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülür. İhale üzerine bırakılan isteklilerin oluşturduğu özel amaçlı şirket ile KÖİ sözleşmesi imzalanır. Daha sonra şirkete arazi üzerinde üst hakkı tesis edilir.

---

<sup>86</sup> Söz konusu yetki Yüksek Planlama Kuruluna ait iken 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile söz konusu kurul kaldırılmış olup 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile bu kurulun görevleri Cumhurbaşkanına devredilmiştir.

<sup>87</sup> TEMİZ, s. 286; GÜNGÖR Harun, Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Kalkınma Bakanlığı Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, 2012, s. 97; EMEK, s. 151.

Belirtmek gerekir ki; taraflarından birinin idare olmadığı, tamamen özel hukuk kişilerinin kendi aralarında akdettiği, KÖİ sözleşmelerine benzer sözleşmeler de bulunmaktadır. Ancak KÖİ modelinde bir tarafın kamu idaresi olması gerektiğinden bu tür sözleşmeler çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır.

## 2.2. Proje Şirketi

Proje şirketi, KÖİ sözleşmelerinde diğer ilgili tarafları organize eden ve projeye sermaye yatırarak finansman sağlayan mali açıdan güçlü, alanında uzmanlaşmış, tecrübeli bir veya birden çok yatırımcı firmadan oluşan taraftır.<sup>88</sup> Türkiye’de sağlık sektöründe KÖİ sözleşmelerinin tarafı olan şirketler genellikle ulusal ve uluslararası alanda tanınan şirketlerdir. Zira söz konusu projeleri gerçekleştirebilmek için büyük sermaye ve finansman gerekmektedir. Bu sebeple alanında tanınan belirli şirketler birçok projede yer alabilmektedir.

Proje şirketinin oluşma sürecini incelenecek olursa; KÖİ modeli ile yatırım yapmak isteyen idare, Kamu İhale Kanunu’na tabi olmaksızın ihaleye çıkmaktadır. Söz konusu ihaleye teklif veren istekliler arasından en az maliyetle en yüksek fayda sağlayan teklifi veren istekli üzerine ihale bırakılmaktadır. İhaleyi kazanan istekliler ile kamu idaresinin KÖİ sözleşmesini imzalayabilmesinin ön şartı ise söz konusu isteklilerin sözleşmeye konu olan projeyi gerçekleştirmek üzere bir şirket kurmasıdır. Yasal bir zorunluluk gereği kurulan özel amaçlı şirket 6428 sayılı Kanunda “*İhale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirket*” olarak tanımlanmaktadır. Çalışmamızda, KÖİ sözleşmelerinin özel sektör tarafı olan bu özel amaçlı şirketler için, yüklenici ya da proje şirketi ifadesi kullanılmaktadır.

Projeyi gerçekleştirmek üzere ihaleye katılan istekliler; sermaye şirketleri veya bu şirketlerin oluşturdukları ortak girişimler olabilirken, idare ile KÖİ sözleşmesi imzalamak için yalnızca projeyi yapıp işletme amacıyla kurulan özel amaçlı şirketin yapısı, kanundaki

---

<sup>88</sup> EREKMEKÇİ, Müge, Türk Özel Hukuku’nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 40; PEKGÜÇLÜ, s. 101; GOMEZ Christy/GAMBO Muhammad, Evaluation of Special Purpose Vehicle Organisation Skill Sets Taxonomy for Effective Public-Private Partnership Infrastructure Project Delivery, Journal of Construction in Developing Countries, Sa. 21(1), 2016, s. 150-151.



tanımdan da anlaşılacağı üzere anonim şirket olmak zorundadır. Uluslararası literatürde Special Purpose Vehicle (SPV) olarak bilinen bu özel amaçlı şirket, yalnızca söz konusu projeyi gerçekleştirmek amacıyla kurulmakta olup bu amaç dışında başka bir faaliyette bulunamamaktadır. KÖİ sözleşmelerinde kamu idaresi ile sözleşme imzalayacak özel sektör tarafında bu tür bir yapılanmaya gidilmesinin başlıca sebepleri şunlardır:

- KÖİ modeli, kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde kullanılan bir model olduğu için, sözleşmenin özel sektör tarafının finansal durumu kamu idaresi için de önemli bir husustur. Bu sebeple, hissedarlardan ve onların aktif ve pasiflerinden bağımsız olarak bir şirket kurulması yoluyla hissedarlardan kaynaklı riskler minimize edilmiştir.

- Özel amaçlı şirket mekanizması, ihaleyi kazanan şirketler için de, kendi şirketlerinden bağımsız ve sınırlı sorumluluk getiren bir yapı olduğu için daha caziptir. Örneğin, hissedarlardan biri proje için borç aldığı anda, bu borç kendi şirketinin bilançosunda değil proje şirketinin bilançosunda gözükmektedir. Dolayısıyla hissedarın bu borçtan doğan sorumluluğu da proje şirketinin malvarlığı ile sınırlı olmaktadır.<sup>89</sup>

- Özel amaçlı şirket yapısıyla, şirketin başka herhangi bir faaliyette bulunması yasaklanmış olup bu sayede olası diğer işlemlerden kaynaklanabilecek riskler ortadan kaldırılmış olmaktadır. Yine, şirketin tek faaliyet alanı sözleşmeye konu KÖİ projesini gerçekleştirmek olduğu için şirket bilançosunun takibi kolaylaşmaktadır.

- Özel amaçlı şirket yapısıyla şirketin kaderi projenin kaderine bırakılmıştır demek mümkündür. Zira şirketin tek faaliyet alanı projeyi gerçekleştirmek olduğundan şirketin durumu, projenin durumuna tamamen bağlıdır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; gelirleri kredi geri ödemelerini karşılamaya yetmeyen bir projenin özel amaçlı şirketinin iflas etmesi olasıdır. Zira şirketin başka faaliyetlerde bulunması yasak olduğu için başka bir gelir kaynağı bulunmamaktadır.

---

<sup>89</sup> CHOWDHURY Abu Naser/CHEN Po-Han, Special Purpose Vehicle (SPV) of Public Private Partnership Projects in Asia and Mediterranean Middle East: Trends and Techniques, International Journal of Institutions and Economies, Sa. 2(1), 2010, s. 65; ÖGE Hakan/BAŞ Türker, Public Private Partnership Healthcare Projects in Turkey, 2016, s. 106.

Belirli ve sınırlı bir amaç için kurulan proje şirketinin üçüncü kişiler ile amacı dışında işlem yapması halinde eski Ticaret Kanunu'na göre bu işlemler yok hükmünde sayılmaktaydı. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 371. maddesine göre şirketi temsile yetkili kişilerin üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler şirketi bağlamaktadır. Ancak üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bilmesi veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunması ispat edilirse, şirket söz konusu işlem ile bağlı olmamaktadır. Diğer taraftan, proje şirketinin amacı dışında işlemlere girişmesi, KÖİ sözleşmesinde kararlaştırılması halinde idare açısından haklı nedenle fesih hakkı teşkil edebilecektir.

### **3. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinde Tarafların Borçları**

Kiralama unsurlu KÖİ projelerinde daha önce de bahsedildiği gibi, kiraya veren ve kiracı konumlarında hem proje şirketi hem de kamu idaresi bulunabilmektedir. Ancak ülkemiz uygulamalarında yalnızca sağlık ve eğitim sektöründe uygulanan kiralama unsurlu KÖİ modellerinde kamu idaresi her zaman kiralayan, proje şirketi ise kiraya veren konumundadır. Bu sebeple tarafların borçları, kiraya verenin şirket, kiralayanın idare olduğu ülkemiz sağlık sektöründe kullanılan bu model üzerinden incelenecektir.

#### **3.1. Proje Şirketinin Borçları**

Kamu özel işbirliği sözleşmelerinde proje şirketinin temel görevi eseri inşa edip idareye teslim etmek olduğundan, şirketin eser sözleşmesindeki borçlarına benzer bir takım borçları bulunmaktadır. Yine kira unsuru kapsamında kira sözleşmelerinde kiraya verenin borçlarına benzer bazı borçları da bulunmaktadır.

##### **3.1.1. Eser Meydana Getirme Borcu**

Yap-kirala-devret modeli kapsamında yapılması planlanan bir projenin ilk aşaması proje şirketinin finansman bularak eseri inşa etmesidir. KÖİ sözleşmelerinin eser inşasına ilişkin bölümünde, eser sözleşmesindeki ilişkiye benzer bir ilişkinin mevcut olduğundan bahsetmiştik. Türk Borçlar Kanununda özel olarak düzenleme alanı bulan eser sözleşmesi,

“Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır. KÖİ sözleşmelerinde de yüklenici konumundaki proje şirketi eser inşa etmeyi taahhüt etmekte, iş sahibi konumunda olan idare de, proje şirketine yaptığı esere karşılık bedel ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu çerçevede eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde KÖİ sözleşmelerine uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesinden farklı olarak KÖİ sözleşmesinde yüklenicinin eser inşası borcu, önceden belirlenmiş bir ücreti almak amacıyla bir eseri yapıp teslim etmekten ibaret olmayıp, bundan daha farklı bir hedefe yönelmiştir. Yüklenicinin amacı, eser inşasını tamamlayıp bir an önce işletme aşamasına geçerek tesisi idareye kiraya verip kazanç elde etmek olduğu için kâra ulaşmasının ön şartı tesisi inşa etmesidir. Dolayısıyla eser inşası, gelir beklentisi olan yüklenicinin de menfaatlerini ilgilendiren bir unsur niteliği kazanmaktadır. Bu çerçevede, yüklenicinin tesisi inşa ederken, eser sözleşmesindeki müteahhitten farklı olarak, sadece yatırım sahibi için değil, aynı zamanda kendisi için de inşa edimini ifa ettiği söylenebilecektir.<sup>90</sup>

Eser sözleşmesinin karakteristik edimi, iş görme edimi sonucu eserin meydana getirilmesidir. Yüklenici bu sözleşmede yalnız iş görmeyi değil, iş görme sonucu ortaya çıkacak "belirli bir sonucu" meydana getirmeyi de borçlanmaktadır. Eser olarak ifade edilen bu sonuç, sadece yeni bir şey oluşturarak değil, önceden mevcut olan bir şeyi değiştirerek, dönüştürerek, büyüterek, daha iyi bir hale getirerek, yenileyerek, kısaca ona yeni özellikler kazandırarak da ortaya koyulabilir.<sup>91</sup> Sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerinde de mevcut mevzuat gereği eser inşasının konusu Sağlık Bakanlığınca ihtiyaç duyulan tesislerin yapımı veya yenilenmesi olabilmektedir. Bu kapsamda, Sağlık Bakanlığınca KÖİ modeliyle yapılan tesislere bakıldığında yapılan eserler çoğunlukla içerisinde laboratuvar, hizmet binası gibi tesisleri de içerebilen hastanelerdir.

Eser sözleşmesinin geçerliliği için Türk Borçlar Kanunu kapsamında şekil şartı bulunmamasıyla birlikte KÖİ sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekmektedir. Zira ilgili mevzuatında KÖİ sözleşmelerinde belirli hususların yer alması gerektiği özel olarak düzenlenmiş ve bu düzenlemeler arasında yapıma ilişkin hususlara da yer verilmiştir. Örneğin, Yönetmelikte, yapım veya yenileme işlerinde kesin projelerin ve uygulama

<sup>90</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 246-247.

<sup>91</sup> GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2010, s. 13.

projelerinin hazırlanma onay usul ve esasları, yükleniciye bırakılacak olan hizmetler ve ticari hizmet alanlarının kapsamı ve genel esasları yapım, yenileme ve hizmetlerin standart ve kalitesi, tesisin üzerinde inşa edileceği arsaya, araziye veya yenileme yapılacak binaya ilişkin teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları gibi hususların yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Her ne kadar KÖİ sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olsa da sözleşmenin konusu bir kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin olduğu için bu tür düzenlemelerin yer alması doğaldır.

### 3.1.2. İşe Zamanında Başlama ve Yürütme Borcu

KÖİ sözleşmeleri belirli süreli sözleşmeler olduğu için yüklenicinin işe zamanında başlaması, eseri belirlenen sürede ve proje dokümanlarına uygun şekilde tamamlaması gerekmektedir. Sözleşmede yüklenicinin işe başlayacağı zaman ile ilgili bir hüküm bulunmuyorsa yüklenici, sözleşmenin kurulmasından sonra işe başlamak zorundadır. Ancak yüklenicinin işe başlayabilmesi için idarenin arazi teslimi borcunun ifası gerektiği için idarenin araziyi teslimiyle işe başlanması gerektiği sonucu çıkarılabilmektedir. Haklı sebep olmaksızın işe zamanında başlamayan şirket temerrüde düşecektir.<sup>92</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nun 473/1. maddesine göre yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden işi zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması üzerine iş sahibi sözleşmeden dönebilir.<sup>93</sup> Sağlık sektöründe uygulanan KÖİ mevzuatında konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmamakla birlikte eser sözleşmeleri için uygulanan bu hüküm KÖİ sözleşmelerine de uygulanabilmektedir. Dolayısıyla, KÖİ sözleşmelerinde proje şirketi eserin inşasına belirlenen zamanda başlamazsa, idarenin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Son zamanlarda savunulan bizim de katıldığımız bir görüşe göre, işlerin icrasına başlanmışsa iş sahibi sözleşmeden dönmek yerine sözleşmeyi ileriye etkili sona erdirebilmektedir.<sup>94</sup>

Proje şirketinin sözleşme süresi boyunca, işleri sözleşmeye uygun bir şekilde yürütme borcu da bulunmaktadır. KÖİ sözleşmelerinde idarenin, proje şirketinin sözleşme

---

<sup>92</sup> ARAL/AYRANCI, s. 365.

<sup>93</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 629.

<sup>94</sup> ARAL/AYRANCI, s. 366; EREN, Özel Hükümler, s. 631; *Gümüş*'e göre, iş sahibinin dönme hakkını değil de fesih hakkını kullanabilmesi, ancak somut olayın şartlarına göre eseri kabul etmesinin beklenemeyeceği durumlarda mümkündür; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 39.

kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetleme yetkisi bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında eser sözleşmesinde yüklenicinin işe başlama ve yürütme borcunun altında düzenlenen “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*” hükmünde yer alan mekanizmaya benzer bir mekanizma 6428 sayılı Kanun ve Yönetmelikte de yer almaktadır. Buna göre, denetim kapsamında yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getiremediği tespit edilirse, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idare noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verir. Ayrıca bu durum, projeye finansman sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir. Dolayısıyla eser sözleşmesinden farklı olarak KÖİ sözleşmesinde proje şirketinin işi gereği gibi yürütemediği tespit edilirse idarenin sözleşmeyi feshetme hakkı doğmaktadır.<sup>95</sup> Ancak eser sözleşmeleri kapsamında düzenlenen hükümde bahsi geçen durumlar oluştuğunda iş sahibine fesih hakkı verilmemiştir. Ancak Yargıtay’ın da katıldığı<sup>96</sup> hâkim görüş böyle bir halde istenmesi halinde birinci fıkranın kıyasen uygulanarak işin onarımının veya devamının üçüncü bir kişiye verilmesi yerine sözleşmenin feshinin mümkün olabileceği yönündedir.<sup>97</sup>

### 3.1.3. Şahsen İfa Borcu

Türk Borçlar Kanunu’nun 471. maddesine göre, yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Düzenlemeden anlaşılacağı üzere yüklenicinin eseri ya doğrudan kendisi

---

<sup>95</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 309.

<sup>96</sup> Yargıtay çoğu kararında ayıplı işleri tamamlamayı reddeden bir yüklenici ile iş sahibini sözleşmeyi devama zorlamanın hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle sözleşmenin feshinin mümkün olduğuna karar vermiştir. Örnek için bkz. Yargıtay 15. HD, E. 1996/1303, K. 1996/3035; Yargıtay 15. HD, E. 2006/4320, K. 2007/5351.

<sup>97</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 633; ARAL/AYRANCI, s. 363.

yapmak ya da kendi yönetimi altında yaptırmak borcu bulunmaktadır. Bu borç eser sözleşmesinde yüklenicinin kişiliğinin ve yeteneklerinin önem taşıması fikrine dayanmaktadır.<sup>98</sup> Söz konusu hükümden iki sonuç çıkarılabilir: İlk olarak yüklenicinin kişisel niteliklerinin işsahibi için önemli olduğu durumlarda yüklenici eseri bizzat kendisi inşa etmek zorundadır. İkinci olarak, yüklenicinin kişisel nitelikleri eserin meydana getirilmesi için önemli olmakla beraber kişiye sıkı sıkıya bağlı bir özellik arz etmediği durumlarda ise yüklenici kendi yönetim ve sorumluluğunda işi başkasına yaptırabilmektedir.<sup>99</sup>

Tarafların, TBK'nın 471. maddesinde ifade edilen, yüklenicinin işi bizzat yapması kuralını sözleşme ile değiştirmeleri mümkündür. Örneğin, başkaları da aynı nitelikte eser meydana getirebilecek durumda olsalar bile sözleşmede yüklenicinin işi bizzat yapma borcu şart kılınabilir veya işin yapımında yüklenicinin nitelikleri önem arz etmese bile, işin yine de bizzat yüklenici tarafından inşası sözleşme ile kararlaştırılabilir. İşin yapımı için yüklenicinin şahsi niteliklerinin önemli olması ihtimalinde de, sözleşme ile işin bir üçüncü kişiye yaptırılması kararlaştırılabilir.<sup>100</sup>

Diğer taraftan Türk Borçlar Kanununun 471/3. maddesinde yüklenicinin işi bizzat yapma veya kendi yönetimi altında yaptırmaya kuralının istisnası düzenlenmiş ve borçlunun şahsen ifası önemsizse eserin başka kişilere yaptırabilmesi olanağı tanınmıştır. Alt yüklenicilik olarak adlandırılan bu ilişkide esasında, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında alt yüklenicilik sözleşmesi adı altında bir eser sözleşmesi kurulmaktadır.<sup>101</sup> Dolayısıyla alt yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcu işsahibine karşı değil, asıl yükleniciye karşıdır.<sup>102</sup>

Kamu İhale Kanunu'nda tanımlanan yüklenici, "*üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli*" olarak ifade edilmektedir. İhale ile yapılan işlerde alt yüklenicilik, ihale sonucunda ihaleyi kazanarak idare ile sözleşme imzalayan yüklenicinin işlerin veya hizmetlerin icrasının bir bölümünün icrasını başka bir yükleniciye vermesidir.<sup>103</sup> Kamu İhale Kanununda yüklenicinin alt yüklenicilere yaptırmayı planladığı işi ihale aşamasında belirtmeleri gerektiği ifade edilmektedir. Ancak ihale sonucu imzalanan özel hukuk

<sup>98</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 608.

<sup>99</sup> GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 15; EREN, Özel Hükümler, s. 609.

<sup>100</sup> TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 2010, s. 73; ARAL/AYRANCI, s. 345.

<sup>101</sup> ARAL/AYRANCI, s. 347.

<sup>102</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 612.

<sup>103</sup> <http://www.sigmaxweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-37-2016-Turkish.pdf>, s. 2.

sözleşmelerinde bu esnekliğin kullanımında dikkatli olmak gerekmektedir. Zira ihalenin amacı uygun bedelle işi en iyi yapabilecek kişiyi bulmak olduğu için, ihaleyi kazanan şirketler işin tamamını veya önemli bölümünü başkasına devrederse –her ne kadar sorumluluk devredilmemiş olsa da– ihalenin anlamı kalmayacaktır. Bu sebeple alt yüklenicilere yaptırılması planlanan işler konusunda kamu idareleri dikkatli davranmalıdır.

Konuyu KÖİ sözleşmeleri açısından daha detaylı ele almak gerekirse, Türk Borçlar Kanunu 471’inci maddesi kapsamında düzenlenen müteahhidin eseri şahsen ifa yükümlülüğü büyük altyapı projelerinde önemini kaybetmektedir. Zira teknolojik alandaki gelişmeler, inşaat sektöründeki hızlı değişim ve gelişim ile buna bağlı olarak işlerin gereği gibi ifa edilebilmesi için gerekli olan seri ama kaliteli üretim ihtiyacı, eseri belli bir süre içinde tamamlama taahhüdü ve bu taahhüdün ifa edilememesi halinde cezai şartların olması KÖİ projelerinde alt yüklenicilik sözleşmelerini zorunlu hale getirmiştir.<sup>104</sup> Bu sebeple büyük çaplı altyapı projeleri olan KÖİ projelerinde ihaleyi kazanan yüklenicinin eserin tamamını şahsen yapması beklenmemektedir. Bu çerçevede, KÖİ projelerinde proje şirketinin eser inşası borcunu doğrudan kendisi ifa edebileceği gibi alt yükleniciler aracılığıyla da yerine getirebileceği değerlendirilmektedir.

KÖİ projeleri Kamu İhale Kanununa tabi olarak ihale edilmemekle birlikte sağlık sektöründe uygulanan Yönetmelikte de Kamu İhale Kanunundaki şarta benzer ihale şartı bulunmaktadır. Hükme göre; *“ihale konusu işte alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilip verilmeyeceği ile işin özelliği nedeniyle alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin ve alt yükleniciler ile yapılacak sözleşmenin idarenin onayına sunulacağı ihale dokümanında belirtilir. İşlerin alt yüklenicilere yaptırılması, yüklenicinin bu işle ilgili sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”* Hükümde de belirtildiği üzere işin alt yüklenicilere yaptırılabilmesi için ihale dokümanında belirtilmesi gerekmektedir. Hükümden çıkarılan diğer bir sonuç da, işin alt yüklenicilere yaptırılmasının asıl yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağıdır. Zira alt yüklenici ile idare arasında doğrudan bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle asıl yüklenici, idareye karşı sorumlu olan taraf olarak kalmakta ve idare alt yükleniciden herhangi bir talepte bulunmamaktadır.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> ERİŞEN Muhammet, Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, 2011, s. 7.

