

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ KAPSAMINDA
ÜST HAKKI

Doktora Tezi

Esra Hansu

100036433

Tez Danışmanı: Prof Dr. Hüseyin Hatemi

İstanbul, Mart 2022

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ KAPSAMINDA
ÜST HAKKI

Doktora Tezi

Esra Hansu

100036433

Tez Danışmanı: Prof Dr. Hüseyin Hatemi

İstanbul, Mart 2022

ÖZET

Dünyada sağlık, eğitim, turizm yatırımlarının artması ve büyük çaplı altyapı projelerinin özel hukuk kişileri tarafından yapılması, bir özel hukuk kurumu olan üst hakkına kamu malı olan taşınmazlar üzerinde de başvurulmasına sebep olmuştur. Üst hakkının kamuya ait taşınmazlar üzerinde kurulacak olması sebebiyle bu konu hem özel hukuk hem de kamu hukukuna ilişkin kaynaklarda yer almıştır.

Bu çalışmada Kamu Özel İşbirliği modeli kapsamında üst hakkı incelenmiş ve bu amaç çerçevesinde konu üç ana başlık altında ele alınmıştır. İlk ana başlık altında Kamu Özel İşbirliğinin tanımı, konuyla ilgili doktrindeki terim sorunu, bu modelin özellikleri, dünyada farklı ülkelerde bu sistemin uygulamasının nasıl olduğu ile ilgili bilgilendirmeler yapılmıştır. İkinci ana başlık altında Kamu Özel İşbirliğinde özel hukuk kişisi ile idare arasında akdedilen uygulama sözleşmesi incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken sözleşmenin hukuki niteliğine, tanımına, taraflarına, sözleşmesinin içeriğinde bulunan hukuki unsurlara yer verilmiş ve bu hukuki unsurlar tek tek incelenmiştir. Üçüncü bölüm de ise, Kamu Özel İşbirliği kapsamında Üst Hakkı Sözleşmesi incelenmiş, bu incele yapılırkende sözleşmenin taraflarına, konusuna, sözleşme süresinin başlama ve bitiş tarihine, sözleşmenin bedeline, sözleşmenin içeriğine, sözleşmenin devrine, üst hakkının kredi teminatı olarak kullanılmasının şartlarına, üst hakkının sona ermesine, sona ermenin sonuçlarına ve son olarak da üst hakkından kaynaklı doğan uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin görevli ve yetkili olacağına ilişkin bilgilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Üst Hakkı, Kamu Özel İşbirliği, Üst Hakkı Resmi Senedi, Uygulama Sözleşmesi

ABSTRACT

Recent increase in healthcare, education, tourism investments globally and execution of large-scale infrastructural projects by private entities have resulted in the fact that the right of construction, as a component of private law, is also resorted for immovable public properties. Since the right of construction should be established on public immovable properties, this matter has been included in the resources regarding both private law and public law.

This study addresses the right of construction within the scope of the Public-Private Cooperation mode, discussing the subject under three main pillars accordingly. The first main pillar delivers some insight into Public-Private Cooperation, the problem experienced with the ‘term’ in the relevant doctrine, the characteristics of this model and how this system is practised in various countries around the world. The second main pillar examines the implementation contract concluded between the private entity and the administration as part of the Public-Private Cooperation. In conducting this examination, the legal nature, the definition, the parties of the contract as well as the legal elements that have been included in the content of the contract are taken into account, and these legal elements are scrutinized one by one. While, on the other hand, the third part examines the Agreement for the Right of Construction within the scope of Public-Private Cooperation, as part of which the parties, the subject of the contract, the start and end date of the contract period, the price of the contract, the content of the contract, the assignment of the contract, the conditions for exercising the right of construction as a loan collateral guarantee, the termination of the right of construction, the consequences of the termination and lastly the courts to deal with any disputes arising from the right of construction, as the competent judicial authority.

Keywords: Right of Construction, Public-Private Cooperation, Authenticated Contract for Right of Construction, Implementation Contract

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

Kamu Özel İşbirliği

§1.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ'NE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI	7
II. TERİM SORUNU.....	11
III. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ'NİN TEMEL İLKELERİ.....	13
A.UZUN VADELİ SÖZLEŞMELER.....	13
B.KAMU VE ÖZEL SEKTÖR ARASINDAKİ RİSK PAYLAŞIMI	15
C.FİNANSMAN ÖZEL SEKTÖR TARAFINDAN KARŞILANIRKEN	
İDARENİN ÇEŞİTLİ DESTEKLER VERMESİ.	20
1.Teşvikler	21
2.Garantiler.....	22
IV. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ'NDE TARAFLAR.....	23
V. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİNİN YAKIN KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ...27	
A. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE ÖZELLEŞTİRME.....	27
B. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE KAMU İHALELERİ.....	28
C.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE ORTAK GİRİŞİM.....	29

D.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE KAMU İMTİYAZ MODELİ.....	29
E.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE YAP İŞLET DEVRET MODELİ.....	30
VI. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ'NİN ÜLKELERDEKİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ.....	32
A. BİRLEŞİK KRALLIK	33
B. FRANSA.....	35
C. AVUSTURALYA.....	37
D. TÜRKİYE.....	39
1.Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği	40
a) 6428 Sayılı Kanun Kapsamında Şehir Hastanelerinin Kurulumuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler	40
2.Türkiye’de Eğitim Sektörün’de Kamu Özel İşbirliği.....	44

İkinci Bölüm

§2.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ PROJELERİNDE UYGULAMA SÖZLEŞMESİ.....	47
I.SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ	49
A)İDARİ SÖZLEŞME- ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ AYRIMI.....	49
B)KANUNDA DÜZENLENMİŞ SÖZLEŞME – ATİPİK SÖZLEŞME AYRIMI	54
C)UYGULAMA SÖZLEŞMESİNİN ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÖN SÖZLEŞME NİTELİĞİ TAŞIYIP TAŞIMADIĞINA İLİŞKİN AÇIKLAMA	58
II.UYGULAMA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	60
A)ÜST HAKKI UNSURU.....	60
B)ESER MEYDANA GETİRME- YAPIM.....	65
1. Yapım Unsurunun Hukuki Niteliği.....	65
2. KÖİ Projelerinde Yapım Unsurunda Özel Hukuk Kişisinin Yükümlülükleri...	68

a)İşi Sadakat ve Özenle Yapma Borcu.....	68
b)Şahsen İfa Borcu.....	71
c)Araç Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu.....	74
d)Yüklenicinin Meydana Getirdiği Eseri Teslim Etme Borcu	75
e) Ayıptan Doğan Sorumluluk	76
3.KÖİ Projelerinde Yapım Unsurunda İdarenin Yükümlülükleri.....	78
a) Bedel Borcu.....	78
b)Diğer Borçlar.....	80
4.KÖİ Projelerinde Yapım Hükümlerinin Sona Ermesi.....	81
C)KİRALAMA UNSURU	81
1.Kira Unsurunun Tarafları.....	82
2.Kira Unsurunda Şekil ve Süre	83
3.KÖİ Projelerinde Kiralayanın Borç ve Yükümlülükleri	84
a)Kullanmaya Elverişli Durumda Bulundurma Borcu	84
b)Kiraya Verenin Kiralananın Ayıplarından Doğan Sorumluluğu	86
c)Zapttan Sorumluluk.....	89
d) Kiralananın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra El Değiştirmesi.....	90
4.KÖİ Projelerinde Kiracının Borç ve Yükümlülükleri	91
a)Kira Bedeli Borcu.....	92
b)Kiralananı Özenle Kullanma Borcu.....	97
c)Alt Kira Sözleşmesi Yapma Sorunu	98
d)Kiralananı Geri Verme Borcu	99
5.Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	100
a)Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi.....	100
b)Kiracının Tahliyesi ve Tabi Olacağı Hükümler	102

D)İŞLETME HAKKININ VERİLMESİ UNSURU.....	105
1. Tanımı	106
2.İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	108
3.İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinin Süresi.....	108
4.İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinde İdarenin (Kiralayanın) Borçları.....	109
a)Sözleşme Süresince Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli	
Şekilde Teslim Borcu.....	109
b)Sözleşme Süresince Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli Durumda Bulundurma	
Borcu.....	110
c)Kiralayanın (İdarenin)Ayıptan Sorumluluğu.....	111
c)Zaptan Sorumluluk.....	111
4.İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinde Özel Sektörün Borçları	112
a)Kiralananı Özgüldüğü Amaca Uygun ve İyi Şekilde İşletme Borcu.....	112
b)Kiralanan Şeye Bakım Borcu.....	113
c) İşletmenin Gerektirdiği Olağan Giderleri Yapma Borcu.....	114
d)İşletmenin Geri Verilmesi Borcu	115
5.İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinin Sona Ermesi	115

Üçüncü Bölüm

§3. Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı Sözleşmesi	117
I. KAMU MALİ KAVRAMI	117
II. KAMU ARAZİLERİ ÜZERİNDE ÜST HAKKI KURULMASINA İLİŞKİN	
YASAL DAYANAKLAR	122
III. ÜST HAKKI RESMİ SENEDİ ÖRNEĞİ İNCELEMESİ	127
A) SÖZLEŞMENİN TARAFLARI.....	129
B) SÖZLEŞME BAŞLIĞI VE TANIMI.....	129

C) SÖZLEŞMENİN KONUSU	132
D) SÖZLEŞMENİN SÜRESİ, BAŞLAMA VE BİTİŞ TARİHİ.....	132
E) ÜST HAKKININ ÇEŞİDİ	133
1. Kişiyeye Bağlı Üst Hakkı.....	135
2. Eşyaya Bağlı Üst Hakkı.....	136
3. Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkı.....	137
4. KÖİ Uygulamalarında Özel Hukuk Kişisi Lehine Tesis Edilen Üst Hakkı.....	138
F) ÜST HAKKI BEDELİ	141
G) ÜST HAKKI RESMİ SENEDİNİN İÇERİĞİ.....	142
H) KAMU TAŞINMAZLARI ÜZERİNDE KURULAN ÜST HAKKININ DEVRİ.....	142
1. Üst Hakkının Devrini İsteme Hakkı.....	142
2. Üst Hakkının Üçüncü Kişiyeye Devredilmesi.....	144
İ) ÜST HAKKININ KREDİ TEMİNATI OLARAK KULLANILABİLMESİNİN ŞARTLARI.....	152
J) KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ'NDE ÜST HAKKININ SONA ERMESİ.....	159
K) ÜST HAKKINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME	165
L) UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM MÜESSESESİ.....	167
SONUÇ.....	171
KAYNAKÇA	176

KISALTMALAR

ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
ADB	:Asian Develpment Bank
a.g.e.	:Adı geçen eser
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Dan.	:Danıştay
E.	: Esas
f.	:Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
KÖİ	:Kamu Özel İşbirliği
KÖO	:Kamu Özel Ortaklığı
m.	: Madde
PPP	:Public Private Partnership
PFI	:Public Finance Initiative
RAB	: Regulated Asset Base
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

YARG.	:Yargıtay
YİD	:Yap İşlet Devret
YKD	:Yap Kirala Devret
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
vb	:Ve benzeri



GİRİŞ

Özel sektörün kamu hizmeti sunumuna katılımı yeni bir olgu olmamakla birlikte dünya genelinde kamu ile özel sektörün işbirliği yaptığı projeler, özellikle 1990'lı yılların başından itibaren yaygınlaşmıştır. Kamu ile özel sektörün yapmış olduğu bu işbirlikleri devletin ve özel sektörün kamu hizmetindeki rollerinin yeniden tanımlanmasına sebep olmuştur.¹ "1990'lardan bu yana başta enerji santralleri, otoyollar, tüneller, demiryolları, limanlar, içme suyu ve katı atık tesisleri gibi büyük ölçekli sermaye yatırımlarını finanse etmenin bir yolu olarak benimsenen kamu ve özel sektörün işbirliği projeleri günümüzde merkezi yönetim ve yerel yönetimlerin sorumluluğuna giren eğitim, sağlık, turizm, enerji, ulaştırma, bilgi teknolojileri, kentsel ve kırsal altyapı, kentsel hizmetler ile kamu idarelerinin altyapı ve yatırım hizmetlerini içine alarak genişlemiştir.²

KÖİ modelinin Dünya üzerinde yaygın olarak kullanılmasında birçok faktör rol oynamaktadır. Devlet açısından, yatırımların mali yükünden kurtulma isteği; özel sektörün deneyimlerinden faydalanma ve yapım risklerinin önemli bir kısmının özel sektöre aktarılması hükümetlerin KÖİ'yi tercih etmelerindeki teşvik edici faktörlerdir. Özel sektör girişimcileri açısından ise, bazı risklerin kamu sektörü tarafından üstlenilmiş olması, özel hukuk kişisi lehine üst hakkı kurulacak olması, yeni yatırım alanlarında ticari faaliyette bulunma fırsatı, kamu garantili gelirler elde etme gibi faktörler KÖİ işbirliklerine girme konusunda teşvik edici unsurlar olmuştur.³

KÖİ modeli ülkemizde 6428 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliği ile birlikte şehir hastaneleri'nin yapımı amacıyla ilk defa kullanılmakta olup hukuki anlamda konuyla ilgili sınırlı kaynak olmakla birlikte bu çalışmayı diğer yapılan çalışmalardan ayıran en önemli özellik modelin uygulanmasında arazi temini amacıyla sıklıkla başvuru üst hakkı müessesesi ile birlikte incelenmesidir. 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında KÖİ modeli kapsamında imzalanacak uygulama sözleşmeleri özel hukuka tabi kılınmış olduğundan, idare

¹ Evren, Çınar Can, **Kamu Özel İşbirlikleri**, Ankara, 1. Bası, 2016, s. 36. Çakır, Hüseyin, Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul, 1. Bası, 2015, s. 441.

Kasaplıoğlu Turhan, Mine, "Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi", Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, s.102.

² Güzelşarı, Selime, **Sağlık Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Kamu Özel Ortaklıkları**, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 45, S. 3, 2012, s.2.

³ Uysal, Yusuf, **Kamu Özel İşbirliği Modelinde Özel Sektör Teşvik Faktörleri: Şehir Hastaneleri Örneği**, MANAS Sosyal Araştırma Dergisi, Cilt 9, S.1 s.389.

hukukuna tabi imtiyaz sözleşmeleri kapsamında Medeni Kanun'da düzenlenmiş bir özel hukuk kurumu olan üst hakkına yer verilmesinden doğabilecek sorunlar da bertaraf edilmiş bulunmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde çıkış ülkesi İngiltere olan ve tüm dünyada kullanımı her geçen gün yaygınlaşan dünyada bilinen ismi ile Public Private Partnership (KÖİ)'nin tanımını, amacını, özelliklerini, diğer sistemlerle arasındaki farkları ve Türkiye'de hangi sektörlerde, hangi yasal düzenlemelerle uygulandığını aktarmaya çalışacağız. Giriş bölümüne uygun olarak tüm bu hususlara değinmemiz gerekirse KÖİ tanımı konusunda genel bir uzlaşma olmadığını söyleyebiliriz. Bir kısım görüş bu kavramın şemsiye niteliğinde bir üst kavram olduğunu belirtirken diğer görüşler eksik imtiyaz olarak tanımlamaktadır.⁴ Bu görüşlerin bazılarında yer verecek olursak Evren,⁵ KÖİ kavramının şemsiye niteliğinde bir üst kavram olduğunu ifade etmiş ve kamu ile özel sektörün bir arada çalışmasına yönelik uygulamalardır demiştir. Ayrıca, KÖİ kavramının farklı anlamlara gelecek şekilde de kullanılmakta olduğunu bunlardan birincisinin, kamu yönetiminde karar alma sürecine özel sektörün, sivil toplum örgütlerinin de dahil edilmesi; ikincisinin ise kamu hizmetlerinin sunumunda ve finansmanında işe özel sektörün katılımının olduğunu ifade etmiştir.⁶

Eksik imtiyaz olarak tanımlayan görüş ise; Kamu hizmeti alanında gerçekleştirilecek projeler için gerekli olan altyapının idarece müteahhidin kiracısı olarak kullanılmak üzere yapım işi ve bu iş karşılığında çekirdek hizmetin devlette bırakılarak diğer ek hizmetlerin özel sektöre yaptırılması olarak tanımlamıştır.⁷

Kamu Özel İşbirliğinin amacı; devlet açısından incelendiğinde bütçe yetersizliğini ortadan kaldırarak kamu hizmetinin en iyi şekilde vatandaşlara sunumunu sağlamak, özel hukuk kişisi tarafından incelendiğinde ise, yatırılan paranın karşılığının alınması olarak görülmektedir. Bu projelerde kamu yararı gözetilerek bir sözleşme hazırlanması, bunun öncesinde uygun kurumsal yapılanmanın oluşturulması, doğru ihale yöntemi ile yüklenici olacak özel hukuk kişisinin belirlenmesi oldukça önemlidir.⁸

⁴ Evren, **a.g.e.**,s.26, Karahanoğulları, Onur, **Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz Kamu Özel Ortaklığı**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 66 S.3. s. 182-183.