<sup>105</sup> KEŞLİ, s. 140.

Birden fazla yüklenicinin bir araya gelerek projeyi birlikte taahhüt etmeleri de şahsen ifa borcuna aykırılık oluşturmamaktadır. Bu kapsamda bir konsorsiyum kurularak iş belirli bölümlere ayrılıp belirli yüklenicilere verilebilirken; joint-venture kurularak işin tamamı ortaklaşa tüm yüklenicilere de verilebilmektedir.<sup>106</sup> Bu yapıların alt yüklenicilikten farkı, iki uygulamada da yüklenicilerin tamamının, idare ile asıl iş sahibi olarak sözleşme imzalamasıdır.<sup>107</sup> Bu yapılarda ortaklıktaki kişiler ihaleye birlikte katılarak iş için ortak teklifte bulunmaktadır. İhaleyi kazanan ortaklık KÖİ projesini gerçekleştirmek için özel amaçlı bir şirket kurmakta ve yapılan işlerden ortaklar müştereken ve müteselsilen sorumlu olmaktadır.

### 3.1.4. Finansman Temini Borcu

Bir kamu idaresinin yatırım yapmak istediğinde kamu özel işbirliği modelini kullanmak istemesinin temel sebebinin, yatırımların bütçeden kaynak ayırmadan özel sektörün finanse etmesiyle yapılması olduğundan bahsedilmiştir. Dolayısıyla bir KÖİ sözleşmesinde, proje şirketinin en önemli borçlarından birisi finansman temin etme borcu olmaktadır. Yönetmeliğin 54. maddesinde yer alan “*yüklenici ihale konusu tesisin yenileme ve yapım işlerine ait toplam sabit yatırım tutarı ile hizmetlerin verilmesine ilişkin gerekli tüm finansmanı sözleşmede belirtilen şekilde ve sürede sağlamak, finansman maliyetleri de dâhil olmak üzere süresinde geri ödemekle yükümlüdür.*” hükmüyle de KÖİ projelerinde proje şirketinin kendi imkânları ile finansman bularak eseri inşa etmek zorunda olduğu vurgulanmaktadır.

Esasında, şirketin işe (eserin inşasına) başlayabilmesi için finansmana ihtiyacı olacaktır. Bu finansmanı, proje şirketi kendi kaynakları ile karşılayabilirken kredi yoluyla da karşılayabilmektedir.<sup>108</sup> KÖİ projeleri büyük finansman gerektiren projeler olduğu için proje şirketinin projenin tamamını kendi özkaynakları ile finanse etmesi uygulamada pek görülmemektedir. Dünya uygulamasında bu kaynağın genellikle ticari bankalar veya bono ihracı yoluyla; Türkiye’de ise genellikle ticari bankalar ve uluslararası finans kuruluşları yoluyla temin edildiği görülmektedir.<sup>109</sup> Ancak mevzuat gereği şirket, projenin toplam

---

<sup>106</sup> KEŞLİ, s. 139.

<sup>107</sup> TANDOĞAN, s. 97.

<sup>108</sup> UNCITRAL, Legislative Guide, 2001, s. 15-16.

<sup>109</sup> YESCOMBE E. R., Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance, 2007



yatırım tutarının en az yüzde yirmisini özkaynaklarından karşılamak zorundadır. Özkaynak proje şirketi kurulurken, hissedarlar tarafından proje şirketine getirilen sermayedir. KÖİ projelerinde risk paylaşımı ilkesi temel ilkelerden olduğu için asgari özkaynak yükümlülüğü ile riskin belirli bir bölümü hissedarlara yüklenmek istenmiştir.

KÖİ sözleşmelerinde proje şirketinin finansman borcunu ifası, yarattığı mali kaynaktan dolayı bir şekilde idareyi yararlandırmak, idarenin bu finansmanı dolayı olarak kullanmasını temin etmek şeklinde olmaktadır. Başka bir ifade ile proje şirketi tesisi inşa etmek ve işletme döneminde de gerekli bakım ve onarımları yapmak suretiyle bu borcunu ifa etmektedir. Dolayısıyla, yatırım sahibinin, inşa, bakım onarım ve devir borçlarını yerine getirmesini talep haricinde, münferit olarak finansman temini borcunun ifasını yatırımcıdan talep etmesi de mümkün olmamaktadır.<sup>110</sup>

Proje finansmanının mantığı gereği eseri inşa etmek için finansman temin eden şirket, bu finansmanı projenin yapımı için ve ihtiyaç duydukça kullanmaktadır. Bu sebeple, söz konusu finansmanın kullanımı belirli vadelere bağlanmaktadır. Örneğin, eserin yapım süresi sözleşmede üç yıl olarak kararlaştırılmış ise bu üç yıl içerisinde şirkete belirli aralıklarla finansmanı kullanma yetkisi tanınmaktadır. Finans sağlayıcılar da projenin gidişatını takip ettikleri için şirketin başka bir ihtiyacı nedeniyle bu finansmanın kullanması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla finansman temini borcunu ifa eden şirket, bu borcu doğrudan idareye ifa etmeyecek; projenin yapım dönemi boyunca işlerin ifası için kullanacaktır. İşletme döneminde gelir elde etmeye başladığı zaman ise, önceden kararlaştırılan vadelere göre bu finansmanı geri ödeyecektir.

Proje şirketinin finansman temini borcunun kapsamında malzeme sağlama borcuna da değinmek gerekmektedir. Malzeme, işin yapılması için gerekli malları ve eşyaları ifade etmektedir. TBK'nın 472. maddesine göre eser sözleşmelerinde malzeme, yüklenici veya işsahibi tarafından sağlanabilmektedir. Ancak aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır. KÖİ sözleşmelerinde ise aksi kararlaştırılmamışsa, proje şirketi finansmanı kendisi sağladığı için projenin yapımı için gerekli olan tüm malzeme araç ve gereçleri tedarik etmek yükümlülüğündedir. Söz konusu yükümlülük 6428 sayılı Kanunda

---

s. 124; WORLD BANK, How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets, s. 53.

<sup>110</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 204.

genel bir şekilde “*Tesisin ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, ... yüklenici sorumludur.*” hükmüyle düzenlenmektedir. Diğer taraftan, işletme döneminde kamu hizmetini sunarken gereken malzemeler konusunda ise Yönetmelikte tıbbi donanım da dahil olmak üzere bütün donanım ve mefruşatın yüklenici tarafından sağlanmasının sözleşmede kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla eser sözleşmesinde eser inşası için gereken malzemelerin iş sahibi tarafından da sağlanabileceği kararlaştırılabilirken KÖİ sözleşmelerinde bu mümkün değildir. Yönetmelikte sözleşmede kararlaştırılabileceği düzenlenen husus ise, yapım döneminde gereken malzemeler değil; işletme döneminde sağlık hizmetlerinin sunumu için gerekli malzemelerin kim tarafından sağlanacağı hususudur. Bu konuda mevzuatta açıkça bir engel bulunmadığı için, işletme dönemindeki malzemelerin iki tarafça da karşılanabilmesi mümkündür.

Kullanılan malzemenin kalitesinden eser sözleşmesinde olduğu gibi –malzemeyi sağlayan taraf olması halinde– yüklenici sorumludur.<sup>111</sup> KÖİ projelerinde genellikle eser inşasında kullanılacak malzemelere yönelik, proje şirketinin makul ve basiretli bir iş adamından beklenen uluslararası standartlara uygun malzemeler kullanması beklenmektedir. Zira eser sözleşmesinden farklı olarak, yapılan tesis sağlık hizmeti sunmak amacıyla tüm kamunun kullanımına sunulacağı için kullanılan malzemenin kalitesinden hizmetten yararlanan herkesin menfaati bulunmaktadır. Bu sebeple, proje şirketinin söz konusu borcu KÖİ sözleşmelerinde ayrı bir önem arz etmektedir. Uygulamada da, KÖİ sözleşmelerinin eki olarak idare ile proje şirketi arasında, eserde kullanılacak malzemeler ve bunların kalitesine yönelik teknik şartlara ilişkin sözleşmeler imzalanmaktadır. Proje şirketinin sağladığı malzemenin ayıplı olduğu anlaşılırsa şirket bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır.

KÖİ sözleşmesinin eser sözleşmesinden farklı olarak işletme dönemini de kapsaması nedeniyle, tesisi kullanacak olan idarenin kamu hizmetini sunabilmesi için belirli malzemelere ihtiyacı olacaktır. Zira sağlık sektöründe, sadece eserin inşa edilmesi hizmetin sunulabilmesi için yeterli değildir. Örneğin, bir otoyol projesinde yolun veya köprünün sözleşmeye uygun şekilde yapılmış olması işletmeye alınması için yeterli olabilirken bir hastanenin işletilebilmesi için birçok malzemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çerçevede yukarıda bahsedilen Yönetmelik hükmü gereği hangi malzeme ve hizmetlerin

---

<sup>111</sup> KEŞLİ, s. 144.

idare tarafından sağlanacağı hangilerininse proje şirketi tarafından sağlanacağı KÖİ sözleşmelerinde kararlaştırılabilmektedir. Belirli malzeme ve hizmetlerin proje şirketince sağlanmasına karar verilmişse, bu borcun karşılığı, idarenin ödeyeceği kira bedeline yansıtılabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, malzeme temini borcu eser inşası borcu içinde ifa edilen bir yan borçtur ve bu sebeple tek başına ifası talep edilememektedir.<sup>112</sup> Ancak yine malzeme sağlama borcunun gereği gibi ifa edilmemesi diğer bir borç olan yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcundan sorumluluğunun da doğmasına neden olmaktadır.

### **3.1.5. Meydana Getirdiği Eseri Kiraya Verme Borcu**

Kiralama unsurlu KÖİ sözleşmelerinde, eser inşasını sözleşmeye uygun bir şekilde tamamlayan proje şirketinin bir diğer borcu, o eseri idareye kiraya vermektir. Kira sözleşmesinde kiraya veren, mülkiyet hakkına sahip olmak zorunda değildir. Yap-kirala-devret modelinde eserin inşa edildiği arazi kamu idaresinin mülkiyetindeyken, eserin kullanım hakkı arazi üzerinde üst hakkı sahibi olan proje şirketine aittir. Bu sebeple eserin proje şirketince idareye kiralanmasında genel hükümler bakımından yasal bir engel bulunmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunundaki adi kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygun düştüğü ölçüde KÖİ sözleşmelerinin ilgili bölümlerine uygulanabileceğinden daha önce bahsedilmişti. Kira sözleşmesi ile kiraya veren belirli bir bedel karşılığında mülkiyet veya intifa hakkı sahibi olduğu eseri başka birine kiraya vermeyi üstlenmektedir. Türk Borçlar Kanununun 301. maddesi kapsamında kiraya veren, kiralananı kullanıma uygun bir biçimde teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Kiraya verenin teslim borcunu yerine getirmesi tek başına asli edim yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına gelmeyip, kiralananı sözleşme süresince kullanıma elverişli bir şekilde bulundurmakla da yükümlüdür. Kiraya verenin teslim borcunu ifa etmemesi halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 123. maddesi gereği kiracı, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilmekte ve Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi kapsamında seçimlik haklarını

---

<sup>112</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 293.

kullanabilmektedir.<sup>113</sup> KÖİ sözleşmelerinde kira konusu eşya, proje şirketinin inşa ettiği eserdir. Şirket, eserin inşasını müteakip idareye teslim etmek ve sözleşme süresi boyunca söz konusu tesisi idarenin kullanımına uygun bir biçimde bulundurmakla yükümlüdür. Aksi halde sözleşmede özel hüküm bulunmuyorsa Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi gereği idareye karşı sorumluluğu doğacaktır.

Proje şirketinin meydana getirdiği eseri idareye kiraya verme borcu, daha önce de bahsedildiği üzere hem proje şirketinin hem de idarenin menfaatine hizmet eden bir yükümlülüktür. Zira proje şirketinin idareden gelir elde edebilmesi için eseri idareye kiraya vermesi gerekmekte idarenin ise bir an önce kamu hizmetini sunabilmesi için o tesisi kullanması gerekmektedir. Türkiye'de sağlık sektöründe KÖİ modeliyle yapılan projeler düşünüldüğünde, birçok binayı içinde barındıran kampüs tipi projeler olduğu görülmektedir. Projelerin büyüklüğü nedeniyle proje şirketinin yapım döneminde tesis içerisindeki bazı binaları tamamladıkça idareye kiraya vermesi yani idare tarafından kısmi kabul yapılması da sözleşmede kararlaştırılabilmektedir.

### **3.1.6. Özen ve Sadakat Borcu**

Eser sözleşmesi kapsamında düzenlenen TBK'nın 471. maddesi gereği yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Esasında söz konusu borç her ne kadar eser inşası kapsamındaki bir borç olsa da KÖİ sözleşmelerinde, hem eser inşası döneminde, hem de proje şirketinin eseri tamamlayıp işletmeye geçtiği dönemde sadakat ve özen borcu devam etmektedir. Bu borcun kaynağı ise dürüstlük kuralından gelmektedir.

Özen borcu, en geniş anlamıyla asıl borcun ifası için, zorunlu dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçluda aranan özelliklerin tamamı olarak tanımlanabilir.<sup>114</sup> Eser sözleşmesinde özen borcunun kıstası ise ideal bir yükleniciden beklenebilecek azami derecedeki özendir.<sup>115</sup> Karşılıklı güvenin yoğun olduğu iş görme sözleşmelerinde iş görme borçlusunun işini gördüğü alacaklının menfaatlerini özellikle gözetmesi beklenmektedir.

<sup>113</sup> SUIÇMEZ Nevran, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Veren Yükümlülükleri, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, c. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1603.

<sup>114</sup> AVCI Ali, Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, TBB Dergisi, 2015, s. 374.

<sup>115</sup> GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 91; ARAL/AYRANCI, s. 355; EREN, Özel Hükümler, s. 624.

Bu nedenle de iş görme edimlerinde sadakat ve özenle davranma borcu ayrı bir önem taşımakta ve iş görme ediminin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir.

KÖİ sözleşmelerinin tarafı olan proje şirketi, bir anonim şirket olduğundan özen borcunun tacirler için görünüm şekli olan basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne de değinmek gerekmektedir. Basiret, sağduyu çerçevesinde, ilim, tecrübe ve feraset ışığıyla görüp sezme ve bilip değerlendirmeye esas teşkil eden konuları etraflıca ve tam olarak kavrayabilmektir.<sup>116</sup> Basiretli bir iş adamı gibi hareket etmenin gerektirdiği özen derecesi ise, tacirin ticari işlerindeki kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özen değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli öngörülü bir tacirden beklenen objektif özendir.<sup>117</sup> Tacir, yaptığı işlerle ilgili mevzuatı ve ne yapması gerektiğini tacir olmayan şahıslardan daha iyi bilir ve bilmek zorundadır.

KÖİ sözleşmesini imzalayan bir şirketin, KÖİ projelerinin inşası ve işletilmesi konusunda her türlü bilgi ve deneyime sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla şirketin gerekli bilgi ve deneyimi olmadığı halde ihaleyi kazanması ve sözleşmeyi imzalaması veya uzmanlık alanı dışındaki konularda danışmanlık almaması basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne aykırı davranmasına sebep olacaktır. Ayrıca, proje şirketinin projeyi gerçekleştirirken bilmesi gereken hususları ve riskleri öngörmesi ve kusurun önüne geçebilmek için alınması gereken tedbirleri alması gerekmektedir. Aksi takdirde ortaya çıkan zarardan kendisi sorumlu olacaktır.<sup>118</sup> *Keşli*, KÖİ sözleşmelerinde yüklenicinin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü şu başlıklara ayırmıştır:<sup>119</sup>

- İş ile ilgili konularda her türlü riski öngörme,
- Risk taşıyan konularda karşı tarafa uyarıda bulunma,
- Uzmanlık alanlarında diğer tacirlerden daha fazla özen gösterme,
- Projeyi gerçekleştirecek ve zararı önleyecek şekilde işe girişme,

---

<sup>116</sup> KIZIR Mahmut, Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 19, Sa. 2, 2011, s. 247.

<sup>117</sup> ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 2017, s. 147; POROY Reha/YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 2010, s. 157; EREN, Özel Hükümler, s. 624.

<sup>118</sup> KEŞLİ, s. 135.

<sup>119</sup> KEŞLİ, s. 132-138.

- Zarar ortaya çıkarabilecek konularda karşı tarafın talimatına göre hareket etme.

Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü yukarıda bahsedilen yükümlülüklerin dışında bazı yan yükümlülükler de doğurmaktadır. Örnek olarak, şirketin proje ile ilgili faaliyetlerinde düşüncesizlik ve deneyimsizlik sebebiyle gabin (aşırı yararlanma) ile ilgili hükümlere başvuramaması, sözleşmede yer alan cezai şartların indirilmesini isteyememesi gibi durumlar verilebilir.<sup>120</sup>

Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün sonucu olarak bir tacir aksini ispat etmediği müddetçe ortaya çıkan zarardan sorumlu olmaktadır. Kusuru olmadığını ispat ederken tacir, tecrübesizliğini, yetersizliğini, bilgisizliğini öne sürememektedir. Dolayısıyla kendisinden beklenen tüm özeni gösterdiği takdirde sonucun ortaya çıkmasına engel olamadığını ispat etmek zorundadır.<sup>121</sup>

Sadakat borcu ise özen borcundan daha geniş bir anlam taşımakta ve iş sahibinin yararına davranmayı, ona zarar verebilecek davranışlardan kaçınmayı içermektedir. Sadakat borcu, sadece kurulmuş bir sözleşmenin ifası sürecini değil; sözleşmenin kurulmasından önceki süreçte, kurulmasında ve sözleşmenin yerine getirilmesinden sonraki süreçte de hükümlerini yürütmektedir. Yüklenicinin sadakat borcu ile özen borçları özellikle ifa sürecinde birbirine sıkı şekilde bağlıdır. Bu çerçevede yüklenici, işin icrasında gerekli özeni göstermeli ve iş sahibinin menfaatlerini dürüstçe gözetmeli, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmalı ve zarar verebilecek nedenleri önlemek için her türlü önlemi almalıdır. Özetle yüklenici, inşaatı iş sahibinin yararına olacak tarzda ve ona zarar verecek davranışlardan uzak durarak yapmalıdır ki buna yüklenicinin inşaatı sadakatle yapması denilmektedir.<sup>122</sup>

Yüklenicinin göstermekle yükümlü olduğu özen ve sadakat borcunun bazı somut türleri bulunmaktadır. İş sahibini aydınlatma, ona bilgi verme, iş sahibinin şahıs ve malvarlığı değerlerini koruma, iş sahibinin kendisine bildirdiği bilgi ve sırları paylaşmama gibi yükümlülükler buna örnek gösterilebilir.<sup>123</sup> Yüklenicinin işle ilgili teknik kuralları bildiği ve özen borcu kapsamında bunlara uymak zorunda olduğu da kabul edilmektedir. Bahsedilen teknik kurallar o meslek çevresinde genel kabul görmüş ve uygulanan

<sup>120</sup> ARKAN, s. 148-149; KİZİR, s. 251.

<sup>121</sup> KEŞLİ, s. 132-133.

<sup>122</sup> ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 525; TANDOĞAN, s. 49.

<sup>123</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 626-628; ARAL/AYRANCI, s. 356-357.

kurallardır.<sup>124</sup> Yine sadakat ve özen borcu gereği, malzeme ve inşaat arazisine ilişkin ayıplar dâhil için gereği gibi ve zamanında ifasını engelleyecek her türlü durumun yüklenici tarafından iş sahibine bildirilmesi gerekmektedir.<sup>125</sup>

KÖİ sözleşmelerinde taraflar arasındaki ilişki yalnızca karşılıklı menfaat ilişkisinden ibaret olmayıp kamu hizmetinin sunulması da söz konusu olduğu için kamu yararının da gözetilmesi gerekmektedir.<sup>126</sup> Dolayısıyla tarafların kendi çıkarlarına uygun ancak kamu menfaatine aykırı olan durumlardan da kaçınması gerekmektedir.

Sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerine ilişkin mevzuatta konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak KÖİ sözleşmelerinde proje şirketinin özen borcuna ilişkin hükümlere yer verilebilir. Sözleşmelerde basiretli bir iş adamından beklenen özene ve bazı uluslararası kabul görmüş standartlara atıf yapılabilir. Proje şirketinin özen ve sadakat borcuna aykırılık hallerinin sonucunun sözleşmelerde açıkça düzenlendiği hallerde sözleşme hükümleri; düzenlemediği hallerde ise TBK'da yer alan ilgili hükümler uygulanabilmektedir. Buna göre sözleşmede açıkça düzenlenmemişse yüklenici, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde tarafların sorumluluğunu düzenleyen TBK 112. madde vd. hükümlerine göre sorumlu olmaktadır. Yine yüklenicinin özen ve sadakat yükümlülüğünün diğer sorumluluk hallerinin içeriğine dâhil olduğu görülebilmektedir. Örneğin, özen borcuna aykırı davranan bir yüklenicinin hem özen borcundan hem de ayıptan dolayı sorumluluğu ortaya çıkabilir. Böyle durumlarda ise konuya ilişkin özel olarak düzenlenen hükümleri uygulamak mümkündür.<sup>127</sup>

### **3.1.7. Yenileme, Bakım, Onarım Borcu**

Sağlık sektöründe uygulanan kiralama unsurlu bir KÖİ projesinin yapım unsuruna ilişkin bölümünün, tesisin yapımı veya var olan bir tesisin yenilenmesine yönelik olabileceğinden bahsedilmişti. Bu başlık altında inceleyeceğimiz yenileme, bakım, onarım borcu ise projelerin işletme aşamasına ilişkin bir borçtur. Nitekim 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinde tesislerin yapım, bakım ve onarımından proje şirketinin sorumlu olduğu ifade edilmektedir.

---

<sup>124</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 625.

<sup>125</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 254.

<sup>126</sup> KEŞLİ, s. 121.

<sup>127</sup> ARAL/AYRANCI, s. 357.

Proje şirketi, eser inşasının tamamlanması ile birlikte eseri idarenin kullanımına bırakmaktadır. KÖİ sözleşmelerinde proje şirketinin sorumluluğu eserin inşası ile tamamlanmamakta, şirketin işletme aşamasında da çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır. Uzun süreli sözleşmeler olan KÖİ sözleşmelerinde idarenin eseri kullanım süresi uzun yıllar sürmektedir. Ülkemizde sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmeleri dikkate alındığında bu sürenin yaklaşık 30 yıl olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu süre boyunca, inşa edilen eserin bakım, onarım ihtiyacının olacağı şüphesizdir. Söz konusu borcun KÖİ sözleşmesinde proje şirketine ait olduğu açıkça belirtilmelidir. Sözleşmede kararlaştırılmışsa, proje şirketinin bu borçtan kaynaklanan giderleri kendisinin karşılaması gerekmektedir.

6428 sayılı Kanunda proje şirketinin yenileme, bakım ve onarım borçlarını da kapsayacak şekilde işletme dönemindeki tüm borçları için genel bir hüküm yer almaktadır: Buna göre; *“yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir.”* Hükümden anlaşılacağı üzere proje şirketinin söz konusu borçlarını ifa etmemesi halinde gereğini yapması için idare tarafından uygun bir süre verilmekte, o süre içinde de işin yapılmaması halinde iş idare tarafından yaptırılarak ücreti şirkete ödenecek kullanım bedelinden düşülmektedir.

### **3.1.8. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**

Bir eserde bulunması gereken özellikler ile bulunan özellikler arasındaki farklar ayıp olarak nitelendirilmektedir.<sup>128</sup> Eserde olması gereken bu özellikler, sözleşmede özellikle belirtilmiş veya dürüstlük kuralı gereği olması gereken özellikler

<sup>128</sup> GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 99.



olabilmektedir.<sup>129</sup> Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğu Türk Borçlar Kanununun 474. maddesinde düzenlenmekte ve buna göre sorumluluk eserin teslimi ile doğmaktadır. Bu durumda KÖİ projelerinde eserin inşasının tamamlanıp kamu idaresine teslim edildiğinde sorumluluğun başladığını söylemek mümkündür. Buradaki devirden kasıt, sözleşme süresinin sona ermesiyle eserin tamamen idareye devredildiği tarih değil; eserin inşasının tamamlanıp idareye kiraya verilmek üzere teslim edildiği tarihtir. Ancak KÖİ sözleşmelerinde proje şirketinin işletme döneminde de eserin bakım onarım gibi bazı borçlarının devam edebileceğinden bahsetmiştik. Söz konusu ayıba karşı tekeffül borcu, eserin kamu idaresine teslimiyle doğduğundan proje şirketinin işletme dönemindeki bakım onarım borçlarını kapsamadığı değerlendirilmektedir.

KÖİ sözleşmelerinde şirketin ihale dokümanlarında belirtilen şekilde ve idarenin belirlediği temel standartlara ve sözleşmeye uygun bir proje yapması gerekmektedir. Söz konusu dokümanlara aykırı özelliklerin bulunması veya dürüstlük kuralına göre projede olması gereken özelliklerin bulunmaması durumunda proje şirketinin ayıptan dolayı sorumluluğu doğmaktadır. KÖİ sözleşmelerinde ayıptan sorumluluk konusunda ilgili mevzuatında ve sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde, eser sözleşmesine ilişkin ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanabilmektedir.

Türk Borçlar Kanununa göre yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için eserin işsahibinden kaynaklanmayan bir sebeple ayıplı olarak inşa edilmiş olması ve işsahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir. Ancak yüklenicinin sorumluluğunun doğması için işsahibinin de bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Buna göre, iş sahibinin gerekli muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş ve ayıbı yükleniciye bildirmiş olması gerekmektedir.<sup>130</sup> KÖİ sözleşmelerinde de yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için benzer şartlar Yönetmelikte düzenlenmektedir. Buna göre, kamu idaresinin eseri kabulden önce sözleşme kapsamında yapılan bütün işleri, ilgili uzman kişilerden oluşan komisyonla denetleme hakkı bulunmaktadır. İdarenin bu hakkı eserin inşası sırasında yapılan denetimden farklıdır. Zira Yönetmelikte, işin denetimini yapan kimselerin, muayene ve kabul komisyonlarında görev alamayacağı düzenlenmektedir. Söz konusu komisyon kabule engel bir durum bulunmadığı takdirde işin kabulünü yapmaktadır. Ancak eserde kusur ve noksanlıklar varsa bunlar

<sup>129</sup> ARAL/AYRANCI, s. 374.

<sup>130</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 634-638.

yükleniciye bildirilmektedir. Dolayısıyla eserde bir ayıp söz konusuysa muayene işlemi sırasında ortaya çıkması muhtemeldir ve bu ayıbın proje şirketine bildirilmesi gerekmektedir. Söz konusu bildirimle ilişkin Yönetmelikte bir süre belirtilmemekle birlikte, sözleşmede bu hususun kararlaştırılması uygun olacaktır. Eserin kabulünden sonra, yüklenicinin sorumluluğu bitmekle birlikte, kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar (gizli ayıplar) için sorumluluğu devam etmektedir.

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun asli edim borcu mu yoksa yan edim borcu mu olduğu hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, ayıba karşı tekeffül borcu, yüklenicinin asli edim yükümlülüklerinden olan eseri teslim borcunun tamamlayıcısıdır. Zira yüklenici, sözleşme ile borçlandığı edimi ancak eksiksiz olarak ifa ettiğinde borcunu yerine getirmiş sayılır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanununda eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi yükümlülüğüne açıkça değinilmemişse de, eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi, yüklenicinin asli edim yükümlülüğünün içeriğine dâhildir.<sup>131</sup>

Yüklenicinin ayıptan dolayı sorumluluğu doğduğunda, işsahibinin seçimlik hakları bulunmaktadır. Bu seçimlik haklar Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir:

- i. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme<sup>132</sup>,
- ii. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme,
- iii. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme,
- iv. İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme

hakları bulunmaktadır.

---

<sup>131</sup> SARIYILDIZ Mehmet Emre, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 61-62. Aksi yönde bkz. TANDOĞAN, s. 160. Yazar, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunu, asli borcu olan eserin teslimine bağlı olarak ortaya çıkması ve ancak eserin teslimine bağlı olarak ileri sürülebilmesi sebepleriyle yan edim borcu olarak nitelendirmektedir.

<sup>132</sup> Ani edimli bir borç ilişkisi olan eser sözleşmesinde ayıp halinde kullanılabilen sözleşmeden dönme hakkı, sürekli borç ilişkisi doğuran KÖİ sözleşmelerinde fesih hakkı olarak kullanılabilir.

KÖİ sözleşmelerinde ise 6428 sayılı Kanunda yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verileceğine ilişkin genel bir hüküm yer almaktadır. Projelerin önemi düşünüldüğünde, ayıp ortaya çıktığında doğrudan feshe gitmek yerine öncelikle masrafları yükleniciye ait olmak üzere belirli bir süre vererek eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkı tanınması ve söz konusu onarımlar tamamlanmadan eserin kabulünün yapılmayacağına ilişkin hükümler yer alması uygun olacaktır. Zira eserin kabulü geciktikçe proje şirketinin projeden elde edebileceği kârı azalacağı için şirket bir an önce ayıpların giderilmesini sağlayacaktır. Yine kullandığı finansmanın geri ödemeleri, sözleşmede kararlaştırılan işletme döneminde başlayacağı için projenin işletme dönemine geçişi gecikirse proje şirketinin kredi geri ödemeleri de aksayacağından ayıplar belirlenen sürede giderilmezse, daha büyük sorunlara yol açacak ve sözleşmeyi feshe kadar götürebilecektir. Yine belirtmek gerekir ki, ayıbın ortaya çıkmasında yüklenicinin kusuru varsa idare genel hükümlere göre tazminat isteyebilmektedir.

### 3.1.9. Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Zapta karşı tekeffül borcu Türk Borçlar Kanununda satış sözleşmesi konusunda satıcının borçları kapsamında ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, satıcının sattığı satım konusunun zilyetliğini devir ve mülkiyetini sağlama borcunun bir tamamlayıcısı olarak yapılmıştır. Zapta karşı tekeffül borcu, satıcının sattığı ve teslim ettiği satım konusu üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hakkının bulunması sebebiyle zapt edilmesi sonucu ortaya çıkan bir sorumluluktur.<sup>133</sup> Yine TBK'nın kira sözleşmesi hükümlerinde de kiraya verenin borçları kapsamında, “*Bir üçüncü kişinin kiralanda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya veren, kiracının bildirim üzerine davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmü yer almaktadır. KÖİ sözleşmelerinde ise zapta karşı tekeffül borcu sözleşmenin her iki tarafı için de mevcut olabilmektedir. Zira yapım aşamasında eserin inşası için araziyi proje şirketine teslim eden idarenin, bu arazide üçüncü kişilerin iddia ettikleri haklar dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu husus kamu idaresinin

<sup>133</sup> YILDIRIM Fadıl, Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?, GÜHFD, c. XVII, Sa. 1-2, 2013, s. 1050.

sorumluluğunda olduğu için idarenin borçlarında ayrıca incelenecektir. Diğer taraftan, proje şirketinin zapta karşı tekeffül borcu ise hem eserin inşasının tamamlanıp idareye kiraya verildiği aşamada hem de sözleşme süresinin sonunda eserin idareye devri aşamasında doğabilmektedir.

İlk olarak proje şirketinin eserin inşasını tamamlayıp eseri idareye kiraya verdiği dönemdeki sorumluluğunu inceleyecek olursak; söz konusu dönem tipik bir kira ilişkisi olduğu için Türk Borçlar Kanunundaki bahsi geçen hüküm KÖİ sözleşmelerinin bu bölümüne uygulanabilmektedir. Bu kapsamda, eser üzerinde üçüncü bir kişi hak iddia ediyorsa kiracı konumundaki idarenin bu durumu kiralayan konumundaki proje şirketine ihbar etmesi gerekmektedir. Üçüncü kişinin iddia ettiği hak dolayısıyla idarenin bir zararı ortaya çıkarsa, proje şirketi bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulması anında var olan bu hakkı aynı bir hak olabileceği gibi tapuya şerh edilmiş şahsi bir hak da olabilir. Hak iddiası dava ile ileri sürülmüşse açık hüküm gereği kiraya verenin davayı üstlenmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere KÖİ sözleşmelerinde proje şirketi yalnızca o projeyi gerçekleştirmek üzere kurulmaktadır. Bu nedenle şirketin daha önce veya başka bir ticari faaliyeti nedeniyle borcunun olması ihtimali bulunmamaktadır. Yine arazi üzerinde mülkiyet hakkı bulunmadığı için tasarruf yetkisi de sınırlıdır. Diğer taraftan proje şirketinin arazi üzerinde üst hakkı bulunmaktadır. Söz konusu üst hakkının da Yönetmeliğin 53. maddesi gereği Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı'ndan izin alınmadan devredilmesi mümkün değildir. Ancak KÖİ projelerinde şirket lehine kurulan üst hakkı bağımsız ve sürekli olup, tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedildiği için bu hak üzerinde ipotek hakkı kurulması mümkündür. Bu sebeple proje için kredi alan bir şirketin üst hakkına ipotek koydurması mümkün olmaktadır.<sup>134</sup> Üst hakkı ipoteği ile güvence altına alınmış olan alacak ödenmediği takdirde, ipotek alacaklısı taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi yoluyla üst hakkının paraya çevrilmesi için cebri icraya başvurabilecektir. İcra

---

<sup>134</sup> Yargıtay da kararlarında üst hakkı ipoteğini kabul etmektedir. Örneğin bir kararında, yap-işlet-devret sözleşmesi ile proje inşa eden bir şirketin üst hakkına ipotek koydurarak üst hakkının kredinin teminatlandırılması amacı ile kullanıldığını vurgulamıştır: "...davacı belediye ile davalı arasında davacının arsasına davalının turistik tesis yapması ve 25 yıl yaptığı tesisini işletmesi ve 15 yıl üst hakkı tesisini ile 25 yıl sonunda bütünü ile tesisin belediyeye ait olması için noterde 20.12.1982 tarihinde bir sözleşme yapılmış ve bu sözleşmeye göre davalı turistik tesisini inşa etmiş ve davacı belediye sözleşme hükümleri uyarınca davalı lehine 15 yıl süreli üst hakkı tesis etmiş ve bu tapuya geçirilmiş ve bundan sonra davalı üst hakkını ipotek ederek davaya dahil edilen ... Bankasından kredi almıştır" Yargıtay 3. HD, T. 24.2.1987, E. 1986/12595, K. 1987/02236. Karar için bkz. EREKMEKCİ, s. 92.

takibi neticesinde paraya çevrilecek olan değer, üzerinde üst hakkı kurulan gayrimenkul değil, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı olduğundan üst hakkının icra yolu ile satışından sonra, devralan kişi ile yükümlü taşınmaz maliki arasında ya yeni bir üst hakkı sözleşmesi akdedilecek ya da ilk sözleşme uygulanmaya devam edecektir. İcra yoluyla üst hakkını satın alan ile idare arasında yeni bir sözleşme akdedilse dahi bu, süre bakımından eski sözleşmenin devamı niteliğindedir. Örneğin, 35 yıl için kurulmuş olan ve 30. yılında icra yoluyla satılan bir üst hakkı için, üst hakkını devralan ile yükümlü taşınmaz maliki arasında kalan 5 yıl için geçerli olmak üzere bir üst hakkı sözleşmesi yapılabilecektir.<sup>135</sup> Tüm bu açıklamalar ışığında KÖİ sözleşmelerinde, eserin kiraya verilmek üzere idareye teslim aşamasında yalnızca üst hakkı ipoteği sahibi olan üçüncü kişilerin arazi üzerinde hak iddiasının gündeme gelebileceği sonucu çıkarılabilir. Ancak ipoteğin paraya çevrilmesi için de proje şirketinin teminat altına alınmış asıl alacağını ödeyememiş olması gerekmektedir. Uygulamada ise söz konusu borcunu ödeme aczine düşen bir proje şirketinin taraf olduğu KÖİ sözleşmesinin devam etmesi pek mümkün değildir. Zira böyle bir durumda Sağlık Bakanlığı'nın sözleşmeyi feshetmesi beklenmektedir. Fesih halinde ise şirket lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilerek tapu idaresince resen terkin olunmaktadır. Dolayısıyla üst hakkının cebri icra yoluyla üçüncü bir kişi tarafından edinilmesi ve bu sebeple kamu idaresinin sözleşmeye o kişi ile devam etmesi uygulamada pek mümkün değildir. Ancak feshe kadar ki süreçte dahi idarenin zarara uğrama ihtimali olduğundan, idare şirketten söz konusu zararının tazminini talep edebilecektir.

Proje şirketinin zapttan dolayı sorumluluğunun doğabileceği ikinci durum ise sözleşme süresinin sonunda tesisin tamamen idareye devri aşamasıdır. Bu konuyla ilgili 6428 sayılı Kanunda sözleşme süresi sonunda yerleşkenin, her türlü borç ve taahhütten arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçeceğine ilişkin hüküm yer almaktadır. Ayrıca Yönetmeliğin 64. maddesinde “*Yüklenici lehine üst hakkı tesis edilen taşınmazlar ile ilgili üst hakkı sözleşmesinin her hangi bir nedenle sona ermesi halinde Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı tapudan terkin ettirilerek tapu kütüğündeki şerh, takyidat ve beyanlar kaldırılır.*” hükmü ve 63. maddede ise “*Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine üst hakkı tesis edilen taşınmaz ile üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilat sağlam ve işler*

---

<sup>135</sup> VURGUN Ceren/TEKKILIÇ Pelil/KEBAPÇI Hasan Ozan, Türk Hukukunda Üst Hakkı İpoteği, 2016, s. 140.

*durumda bedelsiz olarak Hazineye geçer.”* hükmü yer almaktadır. Her ne kadar üst hakkının bağımsız yapısı ile uyuşmasa da KÖİ sözleşmelerinde sözleşme süresinin sonunda, şirket lehine tesis edilen üst hakkı sona ermekte ve tesis edilen taşınmaz doğrudan Hazineye geçmektedir. Bu sebeple devir aşamasında üçüncü kişilerin aynı veya şahsi bir haktan kaynaklanan bir iddiası gündeme gelirse kamu idaresi bu taleplerin muhatabı olmayacak, bu hususlar tamamen şirketin sorumluluğunda olacaktır.

### **3.1.10. Devir Borcu**

Tesisi inşa ederek idareye kiralayan proje şirketinin sözleşmede belirtilen sürenin sonunda tesisi tamamen idareye devretmesi gerekmektedir. Yap-kirala-devret modelinin son aşaması olan devir borcu 6428 sayılı Kanununun 7. maddesinde şu şekilde düzenlenmektedir: *“Bu Kanuna göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.”* Hükümde açıkça belirtildiği üzere KÖİ sözleşmesinin sonunda devir borcu proje şirketinden ifası beklenen bir edim olarak değil, kendiliğinden ortaya çıkan bir hukuki sonuç şeklinde hükme bağlanmıştır.<sup>136</sup>

Esasında hükümde bahsedilen yerleşkenin bulunduğu arazi devlete ait olduğu için, ayrıca arazinin devrinden bahsetmenin bir anlamı bulunmamaktadır. Zira yapı üzerinde proje şirketinin yalnızca üst hakkı mevcut olduğu için ve sözleşme süresinin sonunda da bu üst hakkı kendiliğinden sona ereceği için tesis, içindeki müstemilat ile birlikte kendiliğinden idareye geçecektir. Dolayısıyla KÖİ sözleşmelerindeki “devir” borcu, yatırım konusu tesisin mülkiyetinin naklini ifade etmemekte, tesisin işletme hakkının yatırım sahibine intikalinden ibaret olmaktadır. Zira KÖİ sözleşmesinde ilişkinin devamı süresince tesis zaten yatırım sahibinin mülkiyetinde bulunmakta, üst hakkı tesis edilen hallerde de süre sonunda üst hakkı sona erdiği için yine mülkiyet nakline ihtiyaç doğmamaktadır.<sup>137</sup> Burada üst hakkının kendiliğinden sona ermesi meselesine de değinmek gerekmektedir. Üst hakkının KÖİ sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte kendiliğinden ortadan kalkacağı üst hakkının bağımsız niteliğiyle çelişmektedir. Normalde, üst hakkı

<sup>136</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 406.

<sup>137</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 411.

sözleşmesinin bile sona ermesi üst hakkını kendiliğinden sona erdirmezken KÖİ sözleşmesinin feshi halinde kendiliğinden ve terkinden önce sona ereceği Medeni Kanunun üst hakkını düzenleyen hükümlerinin prensipleriyle çok bağdaşmamakla birlikte konunun kamunun çıkarları için elzem olması ve özel olarak Kanunda düzenlenmiş olması nedeniyle genel hükümlere aykırı olmadığı çıkarımı yapılabilmektedir.<sup>138</sup>

KÖİ sözleşmelerinde devir borcunu düzenleyen hükümde, devredilecek tesisin her türlü borç ve taahhütlerden ari olması ve devrin bedelsiz yapılması gerekliliği, açıkça belirtilmiş ve bu unsurlar devir borcun kapsamında dahil edilmiştir. KÖİ sözleşmesinin süresinin sonuna gelindiğinde, tesisteki malzemenin finansal kiralama konusu olması ve halen ödenmemiş kira bedellerinin bulunması veya üst hakkı üzerinde alt müteahhitlerin ipotek haklarının mevcut olması ya da mülkiyeti muhafaza kaydıyla alınan malzemelerin borcunun halen bitmemiş olması gibi durumlardan kamu idaresinin korunması için devir borcunun kapsamına söz konusu unsurlar da dahil edilmiştir.<sup>139</sup>

Diğer taraftan, sözleşme süresinin sonunda tesisin devri aşamasında tesisin sözleşmeye uygun bir şekilde devredilip devredilmediğini tespit etmek için idare bir komisyon görevlendirmektedir. Bu komisyon varsa tesisteki eksiklik ve arızaları yükleniciye bildirmek zorundadır. Söz konusu eksiklik ve arızaların proje şirketi tarafından giderilmemesi durumunda bunları karşılayacak meblağ, varsa yükleniciye yapılacak ödemelerden mahsup edilmekte veya teminatından karşılanmakta; yoksa yükleniciye tazmin ettirilmektedir.

### 3.2. İdarenin Borçları

Kamu özel işbirliği sözleşmelerinde idarenin temel borçları yatırım arazisini proje şirketine teslim ederek onun kullanımına bırakmak ve şirkete işletme süresince kullanım (kira) bedeli ödemesi yapmaktır.

---

<sup>138</sup> GÜRZUMAR, Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dâhil, 1998, s. 211-212.

<sup>139</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 413.

### 3.2.1. Yatırım Arazisinin Teslimi Borcu

Yatırım arazisinin teslimi, KÖİ sözleşmelerinde yatırımcının eseri inşa edebilmesinin ön şartı olduğundan bu borç kamu idaresinin asli borcu olup eser sözleşmelerinde olduğu gibi ifaya hazırlık hareketi değildir.<sup>140</sup> KÖİ projelerinde yatırımın yapılacağı araziye ilişkin bilgiler ihale aşamasından önce fizibilite raporunda belirlenmektedir. Eserin inşa edileceği arazi, kamunun maliki olduğu veya özel kişilerin mülkiyetinde olan ancak kamulaştırma yoluyla kamunun mülkiyetine geçirilen araziler olabilmektedir. Kamulaştırma, kamu idaresi tarafından gerçekleştirilse de kamulaştırma masraflarına kimin katlanacağı KÖİ sözleşmesinde kararlaştırılabilmektedir.