⁵ Evren, **a.g.e.**, s. 26.

⁶ Evren, **a.g.e.**, s.26.

⁷ Karahanoğulları, **a.g.e.**,s. 182-183.

⁸ Bayazıt, Bahar, **Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı**, Ankara, 2018, s.168.

Bunun dışında yargısal anlamda belirsizliklerde yatırımcıları bu işbirliğine girip girmeme konusunda endişeye düşürmekte ve yüksek risk primleri talep etmelerine sebep olmaktadır. Bu sebeple hukuki belirsizlikleri ortadan kaldırmak adına KÖİ uygulamaları için toplu bir yasal düzenlemenin yapılması ülkemizde dağınık bir yapıda olan mevzuatın tek bir çerçeve yasayla düzenlenmesi proje modellerine uygun yeknesak uygulamaya geçilmesi belirsizlikleri de ortadan kaldıracaktır.⁹

KÖİ projelerinin özelliklerini üç ana başlık altında toplayabiliriz. Bunlardan ilki taraflar arasında uzun vadeli sözleşmelerin yapılması, ikincisi verilecek kamu hizmetine özel sektörün katılımı ve sonuncusu da taraflar arasındaki risk paylaşımı ve çekirdek kamu hizmetinin devlette kalacak olmasıdır.

KÖİ sözleşmelerinin uzun vadeli olmasının sebebi devletin finansman yetersizliğini ortadan kaldırmak için yapılan bu sözleşmelerde özel kişi lehine kurulacak bağımsız ve sürekli üst hakkı ve devletin özel kişiye uzun vadede borçlanarak bu tesislerin kurulumunu sağlayacak olmasıdır. KÖİ modelini diğer işbirliği modellerinden ayıran ve ayrıcalıklı kılan en önemli özellik taraflar arasında olan risk paylaşımı ve asıl kamu hizmetinin idare tarafından karşılanacak olmasıdır. KÖİ modelinde risk, idare ve özel hukuk kişisi arasında farklı ağırlıklar ile dağılmaktadır.¹⁰ Risk paylaşımı ifadesi ile ortaya konulmak istenen, riskin gerçekleşmesi durumunda bunun sonuçlarına kimin katlanacağını belirlenmesi hususudur. Riskin onu en iyi yönetecek tarafa bırakılması verimliliği artırarak maliyetlerin en uygun düzeyde kalmasını sağlayacaktır. Bu sebeple başarılı bir KÖİ modeli özel sektöre aktarılan risk ile idarede kalan arasındaki dengenin kurulmasına bağlıdır.¹¹

KÖİ modelinin tarafları temelde özel hukuk kişisi ve kamu idareleridir. Ancak bu projelerde ihale tamamlanıp sözleşme akdedildikten sonra bile projeye başlanabilmesi için bir kısım kişi ve kurumun sürece dahil olması gerekebilir. Bu kişi ve kurumları sıralayacak olursak; proje şirketi, projenin finansmanı için bulması gereken parayı temin edeceği kreditorler, sigorta şirketleri, adı geçen bütün şirketlerin gerekli hallerde başvurdıkları danışmanlık şirketleri, proje şirketinin ürettiği mal ve hizmetleri alacak kişiler, vergi mükellefleri ve hizmetten yararlananlardır. Kamu idarelerini de iki başlık

⁹ Bayazıt, **a.g.e.**, s. 169-170

¹⁰ Pekküçlü, Karabulut, Güzin, **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi**, Ankara, 2007, s. 57.

¹¹ Evren, **a.g.e.** s.61.

altında toplayabiliriz. Şöyleki uygulamaya konulan şehir hastaneleri yapımı için düzenlenen 6428 sayılı kanunda ve henüz uygulaması olmamakla birlikte 652 sayılı KHK ile düzenlenmiş olan eğitim sektöründe yapılması düşünülen kamu özel işbirliklerinde kamu idareleri tarafından özel hukuk kişisi lehine üst hakkı kurulması öngörülmüştür. Burada uygulama sözleşmesinin kamu tarafı Sağlık Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı olmasına rağmen üst hakkı sözleşmesi Maliye Hazinesi ile özel hukuk kişisi arasında akdedilmektedir. Bu da belirtilmesi gereken önemli hususlardan biridir.

Türkiye’de KÖİ modelinin yasal düzenlemesi yapılan iki sektör vardır. Bunlardan ilki uygulamada şehir hastaneleri olarak bilinen 6428 sayılı *"Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Ve Uygulama Yönetmeliği"* ile düzenlenmiş KÖİ modeli, ikincisi ise henüz uygulama da yerini almamış fakat 652 Sayılı KHK ile yürürlüğe giren *"Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik"* ile düzenlenmiş olan Eğitim sektörüne ait KÖİ modelidir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, KÖİ modelinde taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesinin özel hukuk kapsamında tanımına, hukuki niteliğine, bu sözleşmenin içeriğinde yer alan hukuki unsurlara yer verilmiş ve bu unsurların KÖİ kapsamında nasıl ele alınacağı açıklanmaya çalışılmıştır. KÖİ modeli için akdedilen uygulama sözleşmesinin içeriğinde yer alan hukuki unsurları belirtmemiz gerekirse bu unsurların üst hakkı resmi senedi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi ve işletme hakkı devri sözleşmesi olduğunu söyleyebiliriz. KÖİ projelerinde, idare tarafından kamu arazileri üzerinde özel hukuk kişisi adına tesis edilen üst hakkı sonrasında özel hukuk kişisi tarafından inşaatı yapılan tesislerin belirli bir süre için idareye kiralanması ve çekirdek hizmetin dışındaki hizmetlerin işletmesinin özel hukuk kişisine devri söz konusudur. Bu sebeple bu dört hukuki unsur uygulama sözleşmesinin içeriğini oluşturmaktadır. Uygulama sözleşmesinin içeriğinde yer alan bu hukuki unsurlara tezimizin içeriğinde ayrıntılı olarak yer verilecek ve özel hukuk kapsamında KÖİ projelerinde uygulanırlığının nasıl olacağı açıklanacaktır.

Uygulama sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda ise konuyla ilgili gerek Anayasa'da¹² gerekse Danıştay kararlarında¹³ açıklandığı üzere bu sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu söyleyebilir sözleşmenin türü konusunda ise; uygulama sözleşmesinin, TBK'da isim olarak düzenlenmemiş fakat kanunda düzenlenmiş olan isimli sözleşmelerin çeşitli unsurlarının biraraya getirilmesi ile oluşturulan bir atipik (karmaşık sui generis sözleşme) olduğunu söyleyebiliriz. Bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise; sözleşmenin tamamı ele alınarak TBK'da yer alan ve uygulama sözleşmesinin de kapsamında olan sözleşmelerin hükümlerinin mümkün olduğunda ölçüde uygulanabileceğini söyleyebiliriz.

Çalışmamızın son bölümünde ise KÖİ modelinde, kamu taşınmazları üzerinde özel hukuk kişisi lehine kurulacak üst hakkının yasal dayanaklarına, KÖİ projelerinde üst hakkı sözleşmesinin taraflarının kim olduğuna, üst hakkının çeşitlerine ve KÖİ projelerinde bu çeşitlerden hangisinin uygulandığına, taraflar arasında akdedilmiş üst hakkı sözleşmesi hükümlerinin içeriğinin TMK'da yer alan üst hakkı kurumuna ilişkin kanun hükümlerine aykırılığının olup olmadığına, üst hakkının teminat olarak kullanılmasının hangi şartlara tabi olduğuna ve son olarak üst hakkı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili ve görevli mahkemenin neresi olması gerektiğine ilişkin bilgiler paylaşılacaktır.

Kamu taşınmazları üzerinde üst hakkı tesisinin hangi durumlarda mümkün olduğuna ilişkin bilgiler paylaşılırken çalışmanın sağlam zeminde ilerlemesi adına kamu taşınmazları kavramının açıklanması ve kamu taşınmazları üzerinde kurulacak üst hakkının hangi amaç güdülerek kurulacağı ve bununla ilgili hangi yasal düzenlemelerin olduğunun belirtilmesi önem arz etmektedir. Bu sebeple tezimizin içeriğinde kamu malları ve kamunun özel malları ayırımına gidilerek KÖİ projelerinde kamunun hangi mallarının kullanıldığı ve bu malların kullanımının hangi yasalara dayandırıldığı açıklanacaktır.

¹² 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında "*Devlet, kamu iktisadi 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 ile özel hukuk kişisi arasında yapılan sözleşmelerde özel hukuka başvurulacağı ortaya konulmuştur.

¹³ Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2015 tarihli 2013/50E. 2015/38K. sayılı kararı, Bkz; Danıştay 13. Dairesi 22.11.2011 tarihli 2011/3899 E. 2011/5211K. Sayılı dosyası, Bkz; [Danıştay Kararları - HukukTürk \(hukukturk.com\)](http://www.danistaykararlari.com.tr/) (Erişim Tarihi : 10.10.2021)

Günümüzde özellikle toplu konut ve turizm yatırımlarının gerçekleştirilmesi; büyük çaplı diğer inşaat ulaşım ve dağıtım gibi altyapı projelerinin özel hukuk kişileri tarafından uygulamaya konması olayları hukukçuları, kamu malları üzerinde özel hukuk kişisi lehine irtifak hakkı kurulması meselesini açıklığa kavuşturmaya yöneltmiş ve neticede mevzuatımızda kamu malları üzerinde irtifak kurulmasına imkan tanınmasına müsait hükümlere yer verilmiştir.¹⁴ Bu hükümler çalışmamızın içerisinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Üst Hakkı resmi senedinin incelenmesinde ise, TMK'da düzenlenen üst hakkına ilişkin kanuni düzenlemelere de yer verilerek KÖİ kapsamında özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkının niteliği, devri, ipotek olarak kullanılıp kullanılamayacağı hususlarının ve uyuşmazlık halinde taraflar arasında doğan ihtilaflarda yetkili ve görevli mahkemenin hangisi olacağı üzerinde incelemeler yapılacaktır. Bu incelemeler KÖİ projesi olarak nitelendirdiğimiz şehir hastaneleri için yapılmış 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliği kapsamında ele alınacaktır. Şehir hastaneleri için düzenlenmiş 6428 sayılı kanunda üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı belirtilmiş, uygulama yönetmeliğinde ise devrin onaya tabi olacağı belirtilmiştir. TMK'da (m.826) ise bağımsız ve sürekli nitelikte olan bir üst hakkının devrinin onaya tabi tutulması mümkün değildir. Bu aşamada yönetmelik düzenlemesi ile TMK arasında bir çelişki olduğunu ifade edebiliriz. Tezimizin içeriğinde bu çelişkinin ayrıntıları devir ve ipotek konusuna etkisi ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Son olarak çalışmamızın amacını üç bölümde ortaya koymamız gerekirse aşağıdaki hususları ifade edebiliriz.

- KÖİ kavramının tanımını yapmak, diğer modellerden farkını ortaya koymak ve dünyada bu finansman sisteminin nasıl uygulandığını göstermek,
- Türkiye'de KÖİ projeleri için düzenlenmiş olan 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliği kapsamında uygulama sözleşmesinin içeriğinde yer alan TBK'da düzenlenmiş sözleşmelerin KÖİ modeline uygulanış biçimini ortaya koymak,
- TMK'da düzenlenmiş üst hakkının 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliğinde yer alışı şekli, uygulama yönetmeliğinde yer alan bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkının devrinin onaya tabi tutulması hususunun TMK

¹⁴ Gülan, Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, 1999, s. 137.

kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği ve son olarak üst hakkı sözleşmesinin uygulama sözleşmesinden ayrıldığı noktaları ortaya koymaktır.

Birinci Bölüm

Kamu Özel İşbirliği

§1. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI

Özel sektörün kamu hizmeti sunumuna katılımı yeni bir olgu olmamakla birlikte kamu ile özel sektörün işbirliği içerisinde yaptığı projelerin kullanımı, dünya genelinde özellikle 1990'lı yılların başından itibaren yaygınlaşmaya başlamış ve bu işbirliklerinden dolayı devletin ve özel sektörün kamu hizmetindeki rolleri yeniden tanımlanmıştır.¹⁵

"1990'lardan bu yana başta enerji santralleri, otoyollar, tüneller, demiryolları, limanlar, içme suyu ve katı atık tesisleri gibi büyük ölçekli sermaye yatırımlarını finanse etmenin bir yolu olarak görünen bu işbirliği şimdilerde merkezi yönetim ve yerel yönetimlerin sorumluluğuna giren eğitim, sağlık, turizm, enerji, ulaştırma, bilgi teknolojileri, kentsel ve kırsal altyapı, kentsel hizmetler ile kamu idarelerinin altyapı ve yatırım hizmetlerini içine alarak genişlemiştir."¹⁶

KÖİ modelinin tanımı konusunda genel bir uzlaşma yoktur.¹⁷ Bir kısım görüş bu kavramın bir çatı kavram olduğunu belirtirken diğer kısım görüş ise bu kavramı eksik imtiyaz olarak tanımlamış ve bu kavramın bir çatı kavram olmasının mümkün olmadığını savunmuştur.¹⁸ Doktrindeki bazı görüşlere yer verecek olursak Evren; Kamu Özel İşbirliğinin tanımının verilmesinin zor olduğunu bunun sebebinin ise Kamu Özel İşbirliği başlığı altında birçok modelin yer almasının, bu modellerin özelliklerinin farklılık göstermesinin ve kavramın her ülke, her sektör ve hatta her proje tipi için tekrar tasarlanması gerekmektedir birlikte bu modelin, hem bir sözleşme tipi, hem kamu finansman modeli, hem hazine garanti türü hem de bir tür özel sektör yatırım türü niteliğine sahip olmasından kaynaklandığını belirtmiş sonrasında ise, doktrindeki hakim görüşe katılarak konuya ilişkin genel bir tanıma yer vermek gerekirse KÖİ, şemsiye

¹⁵ Kasaplıoğlu, **a.g.e.** s.102, Çakır, Hüseyin, **a.g.e.**, s.441. Evren, **a.g.e.**, s.36.

¹⁶ Güzelsarı, Selime, **a.g.e.**, s.2.

¹⁷ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s.26.

¹⁸ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s.26, Karahanoğulları, Onur, **a.g.e.** s. 182-183.

niteliğinde bir üst kavram olan, kamu ile özel sektörün bir arada çalışmasına yönelik uygulamalar olduğunu ifade etmiştir.¹⁹ Evren bu tanıma ek olarak da KÖİ kavramının farklı anlamlara gelecek şekilde de kullanılmakta olduğunu bunlardan ilkinin, kamu yönetiminde karar alma sürecine özel sektörün, sivil toplum örgütlerinin de dahil edilmesi ; ikincisinin ise kamu hizmetlerinin sunumunda ve finansmanında işe özel sektörün katılımının olduğunu ifade etmiştir.²⁰

Acartürk; *"KÖİ, Devletin sunacağı mal ve hizmetlerin, yapım işlerinin bütçe yetersizliği nedeniyle ertelenmesinin veya yapılamamasının önüne geçmek amacıyla kullanılmaktadır"* diyerek genel bir tanıma yer vermiştir.²¹

Tekin ise; Genel tanıma uyarak, *"Kamu hizmeti olarak nitelendirilen ve devletten başka kimsenin yapamayacağı düşünülen, imtiyaz teşkil eden, devletin tümüyle çekilmek istemediği ve devletin katılımı olmaksızın özel sektörün tek başına sunmaktan çekindiği hizmetlere özel sektörün katılımını sağlamak ve böylece devletlerin temel çıkmazı haline gelen finansman sorununu aşmak amacıyla geliştirilen"*²² bir modeldir²³ demiştir.