Arazinin mülkiyeti kamuda olduğu için ya mülkiyetin devredilmesi ya da arazi üzerinde proje şirketine üst hakkı tanınması gerekmektedir. KÖİ sözleşmelerinde yatırım arazisinin tesliminden kasıt arazinin mülkiyetinin devri değildir. Zira 6428 sayılı Kanun kapsamında KÖİ projeleri, üst hakkı tanınması yoluyla devredilen araziler üzerine inşa edilmektedir; mülkiyet devri mümkün değildir. Üst hakkı, TMK'nın 826. maddesinde düzenlenmiş olup, başkasının arazisinin üstünde veya altında bir yapı inşa ederek ya da mevcut yapıyı koruyarak onun maliki olma yetkisini sağlayan, TMK madde 718'de belirtilen üstün alta tâbi olması kuralının istisnasını teşkil eden ve başkasına ait arazideki yapının maliki olma hakkı veren bir irtifak hakkıdır.<sup>141</sup> Üst hakkı belirli bir taşınmaz ya da belirli bir kişi lehine kurulabilir ancak tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmek isteniyorsa bağımsız ve sürekli nitelikte kurulması gerekmektedir. Üst hakkı bağımsızlık özelliği gereği taşınmazdan ayrı olarak devredilebilmektedir.<sup>142</sup>

KÖİ sözleşmeleri için Yönetmelikte “Üst hakkı tesis edilerek yükleniciye teslim edilecek taşınmazların sözleşme süresince amacı dışında kullanılamayacağına ve özel amaçlı şirket lehine tesis edilen üst hakkının Maliye Bakanlığı ile Bakanlıktan izin alınmaksızın devredilemeyeceğine dair sözleşmelere hüküm konulur.” hükmü yer almaktadır. Sözleşmelerle üst hakkına getirilen bu tür sınırlamaların üst hakkının bağımsızlık özelliğine uygun olup olmadığı ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bazı yazarlara göre sözleşmelerde öngörülen tahditlerin üst hakkı sahibinin bu hakkı üzerindeki

<sup>140</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 429.

<sup>141</sup> OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 2009, s. 693-694; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, 2012, s. 402.

<sup>142</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 694; AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Eşya Hukuku, 2009, s. 704.



hukuki ve fiili tasarruf özgürlüğünün sınırlandırıldığı gerekçesiyle hakkın bağımsız olma niteliği ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir.<sup>143</sup> Buna karşın bizim de katıldığımız diğer bir görüş, hakkın bağımsızlık özelliğini ortadan kaldırmadığı sürece, üst hakkı sahibinin tasarruf özgürlüğünün sözleşme ile kısıtlanabileceği ve bu şekildeki bir sözleşme kaydının üst hakkının muhtevasına dâhil olan bir husus olarak herkese karşı ileri sürülebileceği yönündedir. Bu görüşe göre örneğin üst hakkının devrinin yüklü taşınmaz malikin onayına tabi tutulduğu ve ancak haklı nedenle ya da sözleşme ile öngörülen hallerde devre onay verilmeyebileceği yönündeki bir sözleşme kaydı, üst hakkının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.<sup>144</sup> Bu sebeple KÖİ sözleşmelerinde proje şirketi lehine çeşitli tahditler getirilse de tesis edilen üst hakkının bağımsız olduğunu söylemek mümkündür.

Diğer taraftan TMK'nın 836. maddesi ile üst hakkının bağımsız ve sürekli bir hak olarak en az 30 en fazla 100 yıl için kurulabileceği kabul edilmiş ve genel kural koyulmuştur. Ancak 6428 sayılı Kanunda üst hakkının azami 30 yıl<sup>145</sup> için tesis edilebileceği ve sürekli nitelikte olduğu düzenlenmektedir. Bağımsız ve sürekli nitelikte kurulan üst hakları için aranan süre sınırları 6428 sayılı Kanunda Medeni Kanundan farklı şekilde düzenlendiğinden, 6428 sayılı Kanundaki "sürekli" ifadesini Medeni Kanundaki genel kurala aykırı olduğu değerlendirilmektedir.<sup>146</sup>

Üst hakkı tesis edilecek arazinin, proje konusu tesisin inşasına elverişli bir şekilde teslim edilmesi gerekmektedir. Kamu idaresinin teslim ettiği arazi, KÖİ sözleşmesi ile güdülen amaca uygun bir biçimde kullanılmayacak veya bu kullanımı önemli ölçüde etkileyecek eksiklikler taşıyor ise, ayıplı sayılmalı ve yatırımcı, Türk Borçlar Kanununun 472. maddesi gereği haklarını kullanabilmelidir. Ayrıca proje şirketinin ayıba karşı tekeffül borcunda incelendiği şekilde proje şirketinin de kendisine teslim edilen araziye muayene etmesi ve muayene sırasında tespit ettiği kusurları yatırım sahibine bildirmesi gerekmektedir.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 695; ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, 2012, s. 510. Yazar, üst hakkı sözleşmesinde, üst hakkının başkalarına devri yasaklanmış ise bu hakkın artık bağımsız niteliğini kaybettiğini ve tapuya kaydının mümkün olmayacağını belirtmektedir.

<sup>144</sup> AKİPEK/AKINTÜRK, s. 706.

<sup>145</sup> Yapım süresi hariçtir.

<sup>146</sup> ESENER/GÜVEN, s. 406. Yazar şahsa bağlı üst hakları için bu sürenin bağlayıcı olmadığını belirtmekle birlikte, KÖİ sözleşmeleri çerçevesinde kurulan üst hakkının bağımsız nitelikte olduğu belirtildiğinden 30 yıldan daha az süreli ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edebilmenin genel kurala aykırı olduğunu ifade etmektedir.

<sup>147</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 430.

Kamu idaresinin teslim borcunu hiç ifa etmemesi halinde ise, genel hükümler uyarınca proje şirketinin aynen ifayı ve kusurun varlığı halinde gecikmeden doğan zararını talep edebileceği veya sözleşmeden dönerek menfi zarar talep etmek yetkisini kullanabileceği değerlendirilmektedir.<sup>148</sup>

### 3.2.2. Kullanım (Kira) Bedeli Ödeme Borcu

İdarenin özel kişilere klasik yöntemlerle (Kamu İhale Kanunu'na göre) yaptırdığı projelerde kamu idaresi, doğrudan projeyi bir şirkete inşa ettirerek, işin karşılığı olarak da bütçeden ücretini ödeyerek tesisi kendisi işletebilir. Diğer taraftan, projenin özel sektör tarafından işletilmesi de isteniyorsa, hizmet alımı yoluyla götürü bedel karşılığında işletme hakkı devredilebilmektedir. KÖİ sözleşmelerinde ise hem eser sözleşmelerinden farklı olarak, yüklenicinin eseri inşa etmesinin karşılığında bir ücret belirlenmemekte hem de klasik yöntemlerden farklı olarak götürü bedel kararlaştırılmamakta; eserin işletilmesi veya kiralanması yoluyla projenin kendini finanse etmesi sağlanmaktadır.<sup>149</sup>

Yeni bir sağlık tesisinin yapılması veya var olanın yenilenmesi karşısında proje şirketine kullanım bedeli ödemesi yapmak özel sektör sermayesinin uzun vadeli krediye dönüştürülmesine benzemektedir. Ayrıca bu model ile, kamu kaynakları kullanılmamış olmakta, büyük projeler kısa sürede bitirilebilmekte ve kamu kaynaklarının kira biçiminde ödenmesi mümkün hale gelmektedir.<sup>150</sup>

KÖİ projelerinde çeşitli ödeme mekanizmalarına rastlamak mümkündür<sup>151</sup>:

- Kullanıcı ücretleri: Proje şirketinin doğrudan hizmetten yararlananlardan ücret alması yoluyla kazanç elde etmesidir.<sup>152</sup>
- Kullanım esaslı ödeme: Kamu idaresinin tesisi kullanması ve karşılığında proje şirketine ödeme yapması yoluyla şirketin kazanç elde etmesidir.<sup>153</sup>

<sup>148</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 431.

<sup>149</sup> KEŞLİ, s. 157.

<sup>150</sup> TEMİZ, s. 289.

<sup>151</sup> Bu yöntemler ülkemizde sağlık sektöründe KÖİ projeleri için değil genel olarak tüm sektörleri kapsayacak şekilde ifade edilmiştir.

<sup>152</sup> DYTON/BAVISHI, s. 48.

<sup>153</sup> DYTON/BAVISHI, s. 48.

- Kullanıcı garantili ödeme: Asıl olarak hizmetten yararlananlardan ücret alınması, belirlenen sayıya ulaşılamaması halinde kamu idaresinin kalan kısmı tamamlamaması yoluyla yapılan ödemelerdir.

- Satın alma yoluyla ödeme: Proje şirketi tarafından üretilen mal ve hizmetin doğrudan kamu idaresi tarafından satın alınması ve daha sonra nihai kullanıcılara satılması yoluyla yapılan ödeme yöntemidir.

Ülkemizde yapılan KÖİ projelerinde sektörlere bağlı olarak dört çeşit ödeme yöntemi de kullanılmaktadır. Ulaştırma sektöründe özellikle kullanıcı garantili ödemeler ve kullanıcı ücretleri yaygınken, enerji sektöründe satın alma yoluyla ödeme, sağlık sektöründe ise kullanım esaslı ödeme daha çok kullanılmaktadır. Ulaştırma sektöründe, özellikle otoyol projelerinde yolu veya köprüyü kullananlar tarafından geçiş ücreti alınmakta, devlet tarafından ise garanti edilen aylık geçiş sayılarına ulaşılamaması halinde aradaki fark şirkete ödenmektedir. Sağlık ve eğitim sektöründe ise söz konusu hizmetlerin devlet tarafından sağlanması gerektiğinden bu yöntem uygulanamamaktadır. Devlet sağlık ve eğitim hizmetini kendisi doğrudan sunmakla yükümlü olduğu için, proje şirketinin yaptığı tesislerin kullanımı karşılığı ona belirli bir kullanım/kira bedeli ödemesi yapmaktadır. Enerji sektöründe ise geçmişte satın alma yoluyla ödeme yöntemi kullanılmış; örneğin, şirketin yaptığı tesiste ürettiği elektrik işletme süresi boyunca doğrudan kamu idaresi tarafından satın alınmıştır.

Sağlık sektöründe uygulanan kiralama unsurlu KÖİ projelerinde, daha önce bahsedildiği üzere proje şirketi eserin inşasını tamamladıktan sonra eseri kamu idaresine kiraya vererek tesisleri idarenin kullanımına bırakmaktadır. Proje şirketi de söz konusu borcunun karşılığı olarak sözleşmede belirlenen süre boyunca kira bedeli ödemesi almaktadır. Dolayısıyla KÖİ sözleşmelerinde kamu idaresinin kira bedeli ödeme borcu sözleşmenin yürürlüğe girmesi ile değil, tesisin inşa edilip idareye teslimiyle başlamaktadır.

KÖİ projelerinde tesislerin kullanımı her ne kadar kamu idaresine bırakılmış olsa da temel hizmetler dışındaki bazı hizmetleri proje şirketinin ifa etmesi sözleşmelerde kararlaştırılabilmektedir. Söz konusu hizmetlerin ifası karşılığında da proje şirketi kuşkusuz belirli bir ücrete hak kazanmaktadır. Söz konusu ücret, kira bedeline dâhil edilerek veya ayrı bir şekilde kamu idaresi tarafından ödenebilmektedir. Örneğin, 6428 sayılı Kanunda ve Yönetmelikte bedel, tesislerin kullanımı ve tesisteki belli hizmetlerin

sunulması karşılığında ödenecek ücret olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla KÖİ projelerinde Sağlık Bakanlığı sağlık hizmetini kendisi sunmakla birlikte, sağlık hizmetinden bağımsız hizmetlerin (örneğin yemek, temizlik gibi) sağlanması görevini de proje şirketine verebilmekte ve tesisleri kullanım karşılığı ödenen kira bedeline bu hizmetlerin karşılığı ödenmesi kararlaştırılan ücretleri de dâhil edebilmektedir. Kuşkusuz bazı yan hizmetlerin karşılığı doğrudan bu hizmetten yararlanan kullanıcılardan da alınabilmektedir. Örneğin, personele sağlanan yemek hizmetinin tamamının Sağlık Bakanlığı tarafından karşılanması yerine bu hizmetin bedelinin tamamının veya bir kısmının kullanıcılar tarafından ödenmesi de kararlaştırılabilmektedir.

Konuyu sağlık sektöründeki KÖİ sözleşmeleri açısından daha detaylı inceleyecek olursak; Sağlık Bakanlığı, Yönetmeliğin 56. maddesi gereği, hastaneleri inşa eden proje şirketlerine yılda dört defa sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında bedel ödemektedir. Dolayısıyla Bakanlığın ücret ödeme borcu kapsamında hem tesislerin kullanımı çerçevesinde kira bedeli hem de belirli hizmetlerin sunulması karşılığında ödenen ücret yer almaktadır. Bedelin tespitinde Bakanlık yatırımın maliyeti ve projenin mahiyeti, ekipman ve tıbbi donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, yüklenicinin kârı, yatırım konusu taşınmaz ve tesisteki hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin yükleniciye verilip verilmeyeceği gibi hususları dikkate almaktadır. Söz konusu bedel sabit olmayıp, Yönetmelikte belirtilen formüle göre enflasyon, döviz kuru gibi etkenler dikkate alınarak güncellenmektedir. Bakanlığın söz konusu kira bedellerini ödemede temerrüde düşmesi durumunda Türk Borçlar Kanunundaki kira sözleşmesinin hükümleri uygulanabilecek, bu çerçevede kiraya verenin sözleşmeyi fesih hakkı doğabilecektir.

Kira bedeline ilişkin olarak 13 Eylül 2018 tarihinde yürürlüğe giren 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın Geçici 8'inci maddesine de değinmek gerekmektedir. Zira söz konusu düzenleme ile Türkiye'de yerleşik kişilerin, finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmeleri gibi sözleşmelerde, sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmayacağı belirtilmişti. Ancak KÖİ projeleri büyük ölçüde yurtdışından sağlanan finansmanla finanse edildiği için ve harcamalar büyük ölçüde döviz cinsinden olduğu için, kullanım bedelinin Türk Lirasına endeksli olması hem yatırımcılar hem de

finans sağlayanlar açısından mümkün olmayacaktır. Bu sebeple 18 Kasım 2018 tarihinde yapılan değişiklikler ile kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu döviz cinsinden veya dövize endeksli ihaleler ve sözleşmelerin ifası kapsamında gerçekleştirilecek olan projeler ve Türkiye’de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri döviz cinsinden maliyet içeren eser sözleşmeleri söz konusu yasak kapsamından istisna tutulmuştur. Bu çerçevede, KÖİ sözleşmeleri de açıkça ifade edilmese de söz konusu yasak kapsamından çıkarılmıştır. Dolayısıyla kullanım bedelinin dövize endeksli olarak kararlaştırılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır.

Proje şirketinin finansman temini borcunun karşılığı olarak kamu idaresinin tesisleri kullanımı nedeniyle düzenli aralıklarla yaptığı kullanım bedeli ödemesinin yanı sıra, kamu idaresinin veya Hazinesinin proje şirketine vereceği belirli garantilerle finansman temini borcunun hafifletilmesi de mümkündür.<sup>154</sup> Örneğin, projenin işletme döneminde proje şirketi tarafından sağlanması kararlaştırılan bazı hizmetler için devlet tarafından talep garantisi verileceği sözleşmelerde kararlaştırılabilmektedir. Diğer taraftan, 4749 sayılı Kanun kapsamında ise Sağlık Bakanlığı tarafından yap-kirala-devret modeliyle yaptırılan, yatırım tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen KÖİ projeleri için sözleşmenin feshedilmesi halinde proje için sağlanan dış finansmanın Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından üstlenilmesine karar verilebilmektedir. Söz konusu borç üstlenim taahhüdü mekanizması, büyük çaplı KÖİ projelerinin finanse edilebilirliğini artırmak ve ülkeye dış finansman girişini cazip hale getirmek için düzenlenmiştir. Konuya fesih bölümünde de değinilecektir.

### **3.2.3. Zapta Karşı Tekeffül Borcu**

Zapta karşı tekeffül borcunun hem proje şirketi hem de idarenin borçları kapsamında değerlendirilebileceğinden daha önce bahsedilmişti. İdarenin zapta karşı tekeffül borcu, yatırım arazisinin sözleşmeye uygun bir şekilde proje şirketine teslimi noktasında doğmaktadır. Bu çerçevede arazinin teslimi ve üst hakkı tesisinden önceki aşamada mevcut olan bir hak dolayısıyla, yatırımcının hakkını kullanmasını imkânsız hale getiren bir hak iddiası ortaya çıkar ise idarenin zapta karşı sorumluluğu doğmaktadır. Diğer taraftan, arazinin teslimiyle birlikte proje şirketi lehine taşınmaz üzerinde bir üst hakkı

---

<sup>154</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 208.

tesis edildiği için bu aşamadan sonra üst hakkını şirket üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecektir.

KÖİ sözleşmesi imzalanmadan önce arazi üzerinde üçüncü kişilerin proje şirketinin sözleşmeyi ifasını engelleyici hak iddiaları varsa şirket, hak iddia eden üçüncü kişilerin varlığını derhal kamu idaresine bildirmek durumundadır. Eğer bu bildirimden sonra kamu idaresi hak iddiasının ortadan kalkmasını sağlayabilir ise, şirket bu durumdan doğan zararının tazminini talep etmek suretiyle işe devam edebilecek, buna karşın hak iddiası engellenemez ise, Türk Borçlar Kanununun 217. maddesinin kıyasen uygulanması düşünülebilecektir. Bu hükmün uygulanmasıyla, sözleşmenin fesih olduğu kabul edilerek yatırımcının harcadığı ve işletme gelirinden tahsil etmek imkânı bulamadığı finansmanı ve diğer zarar ve ziyanını yatırım sahibinden talep etmesi söz konusu olacaktır.<sup>155</sup>

Yatırım sahibinin araziyi teslim borcunu hiç ifa etmemesi halinde ise, genel hükümler uyarınca yatırımcının korunması mümkündür. Yatırımcı, TBK'nın 125. maddesi uyarınca, aynen ifayı ve gecikmeden doğan zararını talep edebilecek veya sözleşmeden dönerek menfi zarar talep etmek yetkisini de kullanabilecektir.<sup>156</sup>

#### **3.2.4. Kiralananı Özenle Kullanma Borcu**

Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesi hükümleri kapsamında kiracının borçları arasında düzenlenen kiralananı özenle kullanma borcu, KÖİ sözleşmelerine de uygulanabilmektedir. Kiracı konumunda olan idare, her ne kadar sözleşme süresi sonunda eserin kullanma ve yararlanma hakkına sahip olacak ise de sözleşme süresi boyunca eseri kullanma hakkı, üst hakkına sahip olan proje şirketinde olduğu için idare eseri özenle kullanmak zorundadır. TBK'nın 316. maddesi kapsamında düzenlenen özen borcuna göre kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmaz ise kiraya veren, kiracıya süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunur. Kiracının kiralananı kasten ağır bir zarar vermesi veya kiracıya verilecek sürenin yararsız olacağına anlaşılması gibi hallerde ise sözleşme derhal feshedilebilmektedir. KÖİ sözleşmelerinde tesisi kiralayarak sağlık hizmeti sunan ve sözleşme süresi sonunda tesisin mülkiyetine sahip olacak olan idarenin söz konusu borcuna

<sup>155</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 447.

<sup>156</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 431.

aykırı davranma ihtimali pek mümkün olmasa da idarenin tesisi özenli kullanma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Diğer taraftan, mülkiyet hakkı kendisinde olmadığı için yalnızca idarenin özen borcuna aykırılığı nedeniyle proje şirketinin, sözleşmeyi feshedemeyeceği değerlendirilmektedir. Zira yalnızca özen borcuna aykırılık proje şirketinin sözleşmeyi feshetmesi için haklı neden teşkil etmemektedir.

#### 4. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Değişen Koşullara Uyarlanması

KÖİ sözleşmelerinde, sözleşme müzakere edilirken tarafların karşılıklı güven ilkesi çerçevesinde sözleşmeyi imzalamaları gerekmektedir. Ancak KÖİ sözleşmeleri uzun süreli sözleşmeler olduğundan zaman içerisinde sözleşme koşullarında bazı değişiklikler meydana gelmesi ihtimali yüksektir. Bu nedenle sözleşmelerde taraflara esneklik sağlamak ve sözleşmeyi ayakta tutmak amacıyla anlaşma yoluyla tadile yönelik hükümler bulunması gerekmektedir. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise 6428 sayılı Kanundaki düzenlemeler ve bu Kanunda da hüküm bulunmayan hallerde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için genel düzenleme olan TBK'nın 138. hükmü uygulanabilmektedir. Türk Borçlar Kanununun 138. maddesi tarafların iradi değişiklik konusunda anlaşamadığı durumlar için geçerli olup söz konusu değişikliğin hakim kararıyla yapılması gibi istisnai bir durumu düzenlemektedir. TBK 138'de yer alan *“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.”* hükmüne göre sözleşmenin uyarlanabilmesi için belirli şartların oluşmuş olması gerekmektedir. Söz konusu şartlar şunlardır:<sup>157</sup>

- Daha önce mevcut olmayan, olması beklenmeyen bir durumun ortaya çıkmış olması,
- Söz konusu durumun borçludan kaynaklanmamış olması,

<sup>157</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 503-505; KILIÇOĞLU, s. 351.

- Söz konusu durum sebebiyle taraflar arasındaki dengenin borçlu aleyhine bozulmuş olması,
- Borcun henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan hakların saklı tutularak ifa edilmiş olması.