ADB tarafından hazırlanan KÖİ kitapçığında ise; *"KÖİ, kamu ve özel sektörlerin her birinin beceri, varlık ve finansal kaynaklarının tamamlayıcı bir şekilde bütünleştiği kamu ve özel sektör arasında imzalanan uzun süreli sözleşmelere bağlı bir düzenlemeyi ifade eder. Risk, maliyet ve getirileri paylaşmak, devletin vatandaşlara en iyi hizmet sunumunu sağlaması ve özel sektöründe gelir elde etmesini amaçlamaktadır"* ifadelerine yer verilmiştir.²⁴

Avrupa Komisyonu ve Anayasa Mahkemesi de doktrindeki hakim görüşe benzer bir yaklaşımla bir tanıma yer vermiştir. Avrupa Komisyonu, KÖİ yöntemi için hazırladığı *"yeşil kitap'ta"* modelin genel bir tanımını yaparken; KÖİ, kamu otoritesi ile iş dünyası

¹⁹ Evren, Çınar, Can, **a.g.e.**, s.26.

²⁰ Evren, Çınar, Can, **a.g.e.**, s.26.

²¹ Acartürk, Ertuğrul/ Keskin Sabiha, **Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli Public-Private Partnership Model In The Health Sector In Turkey**, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, 2012, s.27.

²² Tekin, Ali Güner, **Kamu Özel Sektör İşbirlikleri – Kamu Özel Ortaklıkları (Public Private Partnership Veya PPP Modelleri)** İdarecinin Sesi Dergisi, Mayıs Haziran 2007, s.122.

²³ Keşli, Ahmet T, **Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi**, İstanbul, 2016, s.44.

²⁴ ADB Business Center, **Public Private Partnership (PPP) Handbook**, 2008, s.1, <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf> (Erişim 07.09.2021) (ADB, Public-Private Partnership Operational Plan , 2012, s.10, <https://www.adb.org/documents/public-private-partnership-operational-plan-2012-2020> Erişim (07.09.2021)

arasında altyapı hizmetlerinin finansmanı, yapımı, yenilenmesi, işletilmesi ve bakımı veya hizmetlerin sunulmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen ortaklık biçimleri denmiştir.²⁵

Anayasa Mahkemesinin sağlık tesislerinin kurulup işletilmesinde kamu özel işbirliği modelinin de uygulanabileceği yönündeki hükmün Anayasaya uygunluğunu denetlediği 14.2.2013 tarihli 2011/150 E. 2013/30K. sayılı gerekçeli kararında, "*KÖO bir üst kavram olup, özel hukuk sözleşmeleri yoluyla yap-işlet-devret, yap-kirala, yap-işlet, işletme hakkı devri, tasarla-yap, yap-işlet-sahip ol-devret, tasarla-yap-finance et-devret, ortaklık gibi birçok modelin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasına imkân vermektedir*" ifadelerine yer vererek KÖİ modelinin bir üst kavram olduğunu ortaya koymuştur.²⁶

Kalkınma Bakanlığı'na da bir tanıma yer verilmiş ve üst kavram ifadesi kullanılmadan "*KÖİ, bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesini*" ifade etmektedir demiş sonrasında ise, "*Yap İşlet Devret, İşletme Hakkı Devri ve Yap Kirala gibi modellerin KÖİ uygulamalarının birer örneği olduğunu*" ifade etmiş ve üst kavram anlayışını benimsemiştir.²⁷

Doktrinde ki çoğunluk görüş bu yönde olmasına rağmen farklı görüşlerde mevcuttur. Bir kısım görüş ülkemiz açısından KÖİ yönteminin böyle bir üst kavram olarak nitelendirilebilmesi için tüm yöntemlerin uygulanabilmesine yönelik tek bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmakta olduğunu ancak bu tarz bir düzenlemenin olmadığını ifade etmiştir.²⁸

Karahanoğulları'da KÖİ yöntemini "*eksik imtiyaz*"²⁹ olarak nitelendirmiş ve devamında "Kamu hizmeti alanında gerçekleştirilecek üretim için gerekli olan altyapının

²⁵ European Commission, **Public Private Partnerships introduction**, s.1, https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp/intro_fiche.pdf Erişim (07.09.2021) Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, Brussels,2004, Paragraf 1. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en> Erişim tarihi 07.09.2021.

²⁶ Anayasa mahkemesi 14.02.2013 tarihli 2011/150 E. 2013/30 K. https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=963:663&catid=24:belgeler&Itemid=41 Erişim tarihi (07.09.2021)

²⁷ T.C. Kalkınma Bakanlığı, **Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2018, s.7.

²⁸ Çakır, **a.g.e.**, s.442, Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.183.

²⁹ Yazar'a göre; eksik imtiyaz devlet tarafından görülecek olan çekirdek kamu hizmeti olduğu ifade edilmektedir.Karahanoğulları, **a.g.e.** s.183.

idarece müteahhidin kiracısı olarak kullanılmak üzere yapım işi ve bu iş karşılığında çekirdek hizmetin devlette bırakılarak hizmetin parçalarının özel girişimciye yaptırılması" olarak tanımlamıştır.

Tarafımızca da bu kavramın üst kavram olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Üst kavram olabilmesi için konuya ilişkin tek bir yasal düzenlemenin olması ve Türkiye’de tanımı yapılmış şimdiye kadar projelerde kullanılmış diğer modellerin genel hatlarının benzerlik göstermesi gerekmektedir. Fakat böyle bir şey mevcut değildir. Risk paylaşımının olması ve çekirdek kısım olan kamu hizmetinin idare tarafından gerçekleştiriliyor olması bu kavramı diğer modellerden ayıran en önemli etkidir.

İdare ile özel hukuk kişisi arasında kurulacak işbirliğinin KÖİ olarak adlandırılması için, ilk olarak; Projenin farklı aşamalarında bir kamu ortağı ile bir özel ortağın işbirliğini gerektiren uzun vadeli işbirliği olması gerekmekte, ikinci olarak; projenin, özel sektör tarafından finanse edilmesi, üçüncü olarak; kamu ortağı ile özel ortak arasında risklerin dağılımında,³⁰ riskin genelde üstlenen taraf olan kamu ortağından

³⁰"Risk dağılımının sağlanması hususu, kamu özel ortaklığı yönteminin ayırıcı bir özelliği olarak da belirtilmektedir. Bu risklerden belirtilmesi gereken en temel risk gelir riskidir. Geliri belirleyen unsurlar kullanma seviyeleri ve tarifelerdir. Yatırımdaki gelir riskini öngörebilmek için geçmişe dair bilgi gerekir. Bu açıdan bakıldığında örneğin yol projeleri geçmiş bilgilerin ayrıntılı araştırması, gelecekteki büyüme potansiyeli tahmini ve insanların yol parası ödeme isteklerine dair anketler yapılmış olması riski minimuma indirmek için olan yolların bazılarıdır.

İnşa riskleri de önemli risk gruplarından biridir. Tahmini masrafın aşılması halinde imtiyazın finansal fizibilitesi tehlikeye düşebilir. Bu tür riskler genelde projenin veya güvenlik gerekliliklerinin kötü tanımlanmasından veya bilinmeyen coğrafi koşullardan kaynaklanır. Bu sebeple inşa risklerini minimuma indirmek adına coğrafi koşulların tanınması, hangi hadiselerin gecikmeye sebep olabileceğinin tespiti önem arz etmektedir. Bu risk grubunda mühendislik çalışmaları büyük önem arz etmektedir.

Çevresel/arkeolojik riskler de yine bu kapsamda yer alıp masrafı arttırabilir, süreyi uzatabilir. Projenin tamamlanması için çekilen krediyurtdışından para ödünç alındığında döviz kurlarının değişmesi de önemli bir risktir, özellikle gelişen ekonomilerin nispeten zayıf para birimleri söz konusu olduğunda risk artar. Düzenleyici/sözleşmesel riskler özellikle kamu özel ortaklığı alanının yeni düzenlendiği hukuk sistemlerinde mevcuttur.

Politik riskler, kamu özel ortaklığı yönteminin uygulandığı projelerin uzun süreli ve siyasi etkiye açık olmasıyla bağlantılıdır. Örneğin önceki hükümetin onayladığı, projenin yeni hükümet tarafından sahiplenilmemesi durumu. Devletin projenin bir parçası olarak finansman için mevcut yapıları da yatırımcıya sağladığı durumlarda veya mevcut bir yapının tamiri için bir yatırımcıyla anlaştığı durumlarda gizli ayıp riski vardır. Kamu kabulü riski yerel toplulukların yapılan projeyi kabul etmeyerek büyük protestolar düzenlediği durumlarda mevcuttur. Yatırımcının kamunun o konudaki hassaslığını doğru değerlendirmek için önceden araştırmalar yapması gerekir. Sürdürülebilirlik riski normalde vergileriyle ve oylarıyla yatırımlara yön veren halkın yerine özel yatırımın geçmesinden kaynaklanır. Bu riski atlatmak adına devletin özel sektörün sunduğu hizmeti denetlemesinin yanında sivil gözlemci kuruluşlar da hizmetlerin kalitesine dikkat etmelidir. Yatırımcıların daha varlıklı bir yabancı ülkeden olması durumunda, özellikle kamunun tekelinde olması beklenen hizmetlerde halkın projeye şüpheyle yaklaşması mümkündür, bu gizli korumacılık riskidir." EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE-GENERAL REGIONAL POLICY, GUIDELINES FOR SUCCESSFUL PUBLIC - PRIVATE PARTNERSHIPS,2003,s.51-52-53. Şirin, Ertunç, TÜRKİYE’DE KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI YÖNTEMİNİN HUKUKİ ALTYAPISI, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 61. Seri, 2017, s. 31-32.

özel ortağa kaydırılması unsurunun yer alması gerekmektedir. Fakat özel ortağın tüm riski üstlenmesi hatta projenin içerdiği riskin büyük kısmını yüklenmesi gerekmemekte, riski kimin üstleneceğine ilişkin karar, tarafların söz konusu riski değerlendirme, kontrol edebilme ve üstesinden gelebilme yeteneği doğrultusunda projeden projeye farklılık arz etmektedir.³¹

II. TERİM SORUNU

KÖİ kavramının çıkış noktasının İngiltere olduğunu söyleyebiliriz. 1980’li yıllarda İngiltere’de özel sektörün sağladığı finansman ile bazı kamu mal ve hizmetlerin temini olarak başlayan sistem PFI olarak adlandırılan Private Finance Initiative (Özel Finansman Girişimi) gündeme gelmiştir.³² Daha sonrasında ise Türkiye’de KÖİ olarak anılan dünya da ise Public Private Partnership olarak bilinen kavram gündeme gelmiştir. PPP ile PFI arasındaki fark ise PPP teriminin çok çeşitli ilişkileri kapsadığı PFI teriminin ise bu ilişkilerden sadece birini kapsadığı şeklinde açıklanmıştır.³³

Kamu Özel İşbirliği kavramı her ülkede farklı adlarla kullanılmaktadır. İngiltere’de kamu özel işbirliği, “Özel Finansman Girişimi (PFI)” olarak adlandırılırken, ABD’de ve Avrupa’da “Public Private Partnership (PPP)” olarak adlandırılmaktadır. Türkiye’de ise “Kamu Özel Sektör İşbirliği”³⁴, “Kamu Özel Ortaklığı”³⁵, “Kamu Özel İşbirliği” gibi adlandırmalar kullanılmaktadır.

Terim sorunu,³⁶ Uluslararası Kamu Özel İşbirliği Platformu Türkiye³⁷ açılış etkinliklerinde de gündeme gelmiştir. Bu platform Türkiye’de kamu özel işbirliği’ne

³¹ Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, Brussels,2004, s.3. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en> Erişim tarihi 07.09.2021.

³² Keşli, a.g.e., s.44

³³ Simmons-Simmons&Group Law Office, **PPP Hukuku ve Sözleşmeleri/PPP Law and Contracts**, İstanbul/London, 2008, s.11.

³⁴ Eren, Hüseyin, **International PPP Platform Turkey Başkanlığı Sunumu**, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara- İstanbul, 2008, s.50

³⁵ Ünüvar, Raşit, **Türkiye Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği Sunumu**, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri , Ankara-İstanbul, 2008, s.38-39. Yalçın, Fatma Ceren, **Kamu Özel İşbirliği Ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi, 2014, S.25, s.141.

³⁶ Kamu Özel İşbirliği için “Altyapıya Özel Katılım”, “Özel Sektör Katılımı”, “P3”, “Özel Olarak Finanse Edilen Projeler”, “P-P Ortaklığı”, “Özel Finansal Girişim” gibi alternatif isimlerin kullanıldığı da görülmektedir. Detay bilgi için bkz. E.R. Yescombe, **Public Private Partnerships Principles of Policy and Finance**, Elsevier, Oxford, 2007, s.4

³⁷ Yalçın, a.g.e., s.141. Detaylar için bkz. <https://docplayer.biz.tr/5504371-International-ppp-platform-turkey-01-05-2008-hilton-ankara-02-05-2008-conrad-istanbul.html> Erişim Tarihi: 11.09.2021

yönelik bilgi birikim paylaşımı yapılması, bu sistemin doğru şekilde işlemesi ve yaygınlaşması amacıyla dernek şeklinde yapılandırılmış ortak bir platform olarak kurulmuştur. Dernek, “PPP kavramının doğru şekilde tanıtımı, etkin ve doğru uygulamasının yaygınlaştırılması ve geliştirilmesi için gerekli bilgi birikiminin ulusal ve uluslararası arenada sağlanmasına yönelik bir platform oluşturmak; PPP politikalarının gelişimi için özel sektör ile işbirliği içerisinde merkezi ve yerel düzeydeki devlet kurumlarının desteklenebileceği tarafsız bir platformu oluşturmak; PPP konusunda uluslararası bilgi, tecrübe, finans ve proje birikimini yakından takip ederek bu birikimin Türkiye’ye aktarılmasını sağlamak ve Türkiye’nin dünyadaki PPP sektörü ile entegre olmasını sağlamak; yerel PPP pazarının oluşturulmasını hızlandırmak ve katkıda bulunmak amacıyla özel sektörün PPP bakış açısının oluşturulması” gibi hedefler belirlemiştir.³⁸

Çalışmamızda “Kamu Özel İşbirliği” ifadesi tercih edilmiştir. Bunun sebebi ortaklık ile işbirliği kavramının hukuki anlamda farklılık arz etmekte olması ve işbirliği kelimesinin ortaklık kelimesine oranla kavrama daha uygun düştüğünü düşünmemizden kaynaklanmaktadır. Bu konuda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Ortaklık kelimesini kullanılabileceğini ifade eden görüşlere göre; Kamunun ortaya arsa gibi çeşitli destekler koyması; bir kısım riskleri üstlenmesi ortaklık ifadesinin kullanılması için yeterlidir.³⁹ Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuki anlamda ortaklık ve işbirliği kavramları farklılık arz etmektedir. Şöyleki; Türk Ticaret Kanunu’nun 1531. maddesinde; *" Bu Kanuna göre “ortaklık”, “kollektif ortaklık”, “komandit ortaklık”, “anonim ortaklık”, “sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık”, “limited ortaklık” ve “kooperatif ortaklık” terimleri, sırasıyla “şirket”e, “kollektif şirket”e, “komandit şirket”e, “anonim şirket”e, “sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket”e, “limited şirket”e ve “kooperatif şirket”e eş anlamda kanuni terimlerdir ve bu terimler birbirleri yerine kullanılabilir."* ifadesine yer verilmiştir. Bu madde incelendiğinde görülmektedir ki ortaklıktan kastedilen şirkettir. Fakat kamu özel işbirliğinde taraflar arasında bir şirket kurulumu söz konusu değildir. Taraflar arasındaki ilişki bir sözleşme içerisinde yürütülmektedir ve bu sebeple tarafların iradelerinin birbirine uygun olması gerekmektedir. Ayrıca bu ilişkide taraflar alacaklı ve borçlu sıfatına sahiptir. Ortaklıkta

³⁸ Yalçın, a.g.e., s.141. Detaylar için bkz. <https://docplayer.biz.tr/5504371-International-ppp-platform-turkey-01-05-2008-hilton-ankara-02-05-2008-conrad-istanbul.html> Erişim Tarihi: 11.09.2021

³⁹ Ünüvar, a.g.e., s.24.

ise alacaklı ve borçlu sıfatı olmadan iradeleri aynı amaca yönelen ve amaçları aynı olan birden fazla ortak söz konusudur.

III. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ'NİN TEMEL İLKELERİ

KÖİ tanımı kısmında da belirttiğimiz üzere⁴⁰ bir ilişkinin KÖİ olarak nitelendirilmesi için, ilk olarak; Yapılacak projede bir kamu ortağı ile bir özel ortağın işbirliğini gerektiren uzun vadeli bir sözleşme ilişkisinin bulunması, yapılacak projenin, özel sektör tarafından, devlet tarafından sunulacak garantiler ile verilecek çeşitli teşvikler karşılığında finanse edilmesi ve kamu ortağı ve özel ortak arasında risklerin paylaşılması gerekmektedir. Hangi riski kimin üstleneceğine ilişkin karar, tarafların söz konusu riski değerlendirme, kontrol edebilme ve üstesinden gelebilme yeteneği doğrultusunda verilmelidir.

A. UZUN VADELİ SÖZLEŞMELER

Kamu özel işbirlikleri uzun süreli ilişkilerdir. Bu durum KÖİ modelinin en büyük avantajını ortaya çıkarırken aynı zamanda bazı dezavantajlarını da ortaya koymaktadır. Öncelikle ilişkinin uzun süreli olmasının sebebini açıklayalım. İlişkinin uzun süreli olması özel sektörün sağladığı finansmanı geri alabilmesi için belli bir süre tesislerin işletilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple yatırım bedelinin miktarı süre ile doğru orantılı olacaktır.⁴¹ Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi sürenin uzun olmasını gerektiren bu durumun taraflar açısından avantajı ve dezavantajı da olabilir. Uzun süreli sözleşmelerin avantaj ve dezavantajlarına ilişkin doktrindeki bazı görüşlere aşağıda yer verilecektir.

Bülbül konuyla ilgili olarak; Kamu tarafının yatırım maliyetini kamu kesiminden özel kesime aktararak örneğin, 20 yıllık işletme süresi ve 3 yıllık yatırım süresi öngörülen bir projede, kamu tarafı toplam maliyeti 20 yıla yayarak borçlanma ihtiyacını azaltabileceğini, klasik yöntemde ise, kamu kesiminin bu projenin maliyetini üç yıl içinde ödemekle yükümlü olacağını ve hem borç stoğunu hem de faiz giderleri kalemini artıracığını, örnekte ele alınan üç yıllık yatırım süresindeki yatırım yükü, hem ödeme hem de finansman kaynağı temin etme açısından tamamen özel kesim üzerinde olacağını, bu sebeple kamu kesiminin yatırım maliyeti anlamında kısa süreli bir yük üstlenmesinin

⁴⁰ 1 numaralı Kamu Özel İşbirliği Kavramı başlıklı bölüme bkz.

⁴¹ Evren, **a.g.e.**, s. 239.

söz konusu olmayacağını⁴² belirterek bu durumun avantaj olmasının sebebini kamu tarafından ödenmesi gereken yatırım maliyetinin geri ödemesinin çok uzun süreye yayılmış olmasına bağlamış, bu durumun dezavantajını açıklarken de; genel kabul gören kurala göre, devletin borçlanma maliyetinin her zaman için özel kesimin borçlanma maliyetinden daha düşük olduğunu bu sebeple, finansman maliyeti açısından, özel kesimin kamu kesiminden daha yüksek bir maliyete sahip olacağını belirtmiştir.

Bülbül konuyla ilgili bir diğer dezavantajın politik sebepler olduğunu, kamu özel işbirliği yönteminin uygulandığı projelerin uzun süreli ve siyasi etkiye açık olduğunu, önceki hükümetin onayladığı projenin yeni hükümet tarafından uygulama sonuçlarının başarısızlığının sahiplenilmemesi yani hesap vermeme durumu ve kendi politikalarına uygun yeni sağlık, ulaştırma ve benzeri politikalar ortaya koyması durumunun bu işbirliğinin diğer bir dezavantajı olabileceğini, zira bu sözleşmelerin mevcut mevzuata göre tasarlandığını ifade etmiştir. Yeni hükümetlerin bu sözleşmelerle uyumsuz mevzuat düzenlemeleri yapmaları, bu tesislerin atıl kalmasına neden olursa, bütçeden, karşılıksız ödeme yapılması sonucu doğuracaktır.⁴³ Bu konuyla ilgili "İngiltere Hazine Bakanlığı devletin KÖİ projeleriyle ilgili olarak yüklenici şirketlere gelecek 30 ila 60 yıl boyunca ödeyeceği miktarları internet sayfasına koymuştur. Toplamda hiç de azımsanmayacak yıllık ödeme miktarlarının gelecek hükümetlerin bütçe hazırlıklarında göz ardı edemeyecekleri büyüklüklere ulaştığı görülmektedir".⁴⁴

Evren, konuyla ilgili avantajdan çok dezavantajlarının fazlalığına dikkat çekmiş en büyük dezavantajlardan birinin uzun vadede sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gereğinin olduğu, özellikle hizmetin daha kaliteli sunulabilmesi için yeni teknolojilerin projelere dahil edilmesinin gerektiği durumlarda maliyetin çok yükselebileceği ve kamu kesiminin bu durumdan zarar görebileceğini ifade etmiş, teknolojik gelişmelerin daha fazla yaşanabileceği sektörlerde sözleşmelerin daha kısa süreli yapılmasını önermiştir.⁴⁵

⁴² Bülbül, Duran, **Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamasının Mali Saydamlık Açısından Değerlendirilmesi** Evaluation of The Public Private Partnership Practices in Terms of Financial Transparency in Turkey, The Journal of International Scientific Researches The Journal of International Scientific Researches Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, 2017, s.94-95.

⁴³ Bülbül, Duran, **a.g.e.**, s.98.

⁴⁴ Karasu, Koray, **Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 66, 2011, s.255.

⁴⁵ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s. 239.

Yukarıda ki görüşlerden de anlaşıldığı üzere KÖİ projelerinin avantaj ve dezavantajları hep kamu esas alınarak ortaya konulmuştur. Bu projelerde özel sektöre tanınan garanti ve teşvikler özel sektör için bir dezavantajın söz konusu olmayacağını ortaya koymuştur. Kamu açısından durumu değerlendirdiğimizde ise şunları söyleyebiliriz: KÖİ projeleri öncelikle kamu yararı güdülerek ve tahsisin amacına uygun hareket edilerek bu projeleri hayata geçirmelidir. İkinci olarak maliyet hesaplamasının doğru yapılması risklerin paylaşımı konusunda uzman kişilerle çalışılmalı ve KÖİ projelerini yönetecek bir birim tesis edilmelidir. Üçüncü olarak teknolojik gelişmeler göz önünde tutulmalı taraflar arasındaki sözleşme süresinin sonuna kadar teknolojik aletlerin yenilenmesine ilişkin taraflar arasındaki sözleşmeye hükümler koyulmalıdır. Son olarak ise verilecek teşvikler ve garantiler kısım kısım iş yapıldıkça hatta verilen hizmetlerdeki memnuniyet oranlarına göre, projenin yapıldığı sektörde vatandaşın istek ve arzularını karşıladığı ölçüde verilmelidir.

Sonuç olarak tüm bu hususlara dikkat edildiği sürece ikinci ve üçüncü bölümde ayrıntılarıyla açıklayacağımız hukuki düzenlemelerinde doğru bir şekilde yapılmasıyla birlikte bu projelerin kamu açısından da faydalı olacağı kanaatindeyim.

B. KAMU VE ÖZEL SEKTÖR ARASINDAKİ RİSK PAYLAŞIMI

KÖİ projelerinde her iki taraf içinde istenilen sonuçların elde edilmesinin ilk koşulu projeye ilişkin risklerin en uygun şekilde dağılımının yapılmasına bağlıdır. Biz bu başlık altında riskin tanımına ve KÖİ projelerinde ortaya çıkabilecek risklerin neler olabileceğine yer vereceğiz.

"Risk; Bir projenin zaman, maliyet veya kalite açısından başarılı bir şekilde tamamlanmasını tehdit eden herhangi bir faktör, olay veya etki olarak tanımlanır".⁴⁶
"Riskler, temel olarak, genel (dışsal) riskler ve sözleşmeden kaynaklanan (içsel) riskler olarak iki gruba ayrılmaktadır. Genel riskler projeden kaynaklanmayan nedenlerden ötürü ortaya çıkan ve genellikle proje taraflarınca, özellikle de yüklenici tarafından, kontrol edilemeyen risklerdir. İçsel riskler ise sözleşmenin içeriğine ilişkin risklerdir".⁴⁷

⁴⁶ Erişim: <https://www.iienstitu.com/blog/risk-nedir-risk-yonetimi-ve-analizi-nasil-yapilir>

⁴⁷ Şener, Burak Mustafa, **Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Uygulanmasında Risk**, Ankara, TC Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, 2009, s.61.

Kamu Özel İşbirliği projelerinde oluşabilecek risklere geldiğimizde bu riskleri tablo şeklinde aktarmanın çok daha anlaşılır olabileceğini düşündüğümüzden tablolaştırılmış olarak aktaracağız.

KÖİ RİSKLERİ

Risk Aşaması	Risk Kategorisi	Riskin Doğası
Genel	Politik	Projeye Politik Muhalefet
		Kanunlarda değişiklik
İnşaat Aşaması	Finansal	Faiz oranları
		Enflasyon
	Arazi	Arazi temini
		Faz/zemin durumu
		İzinler
		Çevresel izin ve riskler
		Arkeolojik kalıntılar ve fosiller
		Erişim, yol ve irtifak hakları
		Araziye ulaşım Protestocular
		Atıkların bertarafı
İnşaat	İnşaat altyüklenicisi	
	Fiyat ayarlamaları	

		Kamu tarafından yapılan değişiklikler
		İnşaat alt yüklenicinin riskleri
		İnşaat sırasında gelirler
.....		
	Tamamlama	Alt yüklenici sebebiyle gecikme
		Diğer gecikme nedenleri
		Tasarım
		Performans
.....		
Operasyon/İşletim Aşaması	Operasyon	Kullanım / talep riski
		Ağ (Alternatif ulaşım ağı, Alternatif hizmetler)
		Gelir ödemesi
		Kullanılabilirlik ve servis
		Operasyonel harcamalar ve bakım
.....		
	Fesih	Proje şirketi hatası
		Kamu idaresince fesih
		Mücbir sebep
		Artık değer ⁴⁸

⁴⁸ Yescombe, E. R, **Public-Private Partnerships Principles of Policy and Finance**, 2007, Chapter 3, s. 19.

Tabloda belirtilen risklerin ana başlıklarını ele alarak incelersek şunları ifade edebiliriz. "Politik riskler, uzun vadede hükümet politikalarındaki belirsizliklerden kaynaklanmaktadır. KÖİ yapım aşamasında geçerli olan yasal düzenlemeler ile oluşturulmaktadır. Hükümet politikalarındaki belirsizlikler sebebiyle ortaya çıkabilecek yasal değişiklikler yüklenicinin projeden beklediği geliri elde edememesi ve yatırım sonucunda ortaya çıkan varlıkların işletme süresi tamamlanmadan kamulaştırılmasına sebep olabilmektedir".⁴⁹

Politik risklerin yüklenici üzerinde kalması durumunda, risk maliyete yansıtıldığından projenin fiyatı yüksek seviyede olduğundan, projeye politik muhalefet kapsamında oluşan politik riskler kural olarak idarenin üzerinde bırakılmaktadır. Ancak, sözleşme imzalandıktan sonra mevzuatta meydana gelen değişikliklerden kaynaklanan risklerin kimin üzerinde kalacağına ilişkin farklı olasılıklar söz konusu olabilmektedir.

Her ne kadar uygulamada birçok idarenin, özellikle yerel idarelerin, mevzuat üzerinde hemen hemen hiç etkisinin olmadığı ve özel sektörün mevzuat değişikliğinin sözleşmeye yapacağı etkileri hesaplayarak bu değişikliklerin yapılan işe etkisini azaltacak çözümler üretmede uzman olduğu düşünülerek, yüklenicinin mevzuat değişikliğinden doğan risklere katlanması veya onları paylaşması gerektiği savunulsada, riskin kimin üzerinde kalacağı mevzuat değişikliğinin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Sözleşme imzalanırken öngörülemeyen⁵⁰ ve direkt olarak sözleşme konusu projeyi etkileyen mevzuat değişikliğinden kaynaklanan riskler sözleşmeci idarenin üzerinde bırakılmaktadır.

Ekonomik riskler, faiz oranları, döviz kurları, enflasyondan kaynaklanmaktadır. Proje şirketince borcun yabancı kreditorlerden alınması, döviz kurunun dalgalanmasından kaynaklanan döviz riskini ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu riskin azaltılarak KÖİ projelerinin özel sektör için cazip hale getirilmesi için, döviz riski,

⁴⁹ Şener, **a.g.e.**, s.61.

⁵⁰ Öngörülemeyen hallere örnek mücbir sebepler verilebilir mi? Bu durumda her iki tarafın zararı doğacaktır bu zarar durumunda kamunun sorumlu tutulması yerine burada da risk paylaşımının olması daha doğru bir yaklaşımdır.

hükümetler, ihracat kredisi ajansları veya uluslararası finans kuruluşları tarafından üstlenilebilmektedir.⁵¹

"Yapım riski, yapının sözleşmede belirtilen zamanda, maliyetle ve kalitede bitirilememesine ilişkin bir risk olup, yükleniciye devredilmektedir."⁵² "Yapım riski, iş gücü ve girdi maliyetlerindeki değişimler, yetersiz maliyet yönetimi, uygun olmayan yapım tekniklerinin kullanılması, olumsuz hava ve saha koşulları ve projeye karşı gelişen hareketler, gerekli izin ve onayların alınmasında yaşanan gecikmeler nedeniyle ortaya çıkabilmektedir".⁵³

Projeye ilişkin bütün risklerin belirlenmesi, risklerin etkilerinin sınıflandırılması, olasılıkların doğru tespit edilmesi ve riskin onu en iyi yönetecek tarafa bırakılması projenin başarıya ulaşması için oldukça önemlidir.⁵⁴ Bu sebeple burada yukarıda yazılı olan tüm risk grupları için doğru adımlar atılmalı ve hem kamu hem de özel sektör açısından başarılı bir KÖİ modeli elde edilmeye çalışılmalıdır.

Daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere KÖİ modelinde, risk paylaşımı söz konusudur. Risk, idare, özel hukuk kişisi (proje şirketi), kreditorler ve hizmetten yararlananlar arasında farklı ağırlıklar ile dağılmaktadır.⁵⁵ Bu kişilere taşeronları ve sigorta şirketlerini de eklemek mümkündür. Risk paylaşımı ile riskin gerçekleşmesi halinde bunun sonuçlarına kimin katlanacağı belirlenir. Riskin onu en iyi yönetecek tarafa bırakılması verimliliği artırarak maliyetlerin en uygun düzeyde kalmasını sağlayacaktır. Bu sebeple başarılı bir KÖİ modeli özel sektöre aktarılan risk ile idarede kalan arasındaki dengenin kurulmasına bağlıdır.⁵⁶ Bu dengenin kurulmaması ileride sözleşmenin yeniden müzakere edilmesine sebebiyet verir ki bu sebeple sözleşme müzakerelerinin mutlaka sınırlı tutulması gerekir. Bu projelerde tespit edilmesi gereken en önemli hususlardan biri de ne tarz risklerin olabileceği ve bu risklerin nasıl minimize edilebileceğidir. Risklerin minimuma indirilmesi konusunda da yukarıda da belirttiğimiz üzere risk dağılımının doğru yapılması en önemli faktördür. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; özel sektörün

⁵¹ Emek, Uğur, **Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Sözleşmeleri: Beklenti ve Gerçekleşme**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C.7, S.1, s.148. Alican, Nesrin, **Kamu Hizmetlerinin Finansmanında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları Yaklaşımı**, AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Bülteni, s. 3-4.

⁵² Yescombe, **a.g.e.**, s.19.

⁵³ Şener, **a.g.e.** s.63.