6428 sayılı Kanununda da yukarıda bahsettiğimiz ilkelere paralel olarak sözleşmenin tadiline ilişkin düzenleme yapılmıştır. Söz konusu düzenlemenin yer aldığı 4. maddeye göre sözleşmenin tadili hallerini üçe ayırabilmek mümkündür:

i. Sözleşmenin uygulanabilirliğini ve anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla taraflarca değişiklik yapılabilmesi,

ii. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü haller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağına anlaşılması halinde kira bedelinin güncellenmesine yönelik değişiklik yapılabilmesi (Söz konusu düzenlemeye benzer bir hüküm eser sözleşmesi kapsamında TBK madde 480'de de düzenlenmektedir.),

iii. Yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması halinde yeniden yetkilendirme alınması ve bu yetkilendirmeye istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılması (Bahsi geçen durum, sözleşme imzalanmadan önceki aşamayı kapsamaktadır.).

Yönetmeliğin ilgili hükmü incelendiğinde idareye KÖİ sözleşmelerinde sözleşme hükümlerinin anlaşılabilirliğini sağlamaya yönelik ve yapım döneminde kira bedelini güncellemeye yönelik olmak üzere iki değişiklik yetkisi verilmiştir.<sup>158</sup> İlk durum,

---

<sup>158</sup> 6428 sayılı Kanunun bahsi geçen 4. maddesine ilişkin Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış olup AYM tarafından bu iptal talebinin reddine karar verilmiştir. İptale ilişkin iddialar özetle şunlardır: “Özel hukuk hükümlerine tabi kılınan sözleşmelere ilişkin mücbir sebep ve olağanüstü hallerin neler olduğunun açıklanmamış olması ve Kanun'da düzenlenmemesinin idareye geniş ve ölçüsüz takdir yetkisi tanıdığı ve hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı, hukukun temel ilkeleri arasında sözleşmeye bağlılık ilkesinin bulunduğu, sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan dengenin sonradan şartların olağanüstü şekilde değişmesinin adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırılık oluşturmaması için sözleşmenin değişen şartlara uydurulabileceği, bu uyarılmanın Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinden yararlanılarak gerçekleştirilebileceği ancak buna hakimin karar vermesi gerektiği, ... ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra hukuki belirliliği olmayan ve hatta



sözleşmedeki yoruma açık hususları açığa kavuşturmak gibi esaslı olmayan değişiklikleri kapsamaktadır. İkinci durumda ise sözleşmenin uyarlanması için bazı şartlar öngörülmektedir. Buna göre, mücbir sebepler, olağanüstü haller veya yüklenicinin kusuru dışındaki hallerin ortaya çıkmış olması ve bu durumların işin tamamlanmasını engellemesi gerekmele birlikte, yapılacak değişiklik yalnızca kira bedeli güncellemesi ile sınırlandırılmaktadır. Üçüncü durum ise sözleşmeden önceki süreci kapsadığından konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Bunlar dışındaki durumların ise sözleşmede düzenlenmesi, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise TBK 138'in uygulanması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, KÖİ sözleşmeleri ihale sonucu imzalanan sözleşmeler olduğundan tarafların anlaşarak sözleşmede değişiklik yapabilmesi, sınırlı hâllerde ve ihale aşamasındaki rekabeti bozmayacak ölçüde mümkündür. KÖİ sözleşmesi imzalandıktan sonra tarafların tekrar değişiklik yapmasının, iki tarafın da öngöremediği durumların olduğu hâllerde ve değişikliğin sözleşmenin devam edebilmesi için mecbur olduğu durumlarda olması gerekmekte; projenin beklenen geliri getirmemesi, proje şirketinin ihaleyi kazanmak için vermiş olduğu teklifin koşullarının projeyi gerçekleştirebilecek nitelikte olmaması, ekonominin tüm alanlarını veya pek çok sektörü etkileyen mevzuat

---

*doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vazgeçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirildiği, bunu öngören yasal düzenlemelerin kamu yararına olmadığı gibi mali anlamda kamu zararına neden olacağına açık olduğu, bu durumun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, istekli olarak ihaleye giren ve üzerine ihale yapıldıktan sonra sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün olmasına rağmen imzalanan sözleşmede sonradan doğrudan veya dolaylı yollarla değişiklikler yapılmasına olanak tanınmasına ya da sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususların sözleşmede belirlenmesine yönelik kurallar konulmasının ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini bütünüyle ortadan kaldıracığı, düzenlemelerin üzerine ihale yapılan istekliye ihaleden sonra ayrıcalık tanıdığı için eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, bunların yanında düzenlemenin Devlete verilen mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma göreviyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2; 10. ve 167. maddelerine aykırı olduğu" ileri sürülmüştür. AYM ise kararında özetle, KÖİ modelinin uygulandığı hastanelerde ne zaman, hangi alanlarda ya da hangi nedenle ihtiyaç doğacağına, bu ihtiyacın boyutunun ve ne zaman doğacağına önceden kanunla belirlenmesi olanağı olmadığını, sağlık hizmetinin önemi, ivediliği ve ertelenemez oluşu da dikkate alındığında bir an önce ihtiyaçların giderilmesi gerektiğini, her yeni teknolojik gelişme ya da değişim sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğmasının olası olduğunu, sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi için idareye takdir hakkı tanınmasında kamu yararı olduğunu, ahde vefa ilkesinin mutlak ve sınırsız olmadığını, uyarılama için hâkime başvurmak yerine tarafların aralarında anlaşma yoluna gitmelerinin ve buna göre sözleşmede değişiklik yapılmasının uygun olduğunu, tarafların aralarındaki sorununun yargı kararına gerek kalmaksızın karşılıklı irade ile çözümlenmesinde kamu menfaatini zedeleyen herhangi bir yön olmadığı gibi hem ivedi hem de daha etkili ve yararlı olacağından sağlık hizmetinin sorunsuz devamı açısından kamu yararına olduğunu belirterek Anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir. AYM, T. 28.01.2016, E. 2014/92, K. 2016/6. Karar için bkz. BAYAZIT, s. 363.*

değişikliği gibi hâllerde değişiklik yapılmaması gerekmektedir. Sözleşmenin esasına ilişkin değişiklik yapılması durumunda, ihale ilkelerinin göz ardı edilecek olması ve aslında yeni bir ihale neticesinde, aynı işin daha az maliyetle yaptırılabilme imkânı bulunması ve sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yapılması gerekli olduğunda,<sup>159</sup> müzakereler suretiyle değişiklik yapılmasındansa, mevcut sözleşmenin sona erdirilerek yeniden ihale yapılması tercih edilmelidir.<sup>160</sup>

Diğer taraftan, proje şirketinin basiretli bir iş adamı gibi davranma borcunun gereği olarak şirket, ticari faaliyetlerinde bir hadisenin meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Dolayısıyla şirket, işlerini yaparken ticari hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri almalı ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak yükümlülük altına girmelidir. Meydana gelen olayları önceden kestirmenin mümkün olduğu hallerde, şirket bunun önüne geçmekle yükümlü olup, gerekli tedbirleri almazsa kusurlu olmaktadır.<sup>161 162</sup> Dolayısıyla uyarılama talep eden proje şirketinin, göstermesi gereken özen ölçüsü, tacir sıfatını haiz olmayanlara nazaran daha da ağırlaştırılmıştır. Bu kapsamda, tacir sıfatını haiz olmayanların kusursuz sayılabileceği birçok durumda tacir olan proje şirketi kusurlu sayılabilecektir. Bu sebeple KÖİ sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının şartları daha ağırdır.

---

<sup>159</sup> Kamu İhale Sözleşmelerinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m. 24 uyarınca “*Mal ve hizmet alımlarıyla yapım sözleşmelerinde, öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olması halinde, artışa konu olan iş; a) Sözleşmeye esas proje içinde kalması, b) İdareyi külfete sokmaksızın asıl işten ayrılmasının teknik veya ekonomik olarak mümkün olmaması, Şartlarıyla, anahtar teslimi götürü bedel ihale edilen yapım işlerinde sözleşme bedelinin %10'una, birim fiyat teklif almak suretiyle ihale edilen mal ve hizmet alımlarıyla yapım işleri sözleşmelerinde ise %20'sine kadar oran dâhilinde, süre hariç sözleşme ve ihale dokümanındaki hükümler çerçevesinde aynı yükleniciye yaptırılabilir.*” Söz konusu hükümle iş artışı yoluyla aynı yükleniciye iş yaptırılmasına sınır getirilmiştir. Ancak konuya ilişkin özel bir düzenleme KÖİ mevzuatında yer almamaktadır.

<sup>160</sup> BAYAZIT, s. 366-367.

<sup>161</sup> KİZİR, s. 249.

<sup>162</sup> Örneğin Yargıtay bir kararında, “*Dava, yabancı para olarak kararlaştırılan kira parasının günün ekonomik koşulları altında çekilmez hal alması ve böylece işlem temelinin çökmesi olgusuna dayalı kira parasının uyarlanması isteğine ilişkindir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır. Türk Ticaret Kanunu 18/1. maddesinde anonim şirketin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Somut olayda uyarılamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır”* hükmüyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talebinde basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne dikkat çekmiştir. Yargıtay HGK, T. 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340. Karar için bkz. KİZİR, s. 277.

### **BÖLÜM 3: SAĞLIK SEKTÖRÜNDE UYGULANAN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ**

Belirli süreli bir sözleşme olan KÖİ sözleşmelerinin en doğal sona erme şekli sözleşme süresinin tamamlanmasıdır. Diğer sona erme halleri ise 6428 sayılı Kanunda tarafların karşılıklı anlaşması, sözleşmenin mücbir sebep nedeniyle sona ermesi ve sözleşmenin feshi olarak üç kategoride belirlenmiştir. Bu çerçevede sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerinin sona ermesi ve sona ermenin bazı sonuçları aşağıda incelenecektir.

#### **1. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi**

İlgili kanunlarında KÖİ sözleşmeleri için modellere veya sektörlere göre farklılık gösteren belirli azami sözleşme süreleri belirlenmiştir. Sağlık sektöründe uygulanan kamu özel işbirliği sözleşmeleri 6428 sayılı Kanunun birinci maddesi gereği en fazla otuz yıllığına yapılabilmektedir. Söz konusu süreye projenin yapım süresi dâhil olmayıp yalnızca işletme dönemi içindir. Dolayısıyla eserin yapımına ayrılan süreye göre KÖİ sözleşmesinin süresi 30 yılın biraz üzerine çıkabilecektir. Belirtilen sürenin sonunda ise hiçbir işleme gerek kalmaksızın sözleşmeler kendiliğinden sona ermektedir.

KÖİ sözleşmelerinde sözleşme süresi boyunca taraflar borçlarını gereği gibi ifa etmişler ise, sürenin bitmesiyle birlikte borç ilişkisi sona ererken, aynı zamanda tarafların borçları da sona ermiş olmaktadır. Zira bu halde, yatırımcı finansmanı temin ederek tesisi inşa etmiş ve işletilebilir niteliğe kavuşturmuş olacak; böylece yatırım sahibinin ifa menfaati sağlanacak, aynı zamanda yatırımcı da, proje için harcadığı sermayesini, tesisi kiraya vererek geri almış ve kârını elde etmiş olacağı için, ifa menfaatine kavuşmuş olacaktır. Diğer bir ifade ile sözleşme süresi boyunca taraflar sözleşmeye uygun olarak karşılıklı borçlarını ifa etmişler ise, süre sona erdiğinde, hem kendi borçlarından kurtulmuş, hem de karşı tarafın ifa menfaatini temin etmiş olacaklardır. Diğer taraftan, sözleşme süresi bitmiş olmasına rağmen, karşılıklı borçlar sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmemişse sözleşme sona ermiş olmakla birlikte, tarafların daha önceki dönemde

muaccel olmuş ve fakat ifa edilmemiş borçları sona ermeyecektir. Ancak, tarafların sözleşme süresi içinde doğmuş borçları sona ersin veya ermesin, sürenin bitimi ile birlikte sürekli borç ilişkisi sona erecektir. Zamanında ifa edilmeyen borçlar ise tazminat borcuna dönüşecektir.<sup>163</sup>

## 2. Tarafların Anlaşması

Sözleşme serbestisi çerçevesinde özgür iradeleriyle karşılıklı anlaşarak özel hukuk sözleşmesi akdeden tarafların yine karşılıklı anlaşma yoluyla sözleşmeyi sona erdirebilmeleri mümkündür. KÖİ sözleşmelerinde tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi hali Yönetmelikte 63. maddede sözleşmenin karşılıklı sona erdirilmesi başlığı altında şu şekilde düzenlenmektedir: “... yüklenici ile idarenin karşılıklı anlaşması halinde sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır ve kesin teminat mektubu iade edilir. Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine üst hakkı tesis edilen taşınmaz ile üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilat sağlam ve işler durumda bedelsiz olarak Hazineye geçer.” Yönetmeliğin anılan hükmünde tarafların sözleşmeyi anlaşma yoluyla sona erdirmesi genel olarak düzenlenmiş ve anlaşma yoluyla sona ermenin hüküm ve sonuçları sözleşmeye bırakılmıştır. Bu çerçevede karşılıklı anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeye karar veren tarafların birbirlerinden olan talepleri konusunda da anlaşmaları gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu sona erme tarafların anlaşması yoluyla değil, fesih yoluyla olacaktır.

## 3. Mücbir Sebep Nedeniyle Sona Erme

Tarafların kontrolü dışında meydana gelen ve borcun ifasını imkânsız kılan haller mücbir sebep olarak değerlendirilmektedir.<sup>164</sup> Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için taraflarca öngörülemeyen ve kaçınılamaz olması gerekmektedir.<sup>165</sup> Kaçınılamaz olması ve

<sup>163</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 451-452.

<sup>164</sup> EPEC, Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts, 2013, s. 55.

<sup>165</sup> ÖZÇELİK, Ş. Barış, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları, 2016, s. 304.

tarafkların kontrolü dışında meydana gelmesi sebebiyle m¼cber sebepte kusur mevcut değildir.

M¼cber sebep ortaya çıktığında, borçlu açısından ifa imkânsızlığı ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu ifa imkânsızlığı ortaya çıktığında, sözleşmelerde özel h¼k¼m bulunmayan hallerde borçlu, TBK'nın 136. ve 137. maddelerine göre sorumlu olacaktır. İmkânsızlık çeşitli t¼rlere ayrılan ve t¼r¼ne göre etkisi farklı olan bir konu olmakla birlikte çalışmamızın konusu kapsamında borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa yol açan m¼cber sebebe değinilmektedir. Buna göre, ifa imkânsızlığı halinde, taraflar arasındaki borç ilişkisi sona ermekte ve borçlu borcundan kurtulmakta; karşı taraftan almış olduğu edimi ise sebepsiz zenginleşme h¼k¼mleri uyarınca geri vermektedir. M¼cber sebep bazen kısmi ifa imkânsızlığına da yol açabilmektedir. Buna göre kısmi imkânsızlık ortaya çıktığında borçlu, borcunun sadece imknsızlaşan kısmından kurtulmakta ancak, bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden ngr¼lseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona ermektedir.

KÖİ sözleşmelerinde ise m¼cber sebep hallerine ve bunun sonuçlarına ilişkin hususların sözleşmelerde kararlaştırılacağı belirtilmiştir. M¼cber sebebin T¼rk mevzuatında tanımı bulunmamakla birlikte KÖİ sözleşmelerinde m¼cber sebep halleri Yönetmelikte şu Şekilde sayılmaktadır: “*M¼cber sebep olarak kabul edilebilecek haller şunlardır: a) Doğal afetler. b) Kanuni grev. c) Genel salgın hastalık. ) Kısmi veya genel seferberlik ilanı veya savaş. d) İfayı imkânsız kılan diğer haller. İdare tarafından yukarıda belirtilen hallerin m¼cber sebep olarak kabul edilebilmesi için; a) Y¼kleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, b) Taahh¼d¼n yerine getirilmesine engel nitelikte olması, c) Y¼klenicinin makul ve basiretli davranmasına rağmen bu engeli ortadan kaldırmaya g¼c¼n¼n yetmemiş bulunması, ) M¼cber sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi g¼n içinde y¼klenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması, d) Yetkili merciler tarafından m¼cber sebebin belgelendirilmesi, zorunludur.*” Yönetmelikte sınırlı olmaksızın sayılan m¼cber sebep hallerine ilişkin KÖİ sözleşmelerine daha çok örnek konularak yine sınırlı olmaksızın sayılmak suretiyle d¼zenleme yapılabilir. H¼k¼mde örnek olarak sayılan m¼cber sebep hallerinin veya sözleşmede kararlaştırılacak diğer hallerin sonuç doğurabilmesi için bazı şartları da taşıması gerekmektedir. Buna göre öncelikle m¼cber sebebin doğası gereği, ortaya çıkan olayın y¼klenicinin veya idarenin kusurundan kaynaklanmamış olması gerekmektedir. Yine kusuru olmamakla birlikte meydana gelen

olayı engelleyebileceği halde bunu yapmayan taraf, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bir diğer şart ise mücbir sebep sayılan halin sadece meydana gelmesi yeterli olmayıp borçlunun ifasına engel bir durumun ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Örneğin, doğal afet meydana geldiğinde borçlunun bu mücbir sebep dolayısıyla borcunu ifa etmekten kurtulabilmesi için, doğal afetin borcu ifaya engel nitelik taşıması gerekmektedir. KÖİ sözleşmelerinde proje şirketinin mücbir sebep nedeniyle borcunu ifadan kurtulabilmesi için bu durumu idareye bildirmesi ve yetkili mercilerce mücbir sebebin belgelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla yalnızca proje şirketinin bir olayı mücbir sebep olarak nitelendirmesi yeterli olmamakta; bu durumun ilgili mercilerce de kabul edilmesi gerekmektedir. Yönetmelikte belirtilmiş olsa da tüm bu hususların KÖİ sözleşmelerinde daha detaylı bir şekilde hükme bağlanması taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları en aza indirecektir. Örneğin, idareye yapılacak bildirim hangi yollardan olacağı, hangi mercilerin incelemesine ve kararına itibar edileceği gibi hususlar önemli olmayan hususlar gibi görünse de büyük uyuşmazlıklar çıkarabilecek niteliktedir. Belirtmek gerekir ki KÖİ sözleşmelerinde mücbir sebep konusuyla ilgili bazı uluslararası kuruluşların çalışmaları da bulunmaktadır.<sup>166</sup> Sözleşmenin taraflarınca bu çalışmalarda yer alan hüküm önerileri dikkate alınabilir.

KÖİ sözleşmelerinde mücbir sebep konusu, sözleşmenin sona ermesi başlığında incelenmiş olsa da mücbir sebebin sonuçlarına ilişkin hususlar taraflara bırakılmıştır. Dolayısıyla mücbir sebep ortaya çıktığında borcun ifası imkânsız hale geliyorsa söz konusu durumun doğrudan haklı fesih sebebi sayılacağı kararlaştırılabileceği gibi, imkânsızlığın belirli bir süre devam etmesi ve ancak o sürenin sonunda sözleşmenin feshedilebileceği de kararlaştırılabilmektedir. Örneğin, mücbir sebep hallerinden biri olarak sözleşmede belirtilen ekonomik bunalım durumunun, doğrudan taraflara sözleşmeyi feshetme hakkı vermek yerine, belirli bir süre devam etmesi durumunda feshe sebep olması daha yerinde olacaktır. Ancak örneğin, eserin inşa edileceği yapılacağı arazide yapım aşamasında tarihi eser veya arkeolojik kalıntı ortaya çıkmışsa, bu durumda belirli bir süre beklemeye gerek olmayıp mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi daha yerinde olacaktır.

---

<sup>166</sup> Örnek için bkz. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/force-majeure-checklist/sample-clauses>

Mücbir sebep nedeniyle KÖİ sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için tarafların, sözleşmeden doğan taahhütlerin yerine getirilmesinin telafisi mümkün olmayacak şekilde engellendiği hususunda mutabık kalması gerekmektedir.<sup>167</sup> Mutabık kalınması halinde sözleşme feshedilebilecek; feshin sonucunda sözleşme ileriye etkili olarak sona erecek ve henüz ifa edilmemiş borçların ifası talep edilemeyecektir. Mücbir sebebin sonuçlarına ilişkin hususların sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerekmektedir. Buna göre, örneğin proje şirketine bu tür durumlar için eserin sigorta ettirilmesi borcu yüklenebilir. Böyle bir durumda risk meydana geldiğinde sigorta tarafından karşılanmayan zararlar da proje şirketince karşılanacaktır. Diğer taraftan, eser inşası aşamasında mücbir sebep ortaya çıktığında, idare ile şirketin hasara birlikte katlanacağına veya yalnızca idarenin hasara katlanacağına ilişkin hükümler de eklenebilir. Böyle bir durumda ise, şirketin proje için harcadığı öz sermayesi ve o güne kadar inşaat için yaptığı harcamalar idare tarafından proje şirketine ödenecektir. İnşa edilen eser, yapıldığı kısmı kadarıyla idareye teslim edilecektir. Yine işletme döneminde mücbir sebep nedeniyle sözleşme feshedilirse, proje şirketinin yaptığı harcamalar o güne kadar elde ettiği kârı da dikkate alınarak iade edilecek ve tesis idareye teslim edilecektir. KÖİ sözleşmesinde bu konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmaması halinde, mücbir sebebin sonuçlarına ilişkin, TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin imkânsızlık halleri ile genel hükümler kapsamında sonraki kusursuz ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir. Belirtmek gerekir ki, KÖİ projelerinin büyüklüğünden ve öneminden dolayı bu tür riskleri de kapsayacak şekilde sigorta yapılması tarafların yararına olacaktır.