⁵⁴ Yescombe, **a.g.e.**, s.19.

⁵⁵ Karabulut, **a.g.e.**,s.37. , Evren, a.g.e., s.60.

⁵⁶ Evren, **a.g.e.**, s.60.

yüksek risk içeren sorumlulukları üstlenmesi için devlet tarafından sunulacak teşvikler oldukça değerlidir.

Tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuku açısından da risk paylaşımı önemsenmiş ve dağılımın doğru yapılması adına birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelere ilişkin bir örnek vermek gerekirse; "*Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin*" 5. maddesinde yer alan ifade⁵⁷ kamu özel işbirliklerinin Türkiye’de anlaşılmaya başlandığını göstermektedir.

Risk değerlendirmesi yapılırken bazı soruların cevaplarının aranması gerekir. Bu sorular;

- Ne yanlış gidebilir?
- Bunun olasılığı nedir?
- Olursa hangi sonuçlar doğabilir?
- Bu riskler kabul edilebilir düzeyde midir?
- Bu riskin sorumluluğu hangi taraftadır ve sonucu kime ait olmalıdır?,
- Riskler projeye katılımı özel sektörün çekincelerine sebep olmakta mıdır?
- Müzakere veya mevzuat değişikliği ile riskler ne kadar engellenebilir?⁵⁸

Tüm bu soruların cevabı kesin olarak bilinemese de iyi bir inceleme ile en yakın cevabı bulmak mümkündür. Bu cevaplar tespit edilirken hazırlanacak raporlar özel sektörün kafasındaki soru işaretlerini giderdiği gibi, kamu yararının da ortadan kalkmasını engelleyecektir. Ayrıca özellikle finansman ve inşaat risklerinde risklerin ortaya çıkarabileceği sonuçlar açısından her zaman bir B planının hazır olması ve bunun sözleşmeye yansıtılması da oldukça önemlidir.

C. FİNANSMAN ÖZEL SEKTÖR TARAFINDAN KARŞILANIRKEN, İDARENİN ÇEŞİTLİ DESTEKLER VERMESİ

KÖİ modelinde, özel sektör, yapılacak projede finansmanı sağlayan taraf olmakla birlikte idare tarafından kendi lehine destek sağlanmasını, belli teşviklerin sunulmasını,

⁵⁷ ‘‘Taraflar arasında dengeli bir risk paylaşımının sağlanması esastır’’

⁵⁸ Keşli, a.g.e., s. 117. , BOUSSABAIN, Abdelhalim, **Cost planing of PFI and PPP Buildings Project**, 2007, s.256.

garantilerin verilmesini de isteyen taraftır. İdare de özel sektöre sunduğu finansman karşılığında belli teşvikler verip garantiler sunarak bu işbirliğini yürütmektedir.

Teşvikler ve garantiler idarenin öngörüsüne göre değişkenlik gösterebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus özel sektöre sağlanan bu teşviklerin özel sektörün memnuniyetini sağladığı gibi kamu yararının önüne de geçmemesini sağlamaktır. Aksi halde bu işbirliği, kamu yararını ortadan kaldırmış ve özel sektörün kazanç kapısı olarak görülmeye başlanacaktır.

a. Teşvikler

"KÖİ modelinde teşvikler, projeye, uygulandığı sektöre göre değişkenlik gösterebilir. Özel sektöre tanınacak bu teşvikleri, finansal, operasyonel, yasal ve maddi olmayan teşvikler olarak dört kategoriye ayırarak incelenmesi mümkündür."⁵⁹ "Finansal teşvikler pozitif sonuçlara ulaşmak için paydaşları motive etmede oldukça etkili olup, uygulayıcının taşıdığı risklerin düzeyi ile orantılı olan teşviklerdir. Bu durum bir kaldıraç işlevi görerek paydaşların getiri beklentilerini artırmaktadır. Kredi ücretlerinin düşürülmesi veya hizmet ücretlerinin azaltılması gibi uygulamalar özel sektör girişimcilerine sağlanan finansal teşviklerdendir. KÖİ uygulamalarında hükümetlerin özel sektör girişimcisine sağladığı en önemli teşviklerden olan finansal teşvikler garantiler, sübvansiyonlar ve finansal araçlar (borç, öz kaynak) şeklinde üç temel araçla sağlanabilmektedir. Hükümetlerin özel sektör girişimcisine verebileceği garantiler özel sektör girişimcisini öngörülemeyen veya kontrol edilemeyen risklerden korumak için getirilmektedir."⁶⁰

"Operasyonel teşvikler, sözleşme hükümlerine aykırı işlemlere veya bu işlemleri yapan kişilere karşı yaptırımlar şeklinde uygulanabileceği gibi daha iyi hizmet sağlamada gerekli sorumlulukları yerine getirenlere imtiyaz sağlanması şeklinde de uygulanabilmektedir. Operasyonel caydırıcı faktörler, sözleşme standartlarını sağlamayanları cezalandırmak için de kullanılabilir."⁶¹

"Yasal teşvikler, belirli bir zaman dilimi içinde KÖİ projelerinin zamanında uygulanmasında etkili olabilen ve mevzuat düzenlemeleriyle sağlanan teşviklerdir.

⁵⁹ Uysal, a.g.e., s. 390. Conde, A. B. A., Brown, C. ve Suarez, J.R., **Public private partnerships: Incentives, risk transfer and real options. Review of Financial Economics**, 2007, 16(4), 335-349.

⁶⁰ Commission, 2008, **a.g.e.**, s.39-40.

⁶¹ Uysal, **a.g.e.**, s. 390.

Maddi olmayan teşvikler ise, şeffaf iletişim, işbirliği ve daha az politik davranış gibi ilgili aktörler arasındaki bağlılık ve güven düzeyine katkıda bulunan teşviklerdir."⁶²

Teşviklere ilişkin bir diğer ayırım ise; pozitif teşvikler ve negatif teşvikler şeklinde yapılmaktadır. Bu ayırma göre, özel sektöre ödüller, maliyet paylaşımı ve fiyatlandırma düzenlemeleri gibi pozitif teşvikler sağlanabileceği gibi sözleşme hükümlerine uyulmaması durumunda cezalar ve çeşitli ödemeler gibi olumsuz teşvikler de söz konusu olabilmektedir.⁶³

Dünya üzerinde KÖİ modelini uygulayan ülkelerin her birinin farklı teşvik mekanizmaları geliştirdiği veya bazı teşviklere daha ağırlıklı olarak başvurdukları görülmektedir. Örneğin, Avrupa, performansa dayalı teşvikleri birleştirme geleneğine sahip dünyanın en büyük bölgesidir.⁶⁴ Bu konuda Avrupa en köklü teşvik geleneğine sahip kıtadır. İspanya, Finlandiya, Macaristan, Norveç, Portekiz ve İngiltere özellikle ulaştırma sektöründeki KÖİ'lerde olumlu teşvikler getirmişlerdir. Olumlu teşvikler, yüklenicinin gerekli standartların üzerinde performans göstermesi durumunda ödüllendirileceği teşviklerdir.⁶⁵ Ayrıca, özel sektör girişimcisine vergisel istikrar taahhüdü verilmesi, projelerin inşasında kullanılacak ürünlerin ithalatında ve uzun süreli teminatlardan elde edilecek gelirlere vergi muafiyetinin sağlanması da bazı ülkelerde özel sektör girişimcilerine teşvik olarak uygulanmaktadır. ⁶⁶ Bunlarla birlikte özellikle İngiltere'de uygulanan KÖİ projelerinde özel sektör, üzerinde anlaşılan hizmetleri sunmakla sorumlu olan hükümetle bir sözleşmenin temelinde sermaye yatırımı sağlaması durumunda Birleşik Krallık'ın özel finans girişimi modelinde, özel konsorsiyumlar yeni projeleri finanse etmek, inşa etmek ve bazen yönetmek için hükümetle uzun vadeli sözleşmelere girmektedirler.

b. Garantiler

KÖİ sözleşmelerinde hükümet tarafından sağlanan garantiler çeşitli finansman ve sözleşme garantileri olarak ikiye ayrılmaktadır. Finansman garantileri, kamu idaresi tarafından özel sektör girişimcisine düşük faizli veya faizsiz borç verilmesi, özel sektörün

⁶² Conde, **a.g.e.**, s.336.

⁶³ Shrestha, A., Chan, T. K., Aibinu, A. A. ve Chuan, **Efficient risk transfer in PPP wastewater treatment projects, Utilities Policy**, 2007, s.133, Uysal a.g.e. s.390.

⁶⁴ Rangel Thais/ Vasallo Manuel Jose/ Ramirez Blanca Arenas, **Plementation of safety based incentives in Public Private Partnerships (PPPs): an empirical analysis for the case of Spain**, 2011,s.4.

⁶⁵ Rangel Thais/ Vasallo Manuel Jose/ Ramirez Blanca Arenas, a.g.e., s.4.

⁶⁶ Uysal, **a.g.e**, s. 391.

yabancı finans kuruluşlarından kredi çekmesi durumunda ise girişimcisinin borçlarına garantiler verilmesi, borcun yenilenmesi garantisi, sermaye desteği sağlama garantisi gibi garantilerdir.⁶⁷

Sözleşme garantileri ise, gelir veya talep garantisi, minimum hizmet giderleri garantisi, fesih ödemeleri garantisi, kalıntı değer ödemeleri garantisi, satışlar belli bir düzeyin altına düşmesi durumunda ticari fiyatla kullanıcı fiyatı arasında sübvansiyon sağlama garantisi, performans garantisi, çeşitli vergi ve harçlardan muaf tutma garantisi ve rekabete karşı garantiler sunma şeklinde uygulanmaktadır.⁶⁸

Başka bir sınıflandırmaya göre ise, hükümetin KÖİ projesiyle öngörülen gelirlerin belirli bir yüzdesini garanti etmesi anlamına gelen gelir garantisi, ani ve yüksek kur değişimlerinden meydana gelebilecek zararların garanti edilmesi olarak ifade edilen kur riski garantisi, borçlunun (proje şirketini) temerrüde düşmesi durumunda anlaşmanın şartlarına bağlı olarak hükümetin krediyi finans kuruluşuna geri ödemesini ifade eden borç garantisi ve uzun süreli mücbir sebep hallerinde veya imtiyaz sözleşmesinde öngörülen bazı olağanüstü durumlarda hükümetin KÖİ projesini satın alması olarak tanımlanan mücbir sebep garantileri şeklinde KÖİ garantileri uygulanmaktadır.⁶⁹

IV. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ'NDE TARAFLAR

KÖİ modeli birçok kişi, kurum ve kuruluşun birbiri ile ilişki içerisinde olduğu karışık bir ağıdır.⁷⁰ Uygulama sözleşmesinin kamu tarafı, federal devlet, federe devlet, merkezi hükümet, bölgesel hükümet bakanlıklar, mahalli idareler, kamu kurum ve kuruluşları olabilirler.⁷¹ Sözleşmenin özel hukuk kişisini ise, proje şirketi temsil eder.⁷² Uygulama sözleşmesinde hangi tarafın daha fazla yetki ve hak sahibi olacağı hususu değişiklik göstermektedir. Avrupa'da kamu kesiminin ağırlığı daha fazla iken ABD'de bu durum tam tersidir.⁷³

⁶⁷ Bülbül, Duran, **a.g.e.**, s.98.

⁶⁸ Uysal, **a.g.e.** s. 390.

⁶⁹ Commission, 2008, **a.g.e.**, s. 40.

⁷⁰ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s.146.

⁷¹ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s.148.

⁷² Yescombe, **a.g.e.**, s.3.

⁷³ Göymen Korel, "Türkiye'de Özel Girişimin Yerel Kalkınmaya Katkısının Sağlanması, Sabancı Üniversitesi İstanbul Politikalar Merkezi, İstanbul, 2009, <https://research.sabanciuniv.edu/11963/> Erişim Tarihi: 01.11.2021

Türkiye’de KÖİ tarafları aktarılırken şehir hastaneleri projesi ve eğitim sektörü için uygulamaya konmaya hazırlanan proje baz alınacaktır. Bu projelerde uygulama sözleşmesinin taraflarından idareyi Sağlık Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı oluştururken özel hukuk kişisini bu proje için kurulmuş proje şirketi olarak adlandırabileceğimiz şirket temsil etmektedir. Tarafları tezimizin ana konusu olan üst hakkı sözleşmesi için değerlendirdiğimizde özel hukuk kişisini yine bu iş için kurulmuş şirket oluştururken karşısında muhatap olarak göreceği bakanlık Hazine ve Maliye Bakanlığı olacaktır. Bunun sebebi KÖİ kapsamında yapılan tesisler için Hazinenin özel mülkiyetindeki arazilerin kullanılacak olmasıdır.

KÖİ projelerinin tarafları idare ve özel hukuk kişisi (proje şirketi) olmasına rağmen her projede konusuna göre değişiklik gösterecek olmakla beraber proje şirketi, proje şirketinin tesislerin inşası, mal ve hizmet alımları için anlaşıcağı tedarik şirketleri, proje şirketinin finansmanı sağlamak için anlaşıcağı kredi merkezleri, sigorta şirketleri, danışmanlık şirketleri ve verilen hizmetten yararlanacak olan kişiler bu işbirliğinin aktörleri arasında olacaklardır.⁷⁴ KÖİ projelerinde yer alan bu aktörlerden, projenin başarısı üzerinde etkisi olanlar aşağıda ayrıca incelenecektir. Burada kullandığımız aktör terimi taraf teriminden geniş kapsamlıdır. Taraf terimi dar anlamda KÖİ projesinde akdedilen sözleşmenin taraflarıdır.

Sözleşme aktörlerine yer verdiğimizde şunları söyleyebiliriz: Özel hukuk kişisi tarafından kurulan proje şirketi⁷⁵, genellikle %20 olarak belirlenen öz sermayenin

⁷⁴ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s. 149.

⁷⁵KÖİ projelerinde taraflarından olan özel hukuk kişisi projeyi gerçekleştirmek amacını güden şirkettir. Kamunun finansman ve teknolojik bilgi ve birikiminin yetersiz olması sebebiyle gerçekleştirilecek olan projede sözleşme tarafı olarak yer almıştır. Özel hukuk kişisi tarafından proje şirketi kurulabilecektir. Proje şirketi, projeyi gerçekleştirmek amacıyla kurulan şirkettir. Kurulmasının faydaları mevcuttur ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere mevzuatta aksi yönde bir hüküm yoksa kurulma zorunluluğu yoktur. Projeyi kamu ihalesini kazanan firma tek başına yapabilir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere kurulmasının getireceği faydaların olması sebebiyle proje şirketleri kurulabilmektedir. Yeni oluşturulan proje şirketlerinde hissedarların sorumlulukları sermayeleri ile sınırlı olduğundan, finansal kurumlar doğrudan proje şirketlerine borç vermekte ve hissedarlara rücu etme ihtiyacı duymamaktadırlar. Ayrıca projenin mali durumunu izlemek ve doğru değerlendirmek için projeyi yürütecek şirketin, hissedarlarının diğer şirketlerinden yapısal olarak ayrıştırılması çok daha doğru olacaktır. Projeyi yürütmek için kurulan yeni şirket projeden kaynaklanan hak ve yükümlülükler proje şirketinin bilançolarında toplulaştırılmış biçimde görülecektir. Proje şirketleri gelirlerini öncelikle projenin devamı için gerekli olan bakım ve onarım harcamalarına, daha sonra da sırasıyla ticari ve mali borçların yapısal kredi ve temettülerin ödenmesine tahsis edecektir. Hissedarların sorumlulukları ise projenin gerektirdiği finansmanı bulmak, yapım ve işletme/arz riskini üstlenmek, ihtiyaç duyulan hizmetleri belirlenen standartlarda sunmak, sözleşme süresince hizmet sunumunda kamu politikalarına uyum sağlamak ve sözleşme süresinin sonunda tesisleri devlete devretmektir. Emek, Uğur, Altyapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri, İstanbul, 2010, s.38-43.

haricinde yapım ve diğer gereksinimler için ihtiyaç duyulan tüm parayı kredi kuruluşlarından temin eder.⁷⁶ Kredi verenler, verdikleri kredinin geri ödemesini garanti altına almak amacıyla kredi öncesi öncelikle ilgili araştırmaları yaparak bir due diligence raporu hazırlarlar. Bunun amacı finans kredi alan şirketin borç ödeme yeterliliğinden ziyade projenin borç ödeme yeterliliğine sahip olup olmadığı da incelenir.