#### **4. Sözleşmenin Feshi**

Sözleşme ilişkisinin devamı, taraflardan biri için çekilmez hale geldiğinde tarafların tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmeleri mümkündür. Bu irade beyanının hangi hallerde ve ne şekilde kullanılacağına ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur. KÖİ sözleşmelerinin feshine ilişkin ise 6428 sayılı Kanunda ve Yönetmelikte genel düzenlemeler yapılmıştır. Yine ilgili mevzuatında özel bir hüküm bulunmayan hallerde sözleşmenin yapım döneminde feshine ilişkin eser sözleşmesinin feshi, işletme döneminde

---

<sup>167</sup> PEKGÜÇLÜ, s. 467.

feshine ilişkin ise kira sözleşmesinin feshi hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, kamu yatırımlarında her çıkar çatışmasında sözleşmenin feshedilmesi kamu hizmetlerinin kesintiye uğramasına ve kamusal zararların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Bu sebeple sözleşmelerde taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilafları fazla büyümeden çözümlenmeye yönelik imkânlar oluşturulmalıdır. Ne var ki, KÖİ sözleşmelerinde tarafların menfaat çatışmasının belirgin olarak ortaya çıktığı ve sözleşmenin devamının tarafların için çekilmez olduğu durumlarda sözleşmenin feshedilmesi yoluna gidilebilmekte ve böylece sözleşme süresinden önce sona erebilmektedir.<sup>168</sup>

#### 4.1. Genel Hükümler Uyarınca Sözleşmenin Feshi

Fesih, tek taraflı irade beyanı ile sözleşme ilişkisini ileriye etkili sona erdirmeye hakkıdır. Bu hak kanundan kaynaklanabilir veya sözleşme ile taraflara tanınabilir. Fesih hakkı, sürekli sözleşme ilişkilerinde mevcut olan bir haktır. Bozucu yenilik doğuran haklardan olduğu için fesih hakkı kullanıldığı an sonuç doğurur; ayrıca bir işlem yapmaya, dava açmaya gerek kalmaz.<sup>169</sup> Dolayısıyla özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerde, sözleşmede veya ilgili mevzuatında özel bir hüküm bulunmasa da sözleşmenin haklı nedenle feshi mümkündür. Haklı nedenin ne olduğu konusunda ise Türk Borçlar Kanununda genel bir tanım bulunmamasıyla birlikte özel hükümlerde yer alan haklı nedenle feshine ilişkin düzenlemelerden haklı nedenin tespitinde yararlanılabilmektedir. Buna göre haklı nedenle fesih TBK'da, adi kira (TBK m. 331), ürün kirası (TBK m. 369), hizmet (TBK m. 435), ölünceye kadar bakma (TBK m. 617) ve adi şirket (TBK m. 639/7) sözleşmelerinin sona erdirilmesi konularında düzenlenmektedir.<sup>170</sup> Söz konusu hükümler incelendiğinde sözleşmenin feshi için haklı sebep kavramı, sözleşmeye devamı çekilmez hale getiren bir olgu olarak tanımlanmaktadır. Bu olgunun ortaya çıkmasında tarafların kusurunun bulunmasına da gerek yoktur.<sup>171</sup>

<sup>168</sup> BAYAZIT, s. 374; ÖZKAYA HAYKIR, s. 48; YESCOMBE, s. 154.

<sup>169</sup> EREN Fikret, Genel Hükümler, s. 1285.

<sup>170</sup> İŞİTMEN Özge, Akdi veya Kanuni Bir Temele Dayanmayan Fesih Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 32; ÖZKAYA HAYKIR, s. 50

<sup>171</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 484-485.



Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali sözleşmeyi fesih için haklı sebep oluşturmaktadır. Söz konusu ihlal hallerini Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri kapsamında üç ana başlığa ayırarak incelemek mümkündür: Kusurlu ifa imkânsızlığı, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve borçlunun temerrüdü halleri. Kusurlu ifa imkânsızlığı, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasından sonra borçlunun kusuru nedeniyle edimin ifasının mümkün olmamasıdır. Kusurlu imkânsızlık halinde TBK 112. ve 136. maddeleri gereği, borç imkânsız hale geldiği için, alacaklının aynen ifayı talep hakkı mevcut değildir. Bu sonuç, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olup olmadığından bağımsız olarak ortaya çıkmaktadır. Kusurlu imkânsızlık halinde alacaklı, sona eren aynen ifayı talep hakkı yerine, uğradığı zararların tazminini talep hakkına sahip olmaktadır.<sup>172</sup>

Gereği gibi ifa etmeme, borcun tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmemesidir. TBK'nın 112. maddesi kapsamında düzenlenen borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklı, borçluyu temerrüde düşürerek temerrüde ilişkin hükümlere başvurabilmekte veya sözleşmeyi feshederek zararının tazminini talep edebilmektedir.<sup>173</sup>

Borçlunun temerrüdü ise edimin ifası mümkün olduğu halde vaktinde ifa edilmemesidir.<sup>174</sup> Türk Borçlar Kanununda detaylı bir şekilde düzenlenen borçlunun temerrüdü halinde, alacaklının seçimlik hakları bulunmaktadır. Buna göre borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını veya sözleşmeden dönerek menfi zararını talep edebilmektedir. Kanunun ifade tarzından dolayı doktrinde sözleşmeden dönme ve menfi zarar tazmini ile aynen ifa talebinden vazgeçip müspet zararın tazmini seçimlik hakları karşılıklı olarak konumlandırılmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre temerrüt sonucu sözleşmeden dönme halinde müspet zararların tazmini mümkün değildir.<sup>175</sup> Diğer bir görüş ise sözleşmeden dönen alacaklının zararının giderim talebinin menfi zararlarla sınırlandırılmasının hakkaniyetli olmadığı yönündedir.<sup>176</sup> Biz de, söz konusu hükmün katı yorumlanmaması,

---

<sup>172</sup> ÖZÇELİK Ş. Barış, Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, AÜHF, Sa. 63 (3), 2014, s. 572; REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku, 2013, s. 347-348.

<sup>173</sup> İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2014, s. 604.

<sup>174</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 1058-1068; KILIÇOĞLU, s. 875; İNAN, s. 618.

<sup>175</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1998, s. 268.

<sup>176</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, s. 638.

sözleşmeden dönme halinde alacaklının müspet zarar tazmini talebi hakkının ortadan kaldırılmaması gerektiğini düşünmekteyiz.<sup>177</sup>

Ani edimli sözleşmelerde işlerlik kazanan borçlunun temerrüdünde sözleşmeden dönme hakkı, sürekli edimli sözleşmelerde fesih hakkına dönüşmekte olup Türk Borçlar Kanununda konuya ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. TBK'nın 126. maddesinde yer alan ilgili düzenlemede “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükmün lafzından, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde fesih halinde borçlunun yalnızca müspet zararı isteyebileceği yönünde bir anlam çıkmaktadır. Maddenin gerekçesinde ise alacaklıya seçimlik bir hak olarak, sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteme hakkının tanındığı ve bu zararın müspet zarar niteliği taşıdığı ve borçlunun temerrüdü halinde, onun sahip olduğu seçimlik hakların kapsamında, ani edimli sözleşmelere göre herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Madde gerekçesi düzenlenirken müspet zararın menfi zarardan fazla olacağı görüşü ile hareket edilmiş ise de tam tersi de mümkün olabilecektir. Bu nedenle sürekli borç ilişkilerinin feshinde sadece müspet zararın tazmin edilebileceği değil, somut olay çerçevesinde alacaklı lehine ise menfi zarar tazmininin de mümkün görülmesi gerekmektedir.<sup>178</sup> İfasına başlanmış bir KÖİ sözleşmesinde, geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönme mümkün olmadığından,<sup>179</sup> fesih hakkı kullanılarak, bu hakkın kullanılmasından itibaren borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erecek ve sözleşmeyi fesheden taraf sözleşmenin vaktinden önce sona ermesi sebebiyle uğramış olduğu zararın (menfi veya müspet zarar) tazminini talep edebilecektir.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> TÜMERDEM Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Doktora Tezi, 2018, s. 238. Aynı yönde bkz. SEROZAN, s. 638.

<sup>178</sup> DOĞAN, s. 407; Aynı yönde bkz. BUZ, s. 84; SEROZAN, s. 127-128.

<sup>179</sup> Sözleşme serbestisi ilkesi gereği tarafların sözleşmede kararlaştırmaları halinde borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının dönme hakkına sahip olması mümkündür.

<sup>180</sup> Ancak Yargıtay 20.09.2007 tarihli bir kararında, KÖİ sözleşmesinin feshi halinde fesih hakkını kullanmış olan tarafın müspet zararın tazminini isteyemeyeceğini kararlaştırmıştır: “Gerçekten de TBK'nun 106 ve 108 inci maddeleri uyarınca genel kural sözleşmeyi fesheden tarafın kar kaybı alacağını talep edemeyeceği, bu alacağın müspet zarar kapsamına girdiğidir. Sözleşmeyi haklı sebeplerle fesheden davacının menfi zarar kapsamına giren zarar kalemlerini alabileceği ortadadır. Bu zararlar davanın birinci bölümünü oluşturan, altyapı giderleri yani madenin işletilmeye açılabilmesi için davacı tarafından yapılan gerçek harcamalar ile madenin çalışmasının askıya alındığı tarih ile akdin feshedildiği tarih arasında geçen süre için madende bulundurulmuş personele ödenen para, makine ve ekipmanların bakım ve onarım gibi masrafları ve madenin

Menfi ve müspet zararın ne olduğuna değinmek gerekirse; müspet zarar, borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesinden dolayı meydana gelen zarardır. Müspet zararın kapsamına, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmeler ile borç gereği gibi ifa edilseydi alacaklının malvarlığında meydana gelmesi muhtemel olan artışlar girmektedir.<sup>181</sup> Örneğin, 20 yıl işletme süresi kararlaştırılan bir KÖİ sözleşmesinde 20 yıl boyunca kira bedeli ödemesi alacak olan proje şirketi yoksun kalınan karını müspet zarar kapsamında talep edebilir. Menfi zarar ise, alacaklının sözleşmeyi hiç kurmamış olsaydı uğramayacak olduğu zarardır. Menfi zararın tazmini kapsamında talep edilen ilk zarar kalemi, sözleşmenin kurulması için yapılan masraflardır.<sup>182</sup> Örneğin, proje şirketinin sözleşmenin kurulması için aldığı teknik ve hukuki danışmanlık hizmetleri, projenin finansmanı için aldığı kredi bu kapsama girmektedir. Sözleşmenin vaktinden önce sona ermesi sebebiyle alacaklı üçüncü kişilere birtakım ödemeler yapmak zorunda kalmışsa bunların da tazmini menfi zarar kapsamında talep edebilir. Yine, alacaklı borçlunun temerrüde düştüğü sözleşmeyi kurması sebebiyle bir başka sözleşme kurma fırsatını kaçırmış olabilir. Bu çerçevede menfi zarar kapsamında, temerrüde düşen borçluyula sözleşme yapıp diğer bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması sebebiyle yoksun kaldığı karın tazminini elde edebileceği değerlendirilmektedir.<sup>183</sup>

Sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeyi fesheden taraf TBK'nın 126. maddesi gereği ifa ve gecikme tazminatı istemek yerine feshi tercih ettiği için bu kalemleri talep edememektedir. Fesih halinde sözleşme ilişkisi ileriye etkili olarak sona ermekle birlikte proje şirketinin kullandığı yatırım arazisi ve/veya tesisin mülkiyeti idareye ait olduğu için bu unsurların idareye iadesi gerekecek, bu sebeple idarenin de şirketin yatırımda kullandığı ve işletme döneminde geri alamadığı harcamaları iade etmesi gerekecektir. İlave olarak, feshe yol açan haklı nedenin doğumunda taraflardan birinin kusuru var ise, bu halde tazminat sorumluluğu da gündeme gelebilecektir.<sup>184</sup>

---

*her an işletmeye hazır tutulabilmesi için zorunlu bulunan harcamalardır.”* Yargıtay 15. HD, E. 2006/2673, K. 2007/5513. Ancak sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olan KÖİ sözleşmesinin feshi halinde müspet zararın talep edilebileceği TBK'nın 126. maddesi gereği açıktır. Fakat eski Türk Borçlar Kanununda benzer bir düzenleme yer almamaktaydı. Yine de doktrinde bu konuda örtülü bir boşluk olduğu kabul edilerek sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin feshi halinde menfi ve müspet zararın talep edilebileceği kabul edilmekteydi. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, s. 84; SEROZAN, s. 127-128.

<sup>181</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 1078; KILIÇOĞLU, s. 930.

<sup>182</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 1148; KILIÇOĞLU, s. 931.

<sup>183</sup> KILIÇOĞLU, s. 931; TÜMERDEM, s. 247-251.

<sup>184</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 488-490.

Sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin bu özellikler, kanunda düzenlenmemiş olan sürekli borç ilişkileri için de geçerli olduğundan, KÖİ sözleşmesinin feshi için haklı neden aranmaktadır. Sürekli borç ilişkisi yaratan KÖİ sözleşmesinde de, geçmişe etkili dönmenin yerini ileriye etkili fesih alacağı için,<sup>185</sup> Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinde, ani edimli borç ilişkileri esas alınarak öngörülen sona erme halleri, KÖİ sözleşmelerine aynı şekilde uygulanamamaktadır. Dolayısıyla, yukarıda bahsedilen borca aykırılık halleri ortaya çıktığında, haklı neden doğmuş olacak ve dönme yerine fesih hakkı kullanılabilir.<sup>186</sup> Ancak sınırlı hallerde KÖİ sözleşmelerinde dönme hakkının da kullanılabilirliğinden bahsedilmişti. Örneğin, yüklenicinin işe başlama borcunu ifa etmemesi durumunda idarenin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Bu halde, taraflar arasındaki sürekli borç ilişkisi henüz başlangıç aşamasında olduğundan ve borçlar henüz ifa edilmeye başlamadığından sözleşmeyi geçmişe etkili sona erdirmek mümkündür.

#### 4.2. Özel Hükümler Uyarınca Sözleşmenin Feshi

Karma bir sözleşme olan KÖİ sözleşmeleri, isimli sözleşmelere ilişkin hükümler içerdiğinden eser sözleşmesi ve kira sözleşmesinin feshine ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde KÖİ sözleşmelerine kıyasen uygulanabilmektedir. Ancak ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinin feshe ilişkin hükümleri sürekli edimli bir sözleşme olan KÖİ sözleşmelerine uygulanırken dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede eser sözleşmesine ilişkin fesih hallerinin KÖİ sözleşmelerine benzer şekilde uygulanabileceği ancak uygulama şeklinin farklı olabileceğini söylemek mümkündür.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> Doktrinde de sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeden dönme yerine fesih hakkının kullanılabilirliği genel olarak kabul görmektedir: *Serozan*'a göre sürekli sözleşme ilişkilerinde tarafları ifa engellerine karşı koruyacak olan yenilik doğurucu hak dönme değil fesihtir; SEROZAN, s. 180; *Buz* da, sürekli borç ilişkilerinde geçmişe etkili dönme hakkının kullanılmayacağı düşüncesini kabul etmektedir. Ancak bu görüşün aynen iadenin mümkün olmaması gerekçesine dayandırılmaması gerektiğini, bu gerekçenin abartılı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkının kullanılmasındaki asıl engel, geçmişe etkili sona ermenin tarafların ve özellikle alacaklının menfaatinin dönme açısından uygun bulunmamasıdır. Dolayısıyla, alacaklının menfaatinin dönme gerektirdiği istisnai hallerde dönme hakkı da kullanılabilir; BUZ, s. 321.

<sup>186</sup> ÖZKAYA HAYKIR, s. 50; PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 485.

<sup>187</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s.493-497.

#### 4.2.1. Eser Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Düzenlemeler

Tarafların borçları kapsamında eser sözleşmesi hükümleri incelenirken, borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde sözleşmenin sona ermesine yol açan bazı konulara değinilmişti. Bu başlık altında ise TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde hukuki ilişkinin sona ermesine imkân veren çeşitli haller toplu bir şekilde incelenecektir.

Eser sözleşmesinde ilk olarak sözleşmenin sona ermesi hali yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcu kapsamında düzenlenmektedir. TBK 473/1'e göre, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır.<sup>188</sup> Daha önce bahsedildiği üzere, ifasına başlanmış sürekli edimli borç ilişkilerinde dönme hakkının yerini fesih hakkı alacağı için henüz ifaya başlanmamış durumlar hariç sözleşme ileriye etkili sona erecektir. Madde hükmüne göre eser sözleşmesi sona erdiğinde, iş sahibi müteahhide ücret ödemek borcundan kurtularak daha önce ödediği ücretin iadesini talep edebilecek, yüklenici ise, eserin daha önce yerine getirilmiş kısmını iade edecektir. Eserin yerine getirilmiş kısmı bir değer ifade ediyor ise, yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak katlandığı masrafların eserin bu kısmına karşılık gelen tutarını talep edebilecektir.<sup>189</sup> KÖİ sözleşmelerinde ise proje şirketinin, kendisine izafe edilecek bir nedenle işe geç başlaması veya işe başladıktan sonra sözleşmeye aykırı olarak ara vermesi halinde, TBK'nın 473/1. maddesi uyarınca yapılacak fesih, ileri etkili olacak; arazi idareye ait olup, tesisin yapılan kısmı da idareye devredildiğinden, finansman temini borcunun fesih anına kadar ifa edilen ve fakat işletme gelirinden geri alma imkânı kalmayan kısmının proje şirketine iade edilmesi gerekecektir. Ancak, proje şirketinin faiz veya kârını talep edemeyeceği kabul edilmektedir.<sup>190</sup>

Eser sözleşmesinin sona ermesi kapsamında TBK'da düzenlenen ikinci hal ise ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmedir. Yüklenicinin eseri ayıplı şekilde ifası halinde iş sahibinin seçimlik haklarından biri olan sözleşmeden dönme, KÖİ sözleşmelerine uygulandığında

<sup>188</sup> ERZURUMLUOĞLU Erzan, Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2012, s.171.

<sup>189</sup> ARAL/AYRANCI, s. 366.

<sup>190</sup> ÖZKAYA HAYKIR, s. 52-53; PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 501-502.

ileriye etkili sonuç doğurmaktadır. KÖİ sözleşmelerinde proje şirketinin eseri ayıplı ifası halinde idareye sözleşmeyi fesih yetkisi tanımak yerine, sözleşme dönemi içinde onarım imkânı mevcut olduğu sürece, ayıbın giderilmesi yoluna gidilmesi, eğer onarım imkânı bulunmuyor ve tesisin mevcut haliyle işletmeye açılması da mümkün değil ise, bir imkânsızlık halinin varlığı kabul edilerek, proje şirketinin bu imkânsızlığın doğumunda kusurlu olup olmamasına göre uygulanacak hükümlerin tespit edilmesinin en uygun çözüm olacağı değerlendirilmektedir.<sup>191</sup> Nitekim çalışmamızın ilerleyen kısımlarında KÖİ sözleşmelerinde feshe ilişkin özel düzenlemeler incelenirken, ayıp halinde derhal fesih yerine ihtar, süre verme gibi mekanizmaların öngörüldüğünden bahsedilecektir. KÖİ sözleşmesi ayıp nedeniyle feshedildiğinde yine feshin sonucu olarak tarafların borçları sona erecek, buna karşın fesih hakkının kullanıldığı ana kadar geçen dönemde ifa edilmiş bütün borçlar geçerliliğini koruyacak ve bunlar için bir geri verme borcu doğmayacaktır. Öte yandan, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte yararlanma hakkının konusu olan şeylerin iadesi gerekeceği için, proje şirketi tesisi idareye teslim ederken, idarenin de proje şirketinin tesisin yapımı için kullandığı ancak işletme döneminde alamadığı finansmanı proje şirketine (kâr veya faiz ödemeksizin) iade etmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>192</sup>

Eser sözleşmesinin sona ermesine ilişkin TBK’da düzenlenen üçüncü husus götürü veya yaklaşık bedelin aşılması konusudur. Eserin bedelinin götürü olarak belirlenmesi halinde düzenlendiği TBK’nın 480’inci maddesinin ikinci fıkrasında *“başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse”* yüklenicinin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep etme, bu mümkün değilse sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmektedir. Diğer taraftan TBK’nın 482. maddesinde yaklaşık bedelin aşılması hali düzenlenmekte ve başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa iş sahibinin, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebileceği düzenlenmektedir. Götürü bedel, eserin inşasının karşılığında net bir ücretin belirlenmesiyle, yaklaşık bedel usulünde yapılan masraflara göre değişebilecek bir ücret belirlenmektedir. KÖİ sözleşmelerinde eser sözleşmesinden farklı olarak, ücret borcu bulunmamakla birlikte, idarenin kira bedeli ödeme borcu proje şirketinin karşı edim

<sup>191</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 504.

<sup>192</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 504-505.

alacağını oluşturmakta ve bu karşı edim alacağı götürü bedele benzetilebilmektedir.<sup>193</sup> KÖİ sözleşmelerinde de sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kapsamında belirtildiği üzere mücbir sebepler, olağanüstü haller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağını anlaşılması halinde kira bedelinin güncellenmesine yönelik değişiklik yapılabilecektir. Söz konusu değişikliğin mümkün olmaması halinde ise proje şirketinin sözleşmeyi feshedebileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Eser sözleşmesinin sona ermesi kapsamında düzenlenen hususlardan bir diğeri olan tazminat karşılığı fesih TBK'nın 484. maddesinde yer almaktadır. Sözleşme özgürlüğü ilkesiyle açıklanabilecek olan tazminat karşılığı fesih hakkı, iş sahibinin, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshetme hakkıdır. Herhangi bir gerekçe göstermeksizin iş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesinin tek şartı henüz eserin inşasının tamamlanmamış olmasıdır.<sup>194</sup> Sözleşmeyi bu şartlarda feshetmek isteyen iş sahibi, inşaatın fesih beyanına kadar yapılmış olan kısmının bedelini ödemekle yükümlüdür. İlave olarak iş sahibi, sözleşme uygun olarak ifa edilseydi yüklenici hangi durumda bulunacaksa yükleniciyi o duruma getirmeli, dolayısıyla yoksun kalınan karını tazmin etmelidir.<sup>195</sup> KÖİ sözleşmelerinde de sözleşme ilişkisine devam etmek istemeyen idare kamu yararı görüyorsa, proje şirketinin yaptığı harcamaları, yoksun kalınan kârını ve sözleşmenin feshi sebebiyle uğrayacağı zararları ödemek kaydıyla sözleşmeyi feshedebilmektedir.<sup>196</sup>

Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri kapsamında yer alan sonraki imkânsızlık durumu, eser sözleşmesinin sona ermesine ilişkin düzenlemelerde iki özel hüküm ile düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, yüklenicinin işi tamamlama borcunun, iş sahibi ile ilgili meydana gelen beklenmedik bir olay yüzünden imkânsızlaşmasını düzenleyen 485'inci madde, diğeri ise, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olduğu sözleşmelerde, ölümü ya da kusuru olmaksızın işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi halini düzenleyen 486'ncı

<sup>193</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 512.

<sup>194</sup> GÜMÜŞ M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 2015, s. 352; TANDOĞAN, s. 343.

<sup>195</sup> TANDOĞAN, s. 347-348.

<sup>196</sup> Aksi yönde bkz. PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 525. Yazar, tesisin inşasının sadece yatırım sahibinin menfaatine değil, aynı zamanda yatırımcının da menfaatine hizmet etmekte olması sebebiyle, yatırım sahibinin, kendisi açısından yapacağı bir fayda zarar değerlendirmesine dayalı olarak, sözleşmeyi feshetmek hakkı olduğunun kabul edilemeyeceğini, bu şekilde bir fesih hakkı tanınması ve bunun karşılığında da yatırımcıya varsayımsal olarak hesaplanacak bir müspet tazminat verilmesinin, yatırımcının ifa menfaatini karşılamaya yetmeyeceğini ve menfaatler dengesinin yatırım sahibi lehine bozulmuş olacağını ifade etmektedir.

madde hükmüdür.<sup>197</sup> İlk durumda borcun, yüklenicinin kusuruyla veya kusuru olmaksızın sonradan imkânsızlaşması hali düzenlenmekle birlikte (esasen yükleniciden bağımsız olarak işsahibinden kaynaklı durumlar), ikinci durumda sözleşmenin sona ermesinde kusur mevcut değildir. Borcun ifasının işsahibinin kusuruyla imkânsızlaşması halinde objektif bir imkânsızlık ortaya çıkmış olmalıdır. Bu imkânsızlık işsahibinin şahsından veya onun riziko alanından doğan beklenmedik bir olaydan kaynaklanabilmektedir. Toprak kayması sonucu arazinin inşaat yapılamaz duruma gelmesi veya inşaat yapılacak araziye daha sonra yetkili makamlarca inşaat yasağı konulması halleri bu duruma örnek gösterilebilir. Söz konusu durumlar ortaya çıktığında sözleşme fesih beyanına dahi ihtiyaç duyulmadan kendiliğinden ileriye etkili olarak sona ermektedir. Sözleşme sona erdiğinde yüklenici, sona erme anına kadar yaptığı işin değerini ve diğer masraflarının ödenmesini talep edebilirken, iş sahibi ise eserin imkânsızlık anına kadar yapılmış olan kısmının kendisine devrini talep edebilmektedir. İfanın imkânsızlaşmasına işsahibi kusuruyla sebebiyet vermişse yüklenici müspet zararın tazminini de talep edebilmektedir.<sup>198</sup> KÖİ sözleşmelerinde ise, proje şirketinin inşa borcunu tamamlaması idareden kaynaklanan sebeplerle imkânsız hale gelirse TBK'nın 485. maddesi uyarınca sözleşmenin sona erebileceği kabul edilmektedir. KÖİ sözleşmesinin ileriye etkili şekilde sona ermesinin sonucu olarak, proje şirketinin, imkânsızlık anına kadar ifa ettiği finansman borcu nedeniyle, idarenin kullanımına sunmuş olduğu ve fakat yatırımdan elde edeceği gelirden geri alınması imkânı kalmayan mali kaynağın, kendisine iadesini ve idarenin kusurlu olması halinde, TBK'nın 485/2. maddesinin kıyasen uygulanması yolu ile müspet zararının tazminini talep edebileceği ileri sürülmektedir.<sup>199</sup>

Yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi sebebiyle sözleşmenin sona ermesi konusunda ise, KÖİ sözleşmelerinde sözleşmenin özel sektör tarafı olan proje şirketi bir tüzel kişi olmak zorunda olduğundan söz konusu hüküm KÖİ sözleşmeleri için anlam ifade etmemektedir.

Son olarak eser sözleşmesinin sona erme sebeplerinden bir diğeri olan eserin yok olması konusuna değinmek gerekmektedir. TBK'nın 483. maddesi kapsamında düzenlenen eserin yok olması halinde, eser henüz işsahibine teslim edilmemişken yok olursa yüklenici

<sup>197</sup> ÖZKAYA HAYKIR, s. 58.

<sup>198</sup> ARAL/AYRANCI, s. 403-404; GÜMÜŞ, Kısa Ders Kitabı, 2015, s. 356-358.

<sup>199</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 529-530; ÖZKAYA HAYKIR, s. 59.



bu zarara katlanmak zorundadır. Esasen mücbir sebep olarak değerlendirilebilecek bir olay sonucu eser yapım aşamasında yok olursa buna ilişkin tarafların haklarının KÖİ sözleşmelerinde düzenlenmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla mücbir sebep sonucu (örneğin deprem) eser yok olmuşsa, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde taraflar zarara katlanacaktır. KÖİ projeleri, yapımı için büyük finansman gerektiren projeler olduğu için bu tür risklere karşı sigortalanması gerekmektedir. Söz konusu sigorta ettirme borcu ise sözleşme süresi boyunca eserin kullanım ve yararlanma hakkına sahip olan proje şirketinin yükümlülüğündedir. Sözleşme gereği böyle bir borç kararlaştırılmışsa ve proje şirketi bu borcunu ifa etmemişse eserin yok olması karşısında oluşan masraflara kendisi katlanmalıdır. Ancak KÖİ sözleşmesinde mücbir sebeplere karşı sigorta yapılacağına dair bir hüküm bulunmuyorsa ve yine sözleşmede mücbir sebep sonucunda oluşacak hasarlara karşı tarafların haklarına ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa TBK'nın ilgili hükmü gereği bu hasara proje şirketinin katlanması gerekmektedir.

#### **4.2.2. Kira Sözleşmesine İlişkin Fesih Düzenlemeleri**

Yap-kirala-devret modelinin uygulanmasına yönelik akdedilen, sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmeleri adi kira sözleşmelerine ilişkin hükümler içermektedir. Bu modelde, kiracı konumunda yer alan idare ile kiraya veren konumundaki proje şirketinin borçlarından daha önce bahsedilmiştir. Türk özel hukukunda yap-kirala-devret sözleşmelerini inceleyen bir kaynağa rastlanılmamakla birlikte, bu başlık altında Türk Borçlar Kanunu kapsamında yer alan kira sözleşmesinin sona ermesine yönelik düzenlemelerden ve KÖİ sözleşmelerine uygulanabilirliğinden bahsedilecektir.

Kira sözleşmesi kapsamında, kiracının asli edim yükümlülüğü olan kira bedeli ödeme borcunun ifa edilmemesi halinde kiraya veren sözleşmeyi feshedebilmektedir. TBK'nın 315. maddesinde düzenlenen, kiracının kira bedeli ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde, öncelikle kiracıya süre verilerek edimi ifa etmesi beklenmekte aksi halde sözleşme kiraya veren tarafından feshedilebilmektedir.<sup>200</sup> Bu durumda kira sözleşmesi ileriye etkili olarak ortadan kalkmakta ve kiraya veren kira konusunun iadesini talep edebileceği gibi, sözleşmenin sona ermesinden dolayı bir zararının olması halinde bunu da isteyebilmektedir. KÖİ sözleşmelerinde de idarenin asli edim yükümü olan kira bedeli

<sup>200</sup> ARAL/AYRANCI, s. 295-296; EREN, Özel Hükümler, s. 386.

ödeme borcu, sözleşmeye uygun ifa edilmezse sözleşme proje şirketince feshedilebilecektir. Ancak eserin mülkiyeti proje şirketinde olmadığından kira konusunun iadesini istemesi mümkün değildir. Bu sebeple proje şirketinin talebi, müspet veya menfi zararını istemekle sınırlı olacaktır.

Kira sözleşmesi kapsamında feshe ilişkin diğer bir düzenleme ise ayıptan doğan sorumluluk halleridir. Kiralanan, ayıplı bir şekilde teslim edilmişse kiracı borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilmekte, kiralanan sonradan ayıplı hale gelmişse kiracı sözleşmeyi feshedebilmektedir. KÖİ sözleşmelerinde, kira sözleşmesinin hükümlerinden önce eser sözleşmesi hükümleri uygulandığından, işletme döneminde ortaya çıkan ayıplar eserin inşası kapsamında yüklenicinin ayıplı ifası sonucu meydana gelebilmektedir. Dolayısıyla KÖİ sözleşmelerinde teslim anında eserde ayıp varsa veya sonradan ortaya çıkmışsa eser sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Söz konusu sorumluluk halleri ise proje şirketinin borçları kapsamında detaylı bir şekilde incelendiğinden burada tekrar değinilmeyecektir.

Kira sözleşmesinin feshi kapsamında TBK'da yer alan diğer bir düzenleme ise kiralananı özenle kullanma borcuna aykırılıktır. Kiracının kiralananı özenle kullanma borcuna aykırı hareket etmesi halinde kiraya veren, süre vererek aykırılığın giderilmesini isteme, aksi takdirde sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.<sup>201</sup> İdarenin borçları kapsamında incelenen kiralananı özenle kullanma borcuna aykırılık halinde sözleşme ilişkisini çekilmez hale getirmediği veya KÖİ sözleşmesinde açıkça belirtilmediği sürece proje şirketinin sözleşmeyi feshetme hakkı olduğunu düşünmemekteyiz. Zira adi kira sözleşmesinde kiracı, kiralananı özen borcuna aykırı kullandığında, kiraya verenin çıkarı zedelenmekte ve mülkiyet hakkı sahibi kendisi olduğu için zarara uğramaktadır. Ancak KÖİ sözleşmesinde kiracı olan idarenin kamu hizmeti sunduğu ve belirlenen süre sonunda mülkiyet hakkına sahip olacağı bir eseri özensiz kullanma ihtimali pek mümkün olmasa da, bu durum tek başına proje şirketini zarara uğratmamaktadır. Bu sebeple, proje şirketinin tek başına özensiz kullanım sebebiyle sözleşmeyi haklı olarak feshedemeyeceği değerlendirilmektedir.

Kira sözleşmesinin fesih hallerinden bir diğeri de kira ilişkisinin devamını taraflardan herhangi biri için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumudur.

---

<sup>201</sup> ARAL/AYRANCI, s. 295.

TBK'nın 331. maddesinde yer alan söz konusu düzenlemeye göre, kira ilişkisinin devamını beklenemez hale getiren önemli bir sebebin ortaya çıkması halinde taraflar, karşı tarafa yöneltecekleri tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi ileriye etkili olarak sonlandırabilmektedir. Hükümde genel bir ifadeyle kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren durumların önemli sebep sayılacağı belirtilmiş olup önemli sebebin ne olduğu hakkında bilgi verilmemiştir. Bu bağlamda, önemli sebep somut olaya, uyuşmazlık konusuna ve menfaatler dengesine göre değişebilecektir. Ancak önemli sebep, sözleşmenin kurulduğu sırada bilinmeyen, öngörülemeyen bir sebep olmalı ve yine sözleşmeyi feshedecek tarafın kusurundan ileri gelmemiş olmalıdır. Sözleşmeyi önemli sebeplerle fesheden tarafın, karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmesi gerekmektedir.<sup>202</sup> KÖİ sözleşmelerinde de önemli sebep halleri sözleşmede belirtilmemişse somut olaya göre değerlendirilecek ve bu kapsamda tarafların sözleşmeyi feshetme hakkı olabilecektir. Ancak idare sözleşmeyi önemli sebeplerle feshederse, karşı tarafın kusuru yoksa eserin inşasının finansmanı proje şirketi tarafından sağlandığı için, şirketin uğradığı zararı gidermesi gerekecektir. Eğer proje şirketi önemli sebeplerle sözleşmeyi feshederse, eser idareye bırakılacağı için, yine eserin inşası için harcadığı ancak daha sonra geri alamadığı masraflarının tazminini talep edebilecektir.

Kira sözleşmesinin feshi hallerinden son olarak kiracının iflası ve ölümü durumlarına değinmek gerekmektedir. TBK'nın 332. ve 333. maddelerinde, kiracının iflası halinde kiraya veren tarafından, kiracının ölümü halinde ise mirasçılar tarafından sözleşmenin feshinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. KÖİ sözleşmelerinde kiracı kamu idaresi olduğundan, söz konusu iflas ve ölümle ilgili hükümlerin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Ancak kamu idaresinin moratoryum ilan etmesi ihtimali mevcuttur. Böyle bir durumda proje şirketinin sözleşmeyi fesih hakkı doğmakta olup fesihten kaynaklanan zararlarını kamu idaresinden talep edebilmektedir.

Diğer taraftan, kiraya verenin iflası ve konkordato ilan etmesi durumlarına da değinmek gerekmektedir. TBK'nın 310. maddesine göre, kiralananın el değiştirmesi halinde kira sözleşmesi yeni kiraya veren ile devam etmektedir. Ancak KÖİ sözleşmelerinde proje şirketi kiralananın mülkiyetine sahip olmayıp yalnızca üst hakkına sahiptir. Üst hakkının ise proje şirketinin iflası halinde el değiştirmesinde yasal bir engel bulunmamakla birlikte, ihale sonucu ihaleyi kazanan şirketle imzalanan KÖİ

<sup>202</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 384-385.

sözleşmesinin, üst hakkının devri yoluyla yeni bir şirketle devam ettirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla proje şirketinin iflası halinde idare sözleşmeyi feshedecektir. Proje şirketinin konkordato ilan etmesi halinde ise idarenin fesih hakkına sahip olup olmayacağına ilişkin olarak İcra İflas Kanunu'nun 296. maddesini dikkate almak gerekmektedir. Zira söz konusu hükme göre, KÖİ sözleşmesinde proje şirketinin konkordato ilan etmesinin, idare açısından haklı bir fesih sebebi sayılacağı kararlaştırılmışsa da bu hükümler borçlunun konkordato ilan etmesi durumunda uygulanmaz. Bu sebeple, proje şirketinin konkordato ilan etmesi halinde idare sözleşmeyi haklı nedenle feshedemeyecektir.

KÖİ sözleşmeleri belirli süreli sözleşmeler olduğundan belirsiz süreli kira sözleşmelerinin fesih bildirimini ile sonlandırılmasına ilişkin hükümlerin KÖİ sözleşmelerine uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.<sup>203</sup>

### 4.3. KÖİ Sözleşmelerinde Fesih Düzenlemeleri

KÖİ sözleşmelerinde fesih konusu Yönetmelikte tek hüküm altında ve sözleşmenin farklı aşamalarını içerecek şekilde düzenlenmiştir. Buna göre Yönetmeliğin 62. maddesinin birinci fıkrasında ilk olarak yapım dönemindeki fesih halleri düzenlenmektedir: *“Yüklenicinin, yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra yatırım döneminde sözleşme kapsamındaki taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde, sözleşmede belirlenen derhal fesih halleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi halinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması halinde idare tarafından, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir.”* Söz konusu hükümde, yapım döneminde yüklenicinin kusuru sebebiyle fesihten bahsedilmektedir. KÖİ sözleşmelerinde fesih hallerine ilişkin

<sup>203</sup> PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 542; ÖZKAYA HAYKIR, s. 63-64.

düzenlemeler sözleşmeye bırakılmış olmakla birlikte, Yönetmelikte yüklenicinin yapım döneminde taahhüdünden vazgeçmesi ve taahhüdünü gereği gibi ifa edememesi halleri olmak üzere iki genel durumda idareye fesih hakkı tanınmaktadır. Diğer taraftan, Yönetmelikte derhal fesih halleri ile diğer fesih hallerinin sonuçları birbirinden ayrılmıştır. Derhal fesih hallerinin ne olduğu belirtilmemekle birlikte, sözleşmeye devamın bir tarafça mümkün olmayan, telafisi imkânsız bir durumun ortaya çıktığı haller olarak değerlendirilmektedir. Örneğin proje şirketi iflas ettiğinde durumu telafi etmesi için şirkete süre vermek anlamlı olmayacağından, şirketin iflasının idare tarafı için derhal fesih hakkı doğurduğu kabul edilebilir. Diğer hallerde ise sözleşmeyi derhal feshetmek yerine öncelikle, fesih hakkı doğuran durumları da belirten bir ihtarla yükleniciye durumu bildirmek ve telafi etmesi için süre tanımak gerekmektedir. Zira KÖİ projeleri hem yükleniciler, hem projeye finans sağlayanlar hem de projenin yapıldığı ülke için önem arz eden yatırımlardır. O nedenle projenin feshedilmesi yalnızca o proje için değil genel olarak ülke için, o ülkeye yatırım yapmayı düşünen yerli/yabancı yatırımcılar için ve o ülkedeki yatırımlara finansman sağlamayı düşünen yerli/yabancı finansörler için olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle KÖİ sözleşmesinin feshi, mümkün olan her yol kullanıldıktan sonra en son başvurulması gereken bir kurumdur.

Yönetmeliğin “Sözleşmenin feshi” başlıklı 62. maddesinde proje şirketinin yapım döneminde sözleşmeye aykırı davranması halinde, idarenin durumu telafi etmesi için şirkete verdiği sürenin sonunda hala taahhütler yerine getirilememişse, proje şirketinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yaptırılması gerektiği düzenlenmektedir. Proje şirketi, daha önce bahsedildiği üzere, ihaleyi kazanan isteklilerce kurulan bir anonim şirkettir. İdarenin, bir anonim şirketin ortaklık yapısını üstün yetkisini kullanarak değiştirmesi Türk hukuku kapsamında mümkün değildir. Zira şirkete ortak olma iradesi olmayan veya şirketteki ortaklığından ayrılmak istemeyen bir kişinin, kamu idaresi tarafından buna maruz bırakılması hukuken imkânsızdır. Dolayısıyla hükümde bahsedilen ortaklık yapısının değiştirilmesi mekanizması, idare ile -kabul etmesi halinde- finans sağlayıcıların proje şirketine, sözleşmenin feshedileceğini ancak ortaklık yapısında değişikliğe gidilmesi halinde sözleşmenin devam edebilme ihtimalinin olduğunu belirtmesi yoluyla bir nevi proje şirketinden ortaklık yapısının değiştirilmesi yönünde bir talep beyan etmekten ibarettir. Sözleşmenin feshedilmesini istemeyen proje şirketi, idare ve finans sağlayanlar tarafından gelen bu yönde bir talebi kabul ederek şirketin ortaklık yapısında

bazı değişiklikler yaparak sözleşmeyi devam ettirebilmektedir. Kabul etmemesi halinde ise sözleşme idare tarafından feshedilebilmektedir.

KÖİ sözleşmelerinin işletme döneminde feshi ise Yönetmeliğin aynı hükmünün ikinci ve üçüncü fıkralarında şu şekilde düzenlenmektedir: “*Yapım sözleşmelerinin işletme döneminde yüklenicinin, sözleşmede belirtilen hata puanının üzerine çıkması halinde finans sağlayıcılar, idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gidilmek suretiyle işin devamını sağlayabilir. Aksi halde idare tarafından sözleşme feshedilir. Yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi halinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin yazılı ihtardaki talimata uymaması halinde idare tarafından, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir. Taahhüdün yerine getirilmemesi dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi durumunda ise sözleşme derhal feshedilir.*” Sözleşmenin işletme döneminde feshinde proje şirketinin borcunu sözleşmeye uygun ifa etmemesi gibi genel bir ifade kullanılmamış olsa da, kuşkusuz bu hallerde de idarenin fesih hakkı doğacaktır. İşletme döneminde fesih, hata puanının üzerine çıkılması ve yüklenici tarafından yapılması kararlaştırılmış bazı yan hizmetlerin gereği gibi ifa edilmemesi olarak iki ana kategoride düzenlenmektedir. Hata puanı konusu Yönetmeliğin veya 6428 sayılı Kanunun başka herhangi bir hükmünde yer almadığından, Yönetmelikteki ifadede yüklenicinin işletme dönemindeki borçları için belirli puanlar kararlaştırılması gerektiği anlaşılmaktadır. Örneğin, yemek hizmetlerinin sunumundaki borca aykırılık tek başına idareye fesih hakkı vermeyebilirken, hem yemek hem temizlik hizmetlerinde borca aykırılık ortaya çıktığında idarenin fesih hakkı doğabilir. Yine işletme döneminde fesihte de derhal fesih halleri hariç olmak üzere önce proje şirketine durumu telafi etmesi için süre verilmekte, eğer durum telafi edilmemişse o zaman fesih hakkı doğmaktadır. Derhal fesih yoluna başvurabilmek için ise, sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliği hallerinin ortaya çıkması gerekmektedir. İşletme döneminde ortaya çıkabilen bu haller Yönetmeliğin 57. maddesinde şu şekilde sayılmaktadır: “*Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliği halleri şunlardır: a) Sağlık tesisinde tıbbi gaz sistemleri*

(oksijen, azot, hava, vakum ve atık) ve sterilizasyon şartlarını sağlayacak havalandırma sisteminin çalışmaması veya uygun hava filtrasyonu ve uygun iklimlendirme ve hijyen şartlarının sağlanamaması. b) Sterilizasyon ve dezenfeksiyon hizmetinin aksaması nedeniyle ameliyat hizmetlerinin yapılamaz hale gelmesi, sterilizasyon ünitelerinde güvenlik önlemlerinin alınmaması. ... f) Temizlik hizmetlerinin aksaması, 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". Söz konusu hallerin ortaya çıkması halinde sözleşme, idare tarafından derhal feshedilebilmektedir. Yine yukarıda bahsettiğimiz proje şirketinin ortaklık yapısının değiştirilmesi mekanizması, fesihden önceki bir çözüm yolu olarak işletme dönemindeki fesih hallerinde de mevcuttur.