Kredi verenler, kamu arazisi üzerinde yapılan tesisler için özel hukuka tabi ilişkilerde olduğu gibi borcun ödenmemesi durumunda kamu taşınmazlarının cebri icra yoluyla alınamayacağını bilmektedirler. Bunun sebebi KÖİ kapsamında yapılan tesislerin kamu arazileri üzerinde yapılmış olması ve taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin sona ermesi ile birlikte tüm tesislerin idarede kalacak olmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁷ Bu sebeple verdikleri kredileri garanti altına almak amacıyla ek teminatlar isteyip devlet garantisini talep etmektedirler. Bununla birlikte kredi verenlere proje şirketinin taraf olduğu bir kısım sözleşmelere taraf olabilmek, projenin teknik veya finansal yetersizlikler nedeniyle devam ettirilemez hale gelmesi ihtimaline karşı projeyi tamamlamak için yeni bir sözleşmenin getirilmesini talep etme hakkı tanınması ve ev sahibi ülkenin köprü kredi sağlaması da tanınan ayrıcalıklardandır.⁷⁸

Kredi verenler, proje şirketlerinin verdiği hizmetlerin istenen kalitede olmaması, borç ödeme yükümlülüğünü ihlal etmesi ve sözleşmenin proje şirketinin kusurundan dolayı sona erdirilmesi durumunda müdahale hakkının tanınmasını talep etmektedir.⁷⁹ Bu hak kredi verenlere proje şirketinin yönetiminin kendileri tarafından belirlenmesini veya direkt kendisinin projeyi bizzat yürütmesine imkan tanımaktadır. Ancak kredi verenlere tanınan haklardan olan müdahale hakkının verilirken doğru şekilde verilmesi ve belli konularda sınırlandırılması gerekmektedir. Müdahale hakkının tanınması için gerekli olan koşul proje şirketinin yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmiş olmasıdır.⁸⁰ Bu

⁷⁶ Mevzuatta da genellikle aynı oran aranır. Örneklendirecek olursak; 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu Uygulama Kararı madde 17 ; 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun madde 6. Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s.149.

⁷⁷ Yılmaz, Osman, **Altyapı Projelerinin Finansmanında Yap- İşlet- Devret (YİD)Modeli, Altyapı Ekonomisi, Altyapı Hizmetlerinde Serbestleşme ve Özelleştirme**, Edt. Coşkun Can Aktan – Dilek Dileyici – Vural İstiklal, Ankara, 2005, s.157.

⁷⁸ Yılmaz, Osman, **Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması**, DPT, Uzmanlık Tezleri, Yayın No: 2493, Ankara, 1999, s.31.

⁷⁹ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s.151.

⁸⁰ UNCITRAL'e göre; kreditorlerin müdahale haklarını kullanabilmeleri için proje şirketinin hizmet sunumuna ilişkin kusuru tekrarlayan ve düzeltilmez nitelikte olmalıdır. UNCITRAL, s.148,Evren, Çınar Can, **a.g.e.** s.181.

hakkın verilmesi için ayrıca ek şartlarda aranabilir. Örnekleyecek olursak Portekiz’de öncelikle bu yetkinin sözleşmeyle kreditorlere tanınması idarenin kreditorlere izin vermesi, mevzuatın izin verdiği ölçüde bir müdahale olması, müdahalenin proje şirketinin yükümlülüklerini yerine getirmesine imkan verecek uygulamalarla sınırlı ve bu nedenle de belirli bir süre için geçerli olması gerekir.⁸¹ Ayrıca müdahale hakkı idarenin onayına tabidir. Kredi verenler yeni bir proje şirketinin belirlenmesine ilişkin yeni bir teklifte bulunabilirler. Ancak burada da idarenin onayının olması gerekmektedir.

Kanaatimizce kredi verenlere müdahale yetkisinin verilmesinin belli sınırlar çerçevesinde olması gerekir. Ağır kusur veya insan, mal ve çevreye karşı ciddi bir sağlık veya güvenlik tehdidinin bulunması durumunda kullanılabilmesi daha uygun olacaktır.

Ayrıca idarenin de özel hukuk kişisine müdahalesi mümkündür. İngiltere’de idarenin sözleşmeci karşı tarafın yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını geçici bir süreliğine üstüne alması, acil olarak çözüme kavuşturulması gereken önemli ve kısa süreli bir problemin idarece özel kişiye oranla daha hızlı çözülebileceği hallerde idarenin de müdahalesi olacaktır. Fakat bu durumun koşullarının taraflar arasında akdedilecek sözleşmede yerini alması gerekir. Aksi halde müdahaleden kaynaklanan masrafların kim tarafından karşılanacağı hususu sorun oluşturacaktır.⁸²

Türk Hukukunda da kredi verenlere müdahale hakkı mevcuttur. Örneğin Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin 4. maddenin 10. bendinde yer alan "*İdare tarafından gerekli görüldüğü takdirde projenin gerçekleşmesine yönelik olarak yükleniciye finansal kaynak sağlayan kurumlar ile idare arasında imzalanacak kira ödemelerinin idare tarafından beyan edileceği sözleşmede, finans sağlayıcılara yükleniciyi malî, idarî ve hukukî açıdan denetim yetkisi veren ve gerekirse yüklenicinin yerine idarenin onayına bağlı olarak yeni bir yüklenicinin tayin edilmesine ilişkin düzenleme*" müdahale hakkının kapsamını belirlemektedir. Bununla birlikte 6428 sayılı Kanun’un 4/6 fıkrası uyarınca; "*Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet*

⁸¹ Evren, a.g.e., s.152.

⁸² Evren, a.g.e., s.174.

açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir."

Müdahale yetkisini üst hakkı açısından değerlendirdiğimizde şunları ifade edebiliriz. Üst hakkı sahibi ile uygulama sözleşmesinin tarafı olan özel hukuk kişisi aynı kişilerdir. Bu durumda müdahale yetkisinin kullanılmasıyla birlikte üst hakkının da uygulama sözleşmesi gibi devir edilmesi gerekmektedir. KÖİ modelinde üst hakkının devrine ilişkin hususlar 3. bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

V. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİNİN YAKIN KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

KÖİ kavramının benzer kavramlarla ilişkisi tam olarak ortaya konulmadığı için doktrinde farklı tanımlamalar yapılmıştır.⁸³ Ancak bu kavramlar birbirinden çok farklıdır ve amaçları, hukuki rejimleri ve uygulanma şekilleri özelleştirme veya kamu ihalesi ile benzerlik göstermemektedir.⁸⁴

A. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE ÖZELLEŞTİRME

KÖİ projelerinin özelleştirme ile ayrımını ortaya koymak için öncelikle özelleştirmenin tanımının yapılması gerekmektedir fakat özelleştirme ile ilgili doktrinde birçok tanım yer almakla beraber 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da özelleştirmenin tanımı net bir şekilde açıklanmamıştır. Bu sebeple doktrinde yer alan tanımlara yer vereceğiz. Türkiye'de özelleştirme, üç farklı anlamda kullanılmaktadır.⁸⁵ Üç farklı anlamda kullanılması da uygulama da yaşanan problemlerin temelini oluşturmakla beraber algılama problemi yaratmaktadır.⁸⁶ Bu üç farklı anlamdan ilki; Bir kamu hizmeti faaliyetinin kamu hizmeti olmaktan çıkarılarak hizmeti görme işinin özel sektöre bırakılması ve idaresinin sadece kolluk yetkisine dayanarak verilen hizmetin denetimini yapmasıdır. İkinci anlamı; Kamu hizmetinin görülmesinin imtiyaz

⁸³ Bkz: Kamu Özel İşbirliği Kavramı başlıklı bölüm.

⁸⁴ Keşli, **a.g.e.**, s.47.

⁸⁵ Gülan, Aydın, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", İÜHFM, C.56, S. 1-4, s.101.

⁸⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.49.

ruhsat gibi sözleşme ve tek taraflı işlemlerle özel sektöre bırakılmasıdır. Üçüncüsü ise; kamunun sahip olduğu malların satılmasıdır.⁸⁷ Bu tanımlardan yola çıkarak KÖİ uygulaması ile özelleştirme uygulamaların karıştırılma olasılığını kabul etmekle birlikte biraz içine girildiğinde iki uygulamanın farklarını ortaya koymanın çok da zor olmadığı aşıkardır.

Özelleştirmede amaç devletin hizmetlerden çekilmesi ve mal ve hizmet üreten tesislerin elden çıkarılması iken KÖİ uygulamalarında hizmet ve tesisler devletin mülkiyetinde kalmakta finansman konusunda özel sektörün ağırlığının artması söz konusudur.⁸⁸ Ayrıca sözleşme süresinin bitiminde tesislerin idareye devredilecek olması da özelleştirme ile KÖİ uygulamalarını birbirinden ayırmaktadır.

KÖİ uygulamalarında idarenin aktif rol oynaması da bu iki kurumu birbirinden ayırmaktadır. "KÖİ uygulamalarında hizmetin standardı, usulü, biçimi ve bunun gibi birçok hususu idare belirlemektedir."⁸⁹

Son olarak KÖİ uygulamalarında hizmetten yararlanacak kişilerden alınacak bedeller idare ile özel hukuk kişisi arasında akdedilecek sözleşme ile belirlenir. Hizmetin özelleştirilmesinde ise; düzenleme yetkisi uyarınca bazı hizmetlerin fiyatları idarece belirlenebilir olmakla birlikte, bazılarının fiyatı tamamen piyasa hareketlerine göre tespit edilir.⁹⁰

B. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE KAMU İHALELERİ

Uygulamada görülen diğer bir yanlış ise KÖİ uygulamalarının bir kamu ihalesi olarak görülmesidir.⁹¹ Öncelikle belirtmemiz gerekir ki; ihale bir hizmet sunumu yöntemi değildir. İhale, idarenin mal ve hizmet alımında veya yapım işinde yani sözleşme yapmak istediği herhangi bir durumda sözleşmeyi imzalamadan önce, yasada öngörülen usullere göre sözleşmeci olacak karşı tarafı sözleşmenin içeriğini belirlemek amacıyla başvuru olan bir süreçtir.⁹²

⁸⁷ Çınar, Can Evren, **a.g.e.** s. 393-394.

⁸⁸ Çınar, Can Evren, **a.g.e.**, s.394.

⁸⁹ Çakır, Mehmet Kadir, **6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model Yapı Kırma Devret**, Ankara, 2016, s. 50.

⁹⁰ Çınar, Can Evren, **a.g.e.** s.395.

⁹¹ Keşli, **a.g.e.**, s. 57.

⁹² Kutlu Meltem, **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 109.

Kamu ihalesi, kamunun kendi finansman gücü ile bir mal veya hizmet almasıdır. KÖİ uygulamasında ise; kamunun özel sektör finansmanı ile bir mal veya hizmetin sunulmasını sağlaması söz konusudur.⁹³

C. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE ORTAK GİRİŞİM

Türkçe’de Ortak Girişim adı ile anılan Joint Venture iki veya daha fazla işletme bir araya gelerek, belirli bir amaca ulaşmayı hedef almaktadır.⁹⁴ Doktrinde ortak girişimle ilgili birçok tanıma yer verilmiştir. Bu tanımlardan birkaçını aktaracak olursak "Ortak girişim, birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin, belirli bir işi veya süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme etrafında bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsil sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri anlamını taşır."⁹⁵

Bir diğer tanımlamada ise; *"İki veya daha çok ortağın kendi faaliyetlerini sürdürürken belli bir işi görmek üzere sürekli veya geçici olarak bir ortaklık kurup bu ortağa kendi işletmelerinden teknik, mali, ve ticari destek sağlamak üzere anlaşmalardır"* şeklinde tanımlanmıştır.⁹⁶

Bu tanımlardan yola çıkarak KÖİ ile Ortak Girişim’in farkını ortaya koyacak olursak Ortak Girişim kamu ve özel sektörün ortak bir şirket çatısı altında pay sahibi, ortak konumunda olmaları gerekirken KÖİ modelinde sözleşme ile oluşturulan ve taraflar arasında bir risk paylaşımına dayanan proje süresi ile sınırlı bir işbirliğinin olduğunu söyleyebiliriz.⁹⁷

D. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE KAMU İMTİYAZ MODELİ

İmtiyazlar, en eski KÖİ modelidir. İmtiyaz, idarenin bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, kamu hizmetinin özel hukuk kişisi tarafından kurulması ve/veya işletilmesi

⁹³ Keşli, **a.g.e.**, s.61.

⁹⁴ Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 17.

⁹⁵ Barlas, Nami, **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul, 1998, s.188.

⁹⁶ Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 2011, s.1055.

⁹⁷ Gökyurt, Fatih, **İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**, Ankara, 2018, s. 44.

usulüdür. Anayasa Mahkemesi imtiyazı; "Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri olarak tanımlanmaktadır.⁹⁸ Kamu özel işbirliği uygulamalarında özel hukuk kişilerine verilen imtiyaz, kamu imtiyaz usulünden farklıdır. İmtiyazda özel sektör kural olarak gelirini kullanıcılardan aldığı ücretle karşılamaktadır.⁹⁹ Fakat kamu özel işbirliğinde idare sadece imtiyaz vermemekte, ayrıca sözleşmeciyeye belirli ödemeler de yapmaktadır.¹⁰⁰

Brezilya'da KÖİ mevzuatı sadece idarenin ödeme yaptığı kamu özel işbirliği modellerinde uygulanmaktadır; hizmetten yararlananların ödeme yaptığı kamu hizmeti gördürme usullerine imtiyaz adı verilmekte ve imtiyaz kanununa tabi olmaktadır.¹⁰¹

Kamu imtiyaz sözleşmelerinin bir diğer farkı ise, Kamu imtiyazlarında imtiyazcının işlettiği tesisler ancak satın alma veya kamulaştırma yolu ile kamu sektörüne devredilebilmesine rağmen, kamu özel ortaklığında imtiyaz süresinin sonunda kamu sektörü hiç bir bedel ödemedi imtiyazcının işlettiği tesislerin mülkiyetine sahip olmaktadır.¹⁰²

E. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ VE YAP İŞLET DEVRET MODELİ

Yap İşlet Devret modeli ilk kez Türkiye'de ve enerji üretimi için kullanılmıştır.¹⁰³ Turgut Özal'ın başbakanlığı zamanında Akkuyu Nükleer Santral Projesi ilk yap işlet devret modeli olarak bilinmektedir.

Yap İşlet Devret modelinin tanımı öğretide bir çok yazar tarafından yapılmakla birlikte ülkemizde YİD modelini içeren 08.06.1994 tarihinde kabul edilen "3996 Sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun'un" 3.a maddesi ile de ilk kez tanımlanmıştır. İlgili kanunda yapılan

⁹⁸ Anayasa Mahkemesi: 1994/43 E., 1994/42-2 K., Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, C. 1, S.31, s. 303.

⁹⁹ Yescombe, a.g.e., s.31. Kahraman İsmail, **Danıştay'ın İmtiyaz Sözleşmeleri Üzerindeki İdari Görev ve Yetkiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.2.

¹⁰⁰ Yücel, Ali Rıza, **İdari Sözleşmeler ve İmtiyaz Sözleşmeleri**, Türkiye Mühendislik Haberleri, s.73-77, Bkz; <https://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/72.pdf> Erişim Tarihi; 01.10.2021.

¹⁰¹ Evren, a.g.e., s.395

¹⁰² Tan, Turgut, **Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline**, C.47, S.03, 1992, s. 323-324 Bkz; https://doi.org/10.1501/SBFder_0000001596, Erişim Tarihi; 01.10.2021.

¹⁰³ Yescombe, a.g.e., s.8.

tanıma göre; "Yap-işlet-Devret Modeli; İleri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesidir."