KÖİ sözleşmelerinin feshine ilişkin olarak bahsettiğimiz düzenlemeler hükümden anlaşılacağı üzere idarenin fesih hakkını düzenlemektedir. Proje şirketinin fesih hakkı ise Yönetmeliğin aynı hükmünde genel bir şekilde düzenlenmektedir. Buna göre; "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." hükmüyle idarenin kusuru sebebiyle fesih halleri ile idarenin haksız feshinin sonuçları konuları sözleşmeye bırakılmıştır.

KÖİ sözleşmelerinde feshin sonuçlarına ilişkin 4749 sayılı Kanunun 8. maddesinde düzenlenen borç üstlenim taahhüdü mekanizmasına da değinmek gerekmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, Sağlık Bakanlığınca gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen KÖİ projelerinin uygulanmasına yönelik sözleşmelerde, sözleşmenin süresinden önce feshi halinde söz konusu proje için yurt dışından sağlanan finansman ve varsa bu finansmanın teminine yönelik mali yükümlülükler Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından üstlenilebilmektedir. Söz konusu mekanizma ile sözleşmenin proje şirketi kusuruyla feshi halinde ana kredi tutarının %85'i, proje şirketinin kusuru dışında feshi halinde ise ana kredi tutarının tamamı Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından üstlenilmektedir. Tekrar vurgulamak gerekir ki, borç üstlenim taahhüdü yalnızca yurtdışından sağlanan finansman için geçerlidir. Anlaşılacağı üzere bu

mekanizma ile büyük tutarlarda finansman gerektiren KÖİ projelerine yurtdışından finansman sağlamanın kolaylaştırılması amaçlanmaktadır.

Fesih oluşmadan borç üstlenimi devreye girmeyeceği için, Hazine ve Maliye Bakanlığınca imzalanan borç üstlenim taahhüdü anlaşması, Türk Borçlar Kanunundaki borcun iç üstlenimi anlaşmasına karşılık gelmektedir. TBK'nın 195 ile 204'üncü maddeleri arasında düzenlenen, borcun iç üstlenilmesi ve dış üstlenilmesi olarak ikiye ayrılabilen bu sözleşme ile üçüncü bir kişi borçlu ile sözleşme yaparak onu borcundan kurtarmayı taahhüt etmektedir. Borcun iç üstlenilmesi, doktrinde borçtan kurtarma taahhüdü (vaadi) şeklinde de ifade edilmektedir.<sup>204</sup> Hazine ve Maliye Bakanlığınca imzalanan borç üstlenim taahhüdü anlaşmaları borcun iç üstlenilmesi anlaşması niteliğindedir; KÖİ sözleşmesi feshedilirse iç üstlenme sözleşmesinin tarafları arasında ya borcun dış üstlenilmesi anlaşması imzalanmakta ya da Hazine ve Maliye Bakanlığı taahhüt ettiği borcu doğrudan ifa etmektedir.<sup>205</sup>

## **5. Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Yolu**

Kamu özel işbirliği sözleşmeleri uzun süreli akdedilen, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğundan sözleşme süresince taraflar arasında uyuşmazlık ortaya çıkması ihtimali yüksektir. Söz konusu uyuşmazlıklarda hangi hukukun uygulanacağı ve yargı yoluna ilişkin 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: *“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 kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.”* Hükümden anlaşılacağı üzere, KÖİ sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın esasına yabancı hukukun uygulanacağı kararlaştırılmamaktadır. Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukuku uygulanması kaydıyla tahkim yoluna başvurulacağını kararlaştırabilmektedir.

<sup>204</sup> OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. II, 2012, s. 571; EREN, Genel Hükümler, s. 1269.

<sup>205</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 572; EREN, Genel Hükümler, s. 1271; REİSOĞLU s. 475.



Kamu özel işbirliği sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri olduğundan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargı mercileri görevlidir. Yetkiye ilişkin ise, kamu idareleri ile özel hukuk kişileri arasında yapılan söz konusu sözleşmelerde yetki hükümleri kararlaştırılabilmektedir. Ulusal mahkemelerin yetkili kılınmak istenmediği durumlarda ise taraflar milletlerarası tahkim yoluna başvurulmasını kararlaştırabilirler. Tahkim, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların devlet yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kişiler aracılığıyla çözümlenmesidir. Bu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenebilmesi, bir tahkim sözleşmesi ile mümkündür.<sup>206</sup> Bu nedenle, KÖİ sözleşmesinde taraflar tahkim yoluna başvurmak istiyorsa, sözleşmeye bu yönde bir hüküm koymaları veya ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmaları gerekmektedir.

Tahkim sözleşmesi yoluyla uyuşmazlığın esasına da yabancı hukukun uygulanabileceği kararlaştırılabilirken, sağlık sektöründe uygulanan KÖİ sözleşmelerinde bahsi geçen emredici hüküm gereği bu mümkün değildir. Bu nedenle usule uygulanacak hukuka ilişkin tarafların seçme şansı varken, esasa ilişkin uyuşmazlıklarda bulunmamaktadır.

Kamu özel işbirliği sözleşmelerinde tahkimin kararlaştırılması yabancı yatırımcıya güven vermek açısından önemlidir.<sup>207</sup> Bu nedenle son zamanlarda milletlerarası tahkim, kamu özel işbirliği sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde daha tercih edilir bir hale gelmiştir.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> PEKCANITEZ Hakan, Medeni Usul Hukuku, c. III, 2017, s. 2593-2594; KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, 2013, s. 779.

<sup>207</sup> KEŞLİ, s. 292.

<sup>208</sup> UNCITRAL, s. 183.

## SONUÇ

Kamu hizmetlerinin daha etkin, verimli ve bütçeden kaynak ayırmadan yapılabilmesinin bir yöntemi olan kamu özel işbirliği modeli Türkiye’de uzun süredir uygulanmaktadır. Kamu özel işbirliği modelinin ismi zikredilmese de Osmanlı Döneminde de benzer modellerin uygulandığı görülmektedir.

Yap-işlet-devret, yap-kirala-devret, yap-işlet ve işletme hakkının devri modellerini kapsayan KÖİ modelinde risk ve getiriler özel sektör ile kamu sektörü arasında paylaşılarak projeler gerçekleştirilmektedir. Dünyada da yaygın olarak kullanılan bu model ülkemizde 90’lı yıllarda enerji sektöründe, son yıllarda ise daha çok ulaştırma ve sağlık sektörlerinde kullanılmaktadır.

KÖİ modelinin uygulanmasına yönelik imzalanan sözleşmelerin idari bir sözleşme mi, özel hukuk sözleşmesi mi olduğu yönünde 90’lı yıllarda uzun tartışmalar yaşanmış ancak nihayetinde özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde yasal düzenlemeler yapılmıştır. Tartışmalara esas olan KÖİ modeli olan yap-işlet-devret modeli, birçok çalışmaya konu olsa da hukukumuza daha sonraki yıllarda giren bir KÖİ modeli olan yap-kirala-devret modeli hakkında ne yazık ki Türk özel hukuku bağlamında bir çalışmaya rastlanılmamıştır. Bu çalışmada sağlık sektöründe uygulanan bir KÖİ modeli olan yap-kirala-devret modelinin uygulanmasına yönelik akdedilen KÖİ sözleşmeleri incelenmiştir.

Türkiye’de yalnızca sağlık ve eğitim sektörlerinde uygulanabilen yap-kirala-devret modelinde özel sektör tarafından inşa edilen tesis, kamu idaresine kiralanmaktadır. Bu ilişkinin sonucu olarak tarafların eser sözleşmesi ve kira sözleşmesindeki benzer bir takım borçları bulunmaktadır. Çalışmamızın temel kaynağı olan 6428 sayılı Kanun ve Yönetmeliği, sözleşmede yer alması gereken hususları genel hatlarıyla belirlemiş, çoğu hususu ise özel hukuk sözleşmesi olmasının gereği olarak tarafların iradesine bırakmıştır.

Bir proje fikri ortaya çıktığında bunu KÖİ modeli ile gerçekleştirmek isteyen idarenin ilk yapacağı husus, fizibilite etüdü hazırlatarak/hazırlayarak yetkilendirmeye ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararı almaktır. Söz konusu Kararın ardından ihaleye çıkan idare, ihaleyi kazanan şirketlerin yalnızca bu projeyi gerçekleştirmek için kurduğu proje şirketi

ile KÖİ sözleşmesini imzalamaktadır. Söz konusu sözleşme, kamu idaresi ile proje şirketi arasında yapım süresi hariç en fazla 30 yıllığına akdedilebilen ve karşılıklı borç yükleyen sürekli nitelikte karma bir sözleşmedir.

Sağlık sektöründe uygulanan bir KÖİ modelinin konusu, bir tesisinin inşa edilmesi ve belirli bir süre boyunca kamu idaresine kiralanmasıdır. Bu modelin uygulanmasına yönelik akdedilen bir KÖİ sözleşmesi ise, ilk olarak sağlık tesisinin yapımına ilişkin hükümler içerecektir. Bu kapsamda, tesis proje şirketi tarafından inşa edileceği için proje şirketinin eser sözleşmelerindeki yüklenicinin borçlarına, idarenin ise işsahibinin borçlarına benzer bazı borçları bulunmaktadır. En temel borcu kuşkusuz eserin inşa edilmesi olan proje şirketinin, bu borcunu ifa edebilmesi için finansmana ihtiyacı olacaktır. Bu finansmanı sağlaması karşılığında ise işletme döneminde tesisi idareye kiralarak kârını elde edecektir.

Proje şirketinin eser inşası borcunun tamamlayıcısı olarak işe zamanında başlama, malzeme sağlama, özen ve sadakat, basiretli bir iş adamı gibi davranma gibi bir takım borçları da bulunmaktadır. Söz konusu borçlara ilişkin 6428 sayılı Kanunda özel düzenlemeler yer almadığından proje şirketinin borçlarına ilişkin büyük ölçüde Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinden yararlanılmaktadır.

KÖİ sözleşmelerinde idarenin en temel borcu ise proje şirketine kira bedeli ödemesi yapmaktır. Zira KÖİ projesi dışında başka hiçbir işe girme imkânı bulunmayan proje şirketinin tek gelir kaynağı, bu projeden elde edeceği kira bedelleridir. Yine tesisin inşası için sağladığı finansmanı da bu yolla geri almaktadır. Proje şirketinin işe zamanında başlayabilmesi için kamu idaresinin arazi teslimini yapması gerekmektedir. Kamunun mülkiyetinde veya kamulaştırma yoluyla kamunun mülkiyetine geçirilmiş arazi üzerinde kamu idaresi proje şirketi lehine üst hakkı sağlamakla yükümlüdür. Yine işletme döneminde tarafların borçları için 6428 sayılı Kanunda özel düzenlemeler yer almadığından büyük ölçüde Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerinden yararlanılmaktadır.

KÖİ sözleşmeleri 25-30 yıl devam edecek şekilde akdedildiğinden yönetilmesi zor sözleşmelerdir. Uzun süreli, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uyumsuzluk çıkma ihtimali ve sözleşme şartlarında değişiklik olması ihtimali yüksektir. 6428 sayılı Kanunda sözleşmenin şartlarında değişiklik meydana gelmesi halleri detaylı bir şekilde düzenlenmiş

ve taraflara belirli ölçüde değişiklik yapma yetkisi verilmiştir. Yine yalnızca tarafların çıkarını değil kamunun çıkarını da ilgilendiren bu projelerde sözleşmenin doğrudan feshedilmesini önlemek için çeşitli mekanizmalar (ihtar, süre verme gibi) öngörölmüştür.

KÖİ sözleşmelerinin feshi konusunda ise ilgili mevzuatta detaylı bir inceleme yer almamakta, konu büyük ölçüde taraflara bırakılmaktadır. Bu sebeple sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde öncelikle eser ve kira sözleşmelerinin feshi hükümlerine, konuya ilişkin özel hüküm bulunmuyorsa Türk Borçlar Kanunun genel hükümlerine göre sözleşme feshedilebilmektedir. Sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olan KÖİ sözleşmesi feshedildiğinde sözleşme ilişkisi ileriye etkili sona erecek, taraflar henüz ifa edilmemiş edimlerin ifasını artık talep edemeyecektir. Sözleşme süresince, projenin yapılacağı arazinin mülkiyeti idarede, yapılan tesisin kullanım hakkı ise proje şirketinde olduğundan sözleşme herhangi bir şekilde sona erdiğinde, proje şirketine tanınan üst hakkı da sona erecek; tesis yapıldığı kısmıyla idareye devredilecektir. Sözleşme sona erdiğinde zarar ortaya çıkmışsa, zarara uğrayan taraf karşı taraftan bu zararın tazminini talep edebilecektir.

## KAYNAKÇA

ACARTÜRK Ertuğrul/KESKİN Sabiha, Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli, SDÜİİFD, c. 17, 2012

AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut, Eşya Hukuku, 2009

ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan, Özel Borç İlişkileri, 2012

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 2017

AVCI Ali, Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, TBB Dergisi, 2015

AYANOĞLU Taner, İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri, İÜHFM c. LXV, 2007

AYDIN Eyüp Vural, Yerel Yönetimlerde Altyapı Yatırımlarının Finansmanı: Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modeli, Doktora Tezi, 2014

BAYAZIT Bahar, Kamu-Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Doktora Tezi, 2018

BEYDOĞAN T. Ayhan, Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2011/4

BOZ Selman Sacit, Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. 4, Sa. 2, 2013

BUZ Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1998

CHOWDHURY Abu Naser, CHEN Po-Han, Special Purpose Vehicle (SPV) of Public Private Partnership Projects in Asia and Mediterranean Middle East: Trends and Techniques, International Journal of Institutions and Economies, 2010

ÇAL Sedat, Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, 2008

ÇAPKIN Yücel, KÖİ Projelerinin Değerlendirilmesinde Alternatif Bir Yaklaşım: Reel Opsiyon Fiyatlaması Yöntemi, Hazine Müsteşarlığı Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, 2017

ÇEKİRGE, Halis Levent, Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006

ÇELİK F. Eda, Hizmet Sunumuna Katılım ve Kamu Özel Ortaklıkları, 2008 ([https://www.academia.edu/9620962/Hizmet\\_Sunumuna\\_Kat%C4%B1%C4%B1m\\_ve\\_Kamu\\_%C3%96zel\\_Ortakl%C4%B1klar%C4%B1](https://www.academia.edu/9620962/Hizmet_Sunumuna_Kat%C4%B1%C4%B1m_ve_Kamu_%C3%96zel_Ortakl%C4%B1klar%C4%B1))

DEMİRBOĞA Dursun Ali, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Doktora Tezi, 2013

DOĞAN Gülmelahat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4

DURAN Lütfi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, c. 46, Sa. 1, 1991

DYTON Richard/BAVISHI Raj (Simmons&Simmons), İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri, London&İstanbul, 2008

EMEK Uğur, Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 7(1), 2017

EPEC, Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts, 2013

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

EREKMEKÇİ Müge, Türk Özel Hukuku’nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, 2012

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2017 (Kısaca: Genel Hükümler)

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2017 (Kısaca: Özel Hükümler)

ERİŞEN Muhammet, Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, 2011

ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, 2012

ERZURUMLUOĞLU Erzan, Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2012

ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, Eşya Hukuku, 2012

European Commission Guidelines For Successful Public-Private Partnerships, 2003

GENÇOĞLU Şerife, Türk İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli, Yüksek Lisans Tezi, 2008

GOMEZ Christy/GAMBO Muhammad, “Evaluation of Special Purpose Vehicle Organisation Skill Sets Taxonomy for Effective Public-Private Partnership Infrastructure Project Delivery”, Journal of Construction in Developing Countries, Sa. 21(1), 2016

Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions on 30 April 2004 -IP/04/593

GÜMÜŞ M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 2015 (Kısaca: Kısa Ders Kitabı)

GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2010 (Kısaca: Özel Hükümler)

GÜNEŞ, Ahmet M., Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem: Kamu Özel Ortaklığı, Güncel Hukuk Dergisi, 2009

GÜNGÖR Harun, Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Kalkınma Bakanlığı Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, 2012

GÜRKAN Mehmet Fatih, Eğitim Kamu Hizmetinin Görülmesinde Kamu Özel Ortaklığı, Yüksek Lisans Tezi, 2013

GÜRKAN Mehmet Fatih, Kamu Özel Ortaklığı, 2014 (Kısaca GÜRKAN: Kamu Özel İşbirliği)

GÜRZUMAR, Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dâhil, 1998

IOSSA Elisabetta/MARTİMORT David, The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships, 2008

İŞİK Naim, Türkiye’de Seçilmiş Bazı Sektörlerde Altyapı Hizmetlerine Özelleştirme Yoluyla Özel Sektör Katılımı, Yüksek Lisans Tezi, 2015

İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2014

İŞİTMEN Özge, Akdi veya Kanuni Bir Temele Dayanmayan Fesih Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, 2018

Kalkınma Bakanlığı Raporu, Dünyada ve Türkiye'de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, 2017

KARAHAN Ahmet, İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yüksek Lisans Tezi, 2011

KARAHANOĞULLARI Onur, Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu-Özel Ortaklığı), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, c. 66(3), 2011

KARASU Koray, Kamu Özel Ortaklığı: Sözleşme Sisteminin Genelleşmesi, 2009 (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/28077/>)

KARASU Koray, Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, c. 66(3), 2011

KERMAN Uysal/ALTAN Yakup/AKTEL Mehmet/EKE Erdal, Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması, SDÜİİFD, c. 17, Sa. 3, 2012

KEŞLİ Ahmet, Kamu-Özel İşbirliği Projelerinin Hukuki Rejimi, Doktora Tezi, 2009

KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018

KİZİR Mahmut, Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 19, Sa. 2, 2011

KÖKTÜRK Barışcan, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Yüksek Lisans Tezi, 2018

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, 2013

LEBLEBİCİLER Okan, Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği, Yüksek Lisans Tezi, 2005

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. II, 2012

OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 2009



ORAK Cem Çağatay, Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, 2006

ÖGE Hakan/BAŞ Türker, Public Private Partnership Healthcare Projects in Turkey, 2016  
(<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/jobs/article/view/5000200960>)

ÖZÇELİK Ş. Barış, Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, AÜHFD, Sa. 63(3), 2014

ÖZÇELİK, Ş. Barış, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları, 2016

ÖZKAYA HAYKIR Betül, Kamu Özel Sektör İşbirliği Sözleşmeleri Kapsamındaki Fesih Ödemesi Düzenlemeleri, Ülke Örnekleri ve Türkiye Uygulaması, Hazine Müsteşarlığı Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, 2016

PEKCANITEZ Hakan, Medeni Usul Hukuku, c. III, 2017

PEKGÜÇLÜ KARABULUT Güzin, Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Doktora Tezi, 2005

POROY Reha/YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 2010

REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku, 2013

SARCAN Caner, Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Hukuki Yapısı, Yayınlanmamış Planlama Uzmanlığı Tezi, 2009

SARISU Ahmet, Kamu ve Özel Sektör İşbirlikleri-Türkiye İçin bir Model Önerisi, Doktora Tezi, 2007

SARIYILDIZ Mehmet Emre, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, Yüksek Lisans Tezi, 2014

SEROZAN Rona, Sözleşmeden Dönme, 1975

SEZGİNER Murat, İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri, GÜHFD, c. XVII, 2013

SİRMEN Lale, Sözleşme Hukukunda Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, 1996

SOFUOĞLU DÖNERTAŞ Ayşe, Kamu-Özel İşbirliği Modelinin Kentsel İçme Suyu ve Atıksu Projelerine Uygulanması, Kalkınma Bakanlığı Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, 2018

SUIÇMEZ Nevran, 6098 Sayılı Türk Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Özel Sayı, 2017

ŞİMŞEK Yunus Emre, Assessment Of Public Private Partnership (PPP) Schemes In Turkish Railway Industry, Yüksek Lisans Tezi, 2017

TAN Turgut, İdare Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, 1996

TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. II, 2010

TEMİZ Özgür, Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık, Doktora Tezi, 2013

TUNA, Mustafa Oğuz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri, Yüksek Lisans Tezi, 2013

TÜMERDEM Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Doktora Tezi, 2018

UNCITRAL, Legislative Guide, 2001

United Nations ESCAP, A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure, 2011

United Nations Guidebook on Promoting Good Governance In Public-Private Partnerships, 2008

UYSAL Yusuf, Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının İki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, c. 10, Sa. 2, 2017

UZ Abdullah, Kamu Özel Ortaklığı, GÜHFD, c. XI, Sa.1-2, 2007

VURGUN Ceren/TEKKILIÇ Pelil/KEBAPÇI Hasan Ozan, Türk Hukukunda Üst Hakkı İpotegi, 2016

WORLD BANK, How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets, 2011

WORLD BANK, PPP Reference Guide, Version 2.0, 2014

YALÇIN Fatma Ceren, Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, Sa. 25, 2014

YALÇIN Fatma Ceren, Kamu Özel İşbirlikleri, Doktora Tezi, 2014

YASİN Melikşah, İdare Hukuku, 2017

YESCOMBE E. R., Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance, 2007

YILDIRIM Fadıl, Satıcının Zapta Karşı Tekeffül Sorumluluğu Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 216. Maddesi Nasıl Okunmalıdır?, GÜHFD, c. XVII, 2013

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2016

<http://www.koi.sbb.gov.tr>

<http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Brief-37-2016-Turkish.pdf>

[www.corpus.com.tr](http://www.corpus.com.tr)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)