Doktrinde yer alan tanımlara yer vermek gerekirse Günday; "YİD pek çoğu ya merkezi ya da yerel yönetimler tarafından üstlenilmiş birer kamu hizmeti niteliği taşıyan alt yapı tesislerinin özel sektör tarafından masrafları karşılanmak suretiyle kurulmasını, yatırılan sermayenin amortismanı ve belli bir kar sağlaması amacıyla belli bir süre işletilmesini ve daha sonra da bedelsiz olarak idareye devir ve teslimini öngören bir yöntem olarak tanımlanmıştır."¹⁰⁴

Yap işlet devret modeli ile yapılabilecek işler detaylı bir şekilde 3996 sayılı kanunun 2. maddesinde açıklanmıştır. İlgili maddeye göre; "Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri (Ek ibare: 20/12/1999 - 4493/1 md.) 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, Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar." Madde de yer alan "Ticari bina ve tesisler, fabrika ve benzeri tesisler ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması işletilmesi ve devredilmesi" ifadeleri Kamu Özel İşbirliği amacıyla örtüşmemektedir. Burada çok genel bir ifade kullanılmış ve ticari merkezlerin veya bahsi geçen fabrikaların

¹⁰⁴ Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 2011, s. 407.

hangi faaliyetleri içereceği ve bu tesislerin kamu hizmetine nasıl dahil edileceği belirtilmemiştir.

Yap İşlet Devret Kanunu'nun kapsam maddesinin bu denli geniş olması yap işlet devret modeli ile üretilen mal ve hizmetlere çeşitli devlet destekleri verilebileceği için olumsuzluklara neden olabilir. Zira kamu hizmeti olmayan konularda özel sektöre verilecek destekler aynı sektörde faaliyet gösterecek şirketlerin rekabet güçlerini azaltacak ve idarenin eşitlik ilkesini ihlal etmesine neden olabilecektir.¹⁰⁵

Kamu Özel İşbirliği ile Yap İşlet Devret arasındaki farka geldiğimizde ise şunları söyleyebiliriz. Yap İşlet Devret modelinde de tıpkı kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi finansman kullanıcılardan elde edilmektedir. KÖİ olarak adlandırdığımız Yap Kirala Devret modelinde ise finansman idareden elde edilmektedir. Burada idare uygulama sözleşmesi süresi boyunca üst hakkı tesis ettiği yüklenici konumunda ki özel hukuk kişisine kira ödemesi yapacaktır.

Yap İşlet Devretten diğer bir farkı ise, kamunun özel hukuk kişisine devrettiği bazı hizmetlerin sağlanması üzerindeki kontrolünü kaybetmeyeceği, söz konusu hizmetin özel sektörün hiçbir zaman inisiyatifine bırakılmadan idarenin çizdiği çerçevede ve geleneksel denetim ve sorumluluk süreçlerine göre yapılacak olması açısından ayrı bir yöntem olduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁶

VI. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN ÜLKELERDEKİ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

KÖİ modeli pek çok ülkede kullanılmakta olup halihazırda da kullanılmaya devam etmektedir. KÖİ projelerinin çıkış yeri İngiltere olmasına karşın Avrupa'da çok daha yaygın görülmektedir. Tüm ülkeler KÖİ projelerine ilişkin mevzuatlarını düzenleyerek kendi sistemlerini kurmaya çalışmıştır.

¹⁰⁵ Evren, **a.g.e.**, s.490.

¹⁰⁶ Boz, Selman Sacit, **Kamu Özel İşbirliği PPP Modeli**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 4 S.2, 2013, s. 301.

KÖİ projelerinde tüm ülkeler için ortak bir nokta söylemek gerekirse büyük çaplı kamu hizmetlerinin kamu yararı gözetilerek özel hukuk kişisi ile idarenin işbirliği içinde çalışması durumudur diyebiliriz.¹⁰⁷

Günümüzde birçok ülke KÖİ programları geliştirmekte olduğundan, dünya çapında KÖİ faaliyetlerini ayrıntılı olarak araştırmak mümkün değildir, bu sebeple seçili ülkeler üzerinden KÖİ uygulamalarına yer vermeye çalışacağız.

A. BİRLEŞİK KRALLIK (İNGİLTERE)

Dünyada KÖİ uygulamalarını kurumsallaştıran ilk ülke İngiltere'dir. İngiltere'de eğitimden sağlığa, hapishanelerden çöp atık sistemine kadar pek çok alanda, 900'den fazla projenin gerçekleştirilmesi için KÖİ yöntemleri kullanılmıştır. İngiltere KÖİ yönteminin diğer ülkelerde de kurumsallaşması için çalışmalar yürütmektedir.¹⁰⁸

"The Private Finance Initiative" (PFI) yakın zamanlara kadar İngiltere'nin uyguladığı PPP modeliydi. Bu modelde temelde projenin bitiminden sonra alınan hizmetlerin kullanıcıların cebinden çıkması yerine hazineden karşılanmasını içeriyordu.¹⁰⁹ PFI, sadece kamu yatırımları için alternatif bir finansman kaynağı değil, aynı zamanda sermayeye ilişkin hizmetlerin de sunulduğu bir sözleşmedir. Bu modelde özel sektör tarafından finanse edilerek inşa edilen tesisin sözleşme gereği kamu sektörünce kiralanması zorunludur.¹¹⁰ Böylece, kamu sektörü sözleşmeden kaynaklanan ödemelerini gelecek yıllarda ödemekte özel sektör de gelecek yıllara dair gelir garantisi sağlamış olmaktadır. PFI modelinin yapısının genel anlamda 1997 yılında seçilen Blair hükümeti ile değiştiğini söyleyebiliriz. Başlangıçta çok sık tercih edilmeyen PFI modeli söz konusu hükümetin teşvikleri ile yaygınlaşmıştır.¹¹¹

¹⁰⁷" Pros and Cons Of Public Private Partnership " <https://www.thebalancesmb.com/public-private-partnership-pros-and-cons-844713> (Erişim : 26.09.2021)

¹⁰⁸ Yescombe, a.g.e., s. 36.

¹⁰⁹ Burnett, Michael, **The Current Private Finans Initiative (PFI) Reform in the United Kingdom - How should it be measured?** <https://doi.org/10.21552/EPPPL/2012/2/138> (Erişim Tarihi: 26.09.2021)

¹¹⁰ Marshall, Tom, Beatty,Helen and Cundall, Sam, Herbert Smith Freehills LLP "Public Private Partnership Law Review in United Kingdom", <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom> (Erişim Tarihi 26.09.2021)

¹¹¹ Marshall, Tom, Beatty,Helen and Cundall, Sam, Herbert Smith Freehills LLP "Public Private Partnership Law Review in United Kingdom", <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom> (Erişim Tarihi 26.09.2021)

Küresel olarak etkisini gösteren ekonomik kriz ile 2008 yılına gelindiğinde İngiltere'deki toplam PFI sayısında bir düşüş gerçekleşmiştir. Yıl 2012 olduğunda devlet daha şeffaf PF2 sistemini hayata geçirerek rekabete dayalı ihlaleler yapmaya, risk dağılımının daha tutarlı bir şekilde yapılmasına ve son olarak da yapılan sözleşmelerin geliştirilmesine herhangi bir ihtilafa yer vermeyecek daha geniş sözleşmeler hazırlamaya karar vermiştir. Bu sistemi getirmesinin tek sebebi ekonomik kriz değil, PFI sistemi ile ilgili görülen aksaklıklar sebebiyle bu modelin kamu nezdinde verilen paranın karşılığını vermediği ve bu hizmeti kullananların tatmin edilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Buna rağmen önümüzdeki dönemlerde PF2'nin de İngiltere'nin temel sistemi olma özelliğini kaybedeceği düşünülmektedir. Büyük Britanya genel anlamda PPP sistemini kullanan ülkeler arasında öncü olmasından dolayı ülkenin konuya ait yaklaşım ve tutumu pek çok başka ülke tarafından da uyarlandı ve ilgili yasalar yürürlüğü konuldu. İngiliz hükümeti 2020 yılının aralık ayından beri yeni bir model olan RAB çerçevesinde çalışmalarını sürdürmektedir. RAB modeli, Birleşik Krallık'ta su, gaz ve elektrik şebekeleri gibi altyapı varlıkları için kullanılan bir tür ekonomik düzenlemedir. Burada ki sistem de yapılan projelerde projeyi yapan özel sektör ile tüketicilerin risk paylaşımı yapması söz konusudur. Şöyle ki; kullanım bedeli tüketiciden alınacaktır. Buradaki hedef tüketicinin faturalarını en aşağıya çekebilmektir. Hükümet sözcüsü elektrik fiyatlarını belirleyen en büyük faktörün inşaat yapımının ne kadar masrafla ve ne kadar sürede bitirildiğidir demiş ve bu sistemin tüketicinin lehine olacağını savunmuştur.¹¹²Tüketiciden alınacak ücret bağımsız bir düzenleyici tarafından belirlenmektedir. Bu model 2016 yılında ilk kez Thames Tideway Tüneli projesinde uygulanmıştır. Bu model kapsamında bütçenin bir kısmı Birleşik Krallık Emeklilik Fonlarından karşılanmıştır.¹¹³

¹¹² Regulated Asset Base (RAB) Model for Nuclear, <https://es.catapult.org.uk/consultations/regulated-asset-base-rab-model-for-nuclear> Erişim :26.09.2021

¹¹³ RAB MODEL FOR NUCLEAR Consultation on a RAB model for new nuclear projects, <https://assets.publishing.service.gov.uk> Erişim tarihi : 26.09.2021, Marshall, Tom, Beatty, Helen and Cundall, Sam, Herbert Smith Freehills LLP "Public Private Partnership Law Review in United Kingdom", <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom> (Erişim Tarihi 26.09.2021)

Sonuç olarak gelecekte PFI modeli terk edilip oluşacak boşluğun yeni bir model veya devlet fonları vasıtası ile kapatılacağı aşikâr olup; bu sürecin yeni bir PPP modelinin hayata geçirilmesi lehinde işleyecek.¹¹⁴

B. FRANSA

Fransa, tarihi 17. yüzyılın ortalarında, Atlantik'ten Akdeniz'e kadar giden Canal du Midi'ye kadar uzanan, kamu altyapısı bakımından uzun bir İmtiyaz geçmişine sahiptir. 19. Yüzyıl boyunca ve 20. yüzyılın ilk yarısında su ve kanalizasyon sektörlerinde belediyelerin KÖİ'leri yaygınlaşmış ve bu işbirlikleri de medeni hukuka dayalı ülkelerde atık yönetimi ve kentsel taşımacılık gibi hizmetlerin sağlanmasında yaygın olarak kabul gören genel bir çerçevenin oluşmasına yol açmıştır. Benzer şekilde, demiryolu ve elektrik şebekeleri gibi kamu hizmetleri de yine İmtiyazlar çerçevesinde gelişmiştir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra bu kamu hizmetlerinin birçoğu devlete geri dönmüş ve otoyol gibi pek çok başka yeni altyapılar, o yıllarda, yatırımı kamu sektörü bilançosunun dışında tutan yapılar aracılığıyla, kamuya ait şirketler kullanılarak inşa edilmiş, devlet desteği verilmiş ancak kullanıcılara geçiş ücreti yansıtılmıştır.¹¹⁵

İmtiyazlar, Fransızcası *délégation de gestion du service public* olan ('bir kamu hizmetinin işleyişinin delegasyonu') için yapılan bir sözleşme şeklidir; diğer bir temel biçim de *Affermage* (yani *Franchise*'dir) ve bu da Kamu Otoritesi ile yapılan bir sözleşme kapsamında özel sektör yatırımcılarının talep riskini üstlendiği ve performans hedeflerini karşılamak zorunda olduğu, tesisin işletme ve bakımın gerçekleştirilmesini içeren, ancak tesis inşaatının finansmanının Kamu Otoritesi tarafından yapıldığı ve yine mülkiyeti de Kamu Otoritesi'nin elinde tuttuğu bir sözleşme şeklidir. Bir imtiyaz sonunda, bir tesisin özel sektör tarafından işletilmeye devam etmesine izin vermek için bir *Affermage* sözleşmesi de devreye girebilir.¹¹⁶ Su sektörü, *Affermage* sözleşmelerini yoğun olarak kullanmaktadır.

Fransa, sektöre özel, sağlık ve cezaevlerini kapsayan bir mevzuat ile 2002 yılından itibaren sosyal altyapı için PFI model yapıları adapte etmeye başlamıştır. 1,3 milyarlık

¹¹⁴Marshall, Tom, Beatty,Helen and Cundall, Sam, Herbert Smith Freehills LLP ‘‘Public Private Partnership Law Review in United Kingdom’’, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom> (Erişim Tarihi 26.09.2021)

¹¹⁵ Yescombe, a.g.e. s. 38.

¹¹⁶ Yescombe, a.g.e. s. 38.

bir cezaevi KÖİ programı ve yaklaşık 1,4 milyarlık bir hastane programı yapılmıştır.¹¹⁷ Genel KÖİ mevzuatı 2004 yılında kabul edilmiştir. Mevzuat yanında, kamu özel işbirliklerinin kullanılma nedenleri, geliştirme ve uygulama usullerini anlatan ve KÖİ sürecinin aşamalarına ilişkin detaylı açıklamalar getiren (Les Contrats de Partenariat: Guide Methodologique) ise 2011 yılında yayınlanmıştır.

Fransız PPP mevzuatı birkaç yıl önce genel anlamda yeniden şekillendirilmiştir. Genel anlamda Avrupa Yönergeleri çerçevesinde şekillendirilen yeni PPP mevzuatına göre asıl amaç Fransa’da daha modern, hızlı ve ihtiyaçlara cevap veren bir PPP işleyiş süreci oluşturmaktır. PPP ile ilintili kurallar ve genel çerçeve birbiri ile ilintili otuz farklı alt yönerge halinde toparlandı. Bu değişiklikler ile asıl amaçlananlardan biri bütün mevzuatı tek bir yerde toplamak ve neyin nerede olduğunu belirgin kılmaktır. 2018 yılında ise oluşturulan işbu yönerge süreci küçük, orta ve büyük yatırımcılar için kolaylaştıracak şekilde işletilmeye başlandı.

2020 yılına gelindiğinde bazı önemli kararlar Fransa’daki PPP çerçevesini şekillendirecek doğrultuda yargıçlar tarafından yürürlüğe konuldu. Önem arz eden bu kararlara sırası ile değinecek olursak; 27 Mart 2020 tarihinde yayınlanan Fransız üst mahkemesi kararına göre vergi ödeyenler yani halkla ilgili bir PPP projesini Fransız mahkemelerinin almasına bakılmaksızın sorgulayabilecekler, bu sorgulama özellikle ücret tarifeleri hususunda olacaktır. 9 Haziran 2020 tarihli ikinci bir karara göre Fransız üst mahkemesi bir PPP kontratının iptal olması durumunda kamu bütçesinin uğradığı zararların tazmin edilmesini kararlaştırdı. İşbu zararlar arasında finansman harcamaları, bu finansmanlar eğer kredi yolu ile sağlanmışlar ise faizlerden doğan zararlar vardır. Mahkemenin 19 Haziran 2020 tarihinde aldığı üçüncü karara göre işbu PPP projesinde taraflar arasında projenin unsurları ile alakalı adaletli bir dağıtıma gidilmesi uygun görülmüştür. Bu kanunlara benzer biçimde işbu yılda süreçlerin lehine işleyecek başka kanunlarda çıkarılmıştır.

2020 yılı genel bir çerçevede Fransız PPP çerçevesine genel anlamda bir değişiklik getirmiştir. Bu yeni kanunlar ve yaptırımların amacı Fransız PPP uygulamalarında kökten bir değişim yaratmaktan ziyade alakalı bütün legal unsurları tek bir enstrüman altında birleştirmektir. Fransız PPP kanunları külli olarak 1747 ana başlıktan

¹¹⁷ Yescombe, **a.g.e.**, s.39.

oluşmaktadır ve salt bir biçimde PPP kontratlarını hem özel teşebbüste bulunanlar ve devlet adına en faydalı olacak şekilde şekillendirmeyi amaçlamaktadır. Fransa'nın PPP sistemini İngiltere'ye kıyasla çok daha fazla benimsemiş olduğu bir gerçek ancak her yerde olduğu gibi global çapta etki gösteren Covid-19 salgını Fransız PPP projelerinin sayısında ve finansal hacminde kayda değer bir düşüşe yol açmıştır.¹¹⁸

Pandemi ile alakalı işbu durum Fransız hükümetini PPP projeleri lehine olacak bazı önlemler almaya itti. Bu önlemler arasında süreçlerin yavaşlamasından dolayı mali zararları artan özel şirketlere yardımda bulunmak ve yeni ihale süreçleri başlatmak vardır.

Önümüzdeki dönemlerde de tüm Avrupa ve Fransa'da PPP projelerini canlandıracak yeni önlemler alınması kaçınılmaz görünüyor. Kısa ve orta vadede küresel anlamda gerileyen ekonominin Fransız PPP projelerini yavaşlatacağı öngörülüyor ancak bu önlemler uzun vadede olumlu anlamda meyvelerini vereceklerdir. Fransa'da KÖİ sözleşmelerinin akdedilmesi belli koşullara bağlanmıştır.

- Bunun için yapılacak projenin aciliyetinin olması,
- Kompleks bir projenin olması ve bu projenin teknik ve hukuki altyapısının karmaşık olduğunun idare tarafından ispat edilmesi,
- İdarenin, projeyi KÖİ modeli ile gerçekleştirecek olmasının neden daha ekonomik ve daha iyi bir alternatif olduğunu ispatlanması,

Tüm bu hususlarla ilgili yapılacak ön değerlendirmelerin kayıt altına alınması ve erişime açılması yasal bir zorunluluktur.¹¹⁹

C. AVUSTRALYA

Avustralya'nın KÖİ projeleri de öncelikli olarak Milletler Topluluğu yerine (bazı merkezi fonlarla da olsa) eyaletler tarafından yürütülmektedir. Bu faaliyet esas olarak iki eyalette, Yeni Güney Galler ve Victoria'da yoğunlaşmıştır ve hacim bakımından esas olarak ücretli yollara dayanmaktadır, ancak Victoria bunun yanı sıra ülkenin diğer alanları için bir model olması da muhtemel olan PFI Modelli sosyal altyapı projeleri de geliştirmiştir.¹²⁰

¹¹⁸ "Public Private Partnership in France, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/France> , Erişim : 26.09.2021.

¹¹⁹ Evren, **a.g.e.**, s.446.

¹²⁰ Yescombe, **a.g.e.**, s.37.

Her ne kadar Sidney Limanı Köprüsü (1932'de açılmıştır) bir kamu sektörü projesi olarak geçiş ücreti ile finanse edilmiş olsa da, 1988 yılındaki Sidney Liman Tüneli ile birlikte özel sektör paralı yol projeleri başlayana kadar Avustralya'da geçiş ücretleri yaygın olarak kullanılmamıştır. Erken dönem paralı yol projeleri özel sektör için ufak bir trafik riski yaratmış ve gerçekten de M4 ve M5 otoyolları daha sonraları ilk yatırımcıların yararına olacak şekilde İmtiyazdan kullanıma dayalı PFI-Modeli projelerine dönüştürülmüştür. (Bu durum, İmtiyazlı yollarda, Kamu Otoritesinin yolu ağın geri kalanıyla entegre etmek zorunda kalmasından kaynaklanan, özellikle de şehir içi yollarda rastlanan, nadir olmayan bir durumdur.)

Daha sonraları ise ücretli yollar, trafik riskini neredeyse tamamen özel sektöre aktarmıştır. (her ne kadar Sydney Cross City Tüneli gibi bazı örneklerde bunun sonucunda birtakım sorunlarla karşılaşmış olsa da Avustralya paralı yolları tipik olarak yüksek inşaat maliyeti ve karmaşık işletimi olan şehir içi otoyollardır ve bu programın ölçeği Avustralyalı yatırımcılara daha sonraki işleri için bir temel oluşturmuş, Birleşik Devletler gibi başka ülkelerde de daha sonraki yıllarda paralı yolların geliştirilmesinde aktif bir rol oynayabilmişlerdir.¹²¹

Victoria Hazine ve Maliye Bakanlığı, 2000 yılında Bakanlık bünyesinde bir uzmanlık merkezi olarak 'Victoria Ortaklıkları' birimini kurmuştur. Victoria Ortaklıkları başlığı altındaki sosyal altyapı projeleri, PFI Modelini kullanarak işlerine 2002 yılında Victoria Eyalet Mahkemesi projesiyle başlamıştır. O tarihten bu yana, her ne kadar Victoria'daki KÖİ yatırımlarının toplam hacmi Yeni Güney Galler'dekine benzer olsa da, Projeler nitelik bakımından daha çeşitli olmuştur. Victoria Ortaklıkları, KÖİ'ler için kapsamlı bir kılavuz belgeler paketi hazırlamış ve bu paket diğer eyaletler tarafından da büyük ölçüde standart olarak benimsenmiştir.¹²²

KÖİ'ler için çok küçük bir merkezi koordinasyon mevcuttur çünkü Milletler topluluğu sadece savunmayı (bazı KÖİ'lerin planlandığı yerlerde) ve dış işleri kapsamaktadır; bu nedenle de Victoria 2004'te 'teklif maliyetlerini azaltmak, yetki alanları arasında tutarlılık düzeyini artırmak ve kamu sektöründe bilgi ve becerileri

¹²¹ Yescombe, **a.g.e.**, s.38.

¹²² Yescombe, **a.g.e.**, s.38.

artırmak için öğrenilen dersleri paylaşmak' amacı ile tüm eyaletlerden ve Milletler Topluluğu hükümetinden üyelere bir Ulusal KÖİ Forumu gerçekleştirmiştir.

D. TÜRKİYE

Gelişmekte olan küreselleşme ve liberalleşme süreci içerisinde klasik kamu hizmetlerinin ele alınış şekli ve gördürülme usulleri de değişikliğe uğramaktadır. Devletin tekelinde bulunan kamu hizmetlerinin, farklılaşması, nüfusun ve teknolojik gelişmelerin artması ile bu hizmetlerin ele alınış tarzı da farklılık göstermeye başlamıştır.¹²³Söz konusu kamu hizmetlerinin ifası, bir taraftan teknolojiyle birlikte kolaylaşırken diğer taraftan teknolojik gelişmeler maliyetlerin artmasına sebep olmuştur. Teknolojik gelişmeler ve maliyet artışı devletin kamu hizmetlerini bizzat yerine getirmekte zorlanmasına sebep olmuştur. Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak hizmet götürmedeki zorunluluk bilinci, devleti özel hukuk kişilerini de kamu hizmeti ifa sürecine dâhil etmeye zorlamıştır. Bu zorunluluk sebebiyle de devlet, kamu hizmetlerini ifa edebilmek için özel hukuk kişileriyle sözleşme imzalayıp söz konusu kişileri bu sürece ortak etmektedir.

Dünyada PPP modeli olarak bilinen 1990'lı yılların başından itibaren de özellikle İngiltere'de çok sık kullanılan bu sistem Türkiye'de de kendini Kamu Özel İşbirliği çatı kavramı¹²⁴ altında Yap Kirala Devret olarak kendini göstermektedir. Türkiye'de "*Yap Kirala Devret, bir kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin hazine arazileri üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle özel sektör girişimcileri tarafından planlanması, finansmanın sağlanması, inşa edilmesi, sözleşme süresince işletilmesi ve belirli bir bedel ve süreyle kamuya kiralanması/tahsis edilmesi şeklinde işleyen; tesiste sunulacak asıl kamu hizmetinin kamu personellerince destek hizmetlerin ise, özel sektör girişimcileri tarafında yürütülmesi esasına dayanan KÖİ modeli olarak tanımlanmaktadır.*"¹²⁵

Türkiye' de şehir hastanelerini projesinde uygulanmakta olan ve eğitim sektöründe uygulanmak üzere yasal düzenlemeleri yapılan bu sistem bu iki sektörün dışında da bir çok alanda uygulanabilirliği mümkündür. YKD modeli, KÖİ'nin "altyapı

¹²³ Uz Abdullah, **Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (PPP)**

Kavram ve Hukuksal Çerçeve, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, 2007, s.1167.

¹²⁴ KÖİ kavramının çatı kavram olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bölüm 1 KÖİ tanımı başlığına bakınız.

¹²⁵ Uysal, **a.g.e.**, s. 390.

temelli modeli olup Birleşik Krallık uygulamasına dayanmaktadır. Bu bağlamda, YKD modeli kamu hizmetleri için kamu ve özel sektör girişimcileri arasındaki işbirliğini ifade etmekte olup işbirliği yapan taraflar arasında risk, kazanç ve yükümlülüklerin paylaşılması söz konusudur.

Türkiye’de KÖİ modelinin yasal düzenlemesi sağlık sektöründe "6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Ve Uygulama Yönetmeliği" ile eğitim sektörü ise "652 Sayılı KHK ile yürürlüğe giren Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik" ile düzenlenmiş olan KÖİ modelidir.

1. Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği

Şehir Hastaneleri projesi dünya da PPP olarak bilinen Türkiye’de ise Yap Kirala Devret olarak isimlendirilen ilk KÖİ projesidir. Sağlık sektöründe yapılan bu projede her ne kadar temel noktamız 6428 sayılı Kanun da olsa bu kanundan önce uygulanan düzenlemelere de yer vermek 6428 sayılı Kanun’daki boşlukları doldurmak adına fayda sağlayacaktır.

a)6428 Sayılı Kanun Kapsamında Şehir Hastanelerinin Kurulumuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Sağlık hizmetlerinde özel sektörün imkânlarından faydalanılmasını sağlayan ilk yasal düzenleme 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’dur. 1987 yılında yürürlüğe giren bu Kanun, sağlık alanında kamu özel sektör ortaklığı açısından önemli bir başlangıçtır olmuştur.¹²⁶ 2003 yılında dönemin Sağlık Bakanı “Sağlıkta Dönüşüm” olarak adlandırdığı programı kamuoyuna duyurmuş ve bu programın amacını sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi başta olmak üzere geçmiş birikim ve tecrübelerden, son dönemde yürütülen sağlık reformu çalışmalarından ve dünyadaki başarılı örneklerden

¹²⁶ Acartürk, Ertuğrul/Keskin Sabiha, **Türkiye’de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı Modeli Public-Private Partnership Model In The Health Sector In Turkey**, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, 2012, s.25-51.

ilham olarak sağlık hizmetlerinin daha başarılı ve yararlı şekilde sunulması olarak izah etmiştir.¹²⁷

Sağlıkta dönüşüm programının ortaya konulması ile birlikte finansal anlamda zorluklar ortaya çıkmış, sağlık harcamalarındaki artış ve sağlık harcamalarının bütçedeki yükü sebebiyle de, sağlık hizmeti konusunda kamu özel işbirliği yapılması gündeme gelmiştir. Bu kapsamda da "3359 sayılı Kanun'a" eklenen Ek 7. madde ile sağlık hizmetlerinin sunulması amacıyla özel hukuk kişilerine 49 yıl süre ile kiralama yapılabileceğine ilişkin düzenleme ile Kamu Özel İşbirliği modeli uygulanmaya başlanmıştır. Aynı zamanda "Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Kira bedeli karşılığında sağlık tesisi yapımı, sağlık tesislerinin ve ek binalarının bakımı, onarımı ve tamiri işlerinin yapılması, tıbbi destek hizmetlerinin sağlanması, temizlik, güvenlik, yemekhane gibi tıbbi hizmetler dışında da hizmet sunumlarının gerçekleştirilmesi, sağlık tesislerindeki tüm tıbbi gereçlerin hazır edilmesi gibi hizmetlerin sunulması da "*Sağlıkta Dönüşüm*" programı kapsamında öngörülmüştür."¹²⁸

19.07.2019 tarihi itibarıyla ise; 21 şehir hastanesi için Sağlık Bakanlığı ile özel hukuk kişileri arasında sözleşme imzalanmış ve 21 şehir hastanesi için KÖİ modeli (Yap Kirala Devret) uygulamasına fiilen başlanmıştır.¹²⁹

Şehir hastanelerinin kurulumu yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere tarihi geçmişine baktığımızda ilk olarak İngiltere’de uygulanan ülkemizde ise şehir hastaneleri yapımı amacıyla ilk defa uygulanmaya başlanan Public Private Partnership (Kamu Özel İşbirliği) olarak bilinen aslında bir finansman yöntemi olan sistemle kurulmaya başlanmıştır. Şehir hastanelerinin bu sistemle kurulmasındaki amaç; kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu, özel sektör ve sivil toplum örgütlerini bir araya getiren, eşitlik ve birlikte yönetme ilkelerine dayanan; yeni kamu işletmeciliği anlayışını

¹²⁷ Akdağ, Recep, **Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu**, 2003-2011, Erişim ; <https://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/SDPturk.pdf> Erişim Tarihi:01/11/2021.

¹²⁸ Acartürk, Ertuğrul/Keskin Sabiha, **a.g.e.**, s. 25-51.

¹²⁹ Erişim ; <https://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/SDPturk.pdf> Erişim tarihi: 01/11/2021.

benimseyen; mal ve hizmet üretimindeki maliyet, risk ve fayda gibi sonuçların tüm aktörlerce paylaşıldığı bir yöntem olmasına dayanmaktadır.¹³⁰

"6428 sayılı Kamu Özel İşbirliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ve Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği" ile şehir hastaneleri için uygulanan KÖİ modelinin hukuki ve finansal çerçevesi ortaya konulmuştur. İlgili kanun ve yönetmelik bu çerçeveyi aktarırken "Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan hastane ve hastanelerle ilişkili tüm tesislerin belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilerek 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 gördürölmesine ilişkin usul ve esasları ortaya koymuştur."

Kanun hükmü dışında Şehir Hastanelerinin kurulumu için ortaya konan hukuki çerçeveyi şu şekilde aktarabiliriz. Şehir Hastaneleri KÖİ modeli olan Yap Kirala Devret yöntemiyle kurulmuş olup yapılan hastane ve tesisler için Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar kullanılmıştır. Özel hukuk kişisi ile idare arasında bir işbirliği vardır ve bu işbirliğinden kaynaklı temel de iki sözleşme imzalanmaktadır. Bunlardan ilki Uygulama sözleşmesi ikincisi ise Üst Hakkı sözleşmesidir.

Uygulama sözleşmesi içerisinde üç hukuki unsuru bulundurmaktadır. Bunlardan ilki yapım unsurudur. Yapım unsuru şehir hastanelerinin özel hukuk kişileri tarafından idareden herhangi bir şey talep etmeden yapılması eylemidir. Bu unsur TBK'da düzenlenen Eser sözleşmesinin hükümleri ile benzerlik göstermektedir. Ancak burada özel hukuk kişisi tarafından yapılan hastane ve diğer tesisler karşılığında özel hukuk kişisi lehine sürekli ve bağımsız nitelikte üst hakkı tesis edilmektedir. Yapım unsurunun ani edimli bir borç olduğu düşünölse de devamında bakım onarım borcunun da özel hukuk kişisi üzerinde bırakıldığını düşündüğümüzde sürekli bir borç olduğunu ifade edebiliriz.

¹³⁰ Organ, Arzu/ Tekin, Bilge, **Şehir Hastanesi Kuruluş Yeri Seçimi İçin Gri İlişkisel Analiz Yaklaşımı: Denizli İli Örneği**, Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 3,2017, s.258.

İkinci unsur kira unsurudur. Şöyle ki; projede yapılan tesislerin tümünün finansmanı özel hukuk kişisi tarafından karşılanmaktadır ve bunun karşılığında üst hakkı süresi olan 30 yıl boyunca idare çekirdek hizmet olan sağlık hizmetini verdiği Şehir hastanelerinde kiracı konumunda olacak ve özel hukuk kişisine üst hakkının devam ettiği sürece kira ödeyecektir. Bu unsorda da yine TBK’da düzenlenen kira sözleşmesi hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Ayrıca yine burada da sürekli nitelik taşıyan bir borç ilişkisi mevcuttur. Buradaki amaç idarenin finansman probleminin çözülmesi ve bu tesisler yapımı için kullanılan bedelin kira gibi azar azar ödenmesini sağlamaktır. Bu durumun maliyet hesabının yapılması tez konumuzu kapsamadığından bu konuya ilişkin herhangi bir araştırma yapılmamıştır.

Son olarak işletme devri unsuru da Uygulama sözleşmesinin kapsamı dahilindedir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere bu modelde asıl kamu hizmeti olan sağlık hizmeti devlet tarafından verilmekte sağlık hizmeti dışındaki hizmetlerin ve bu hizmetlerin sunulacağı tesislerin işletmesi özel hukuk kişisine devredilebilmektedir. İşletme Devri unsurunu açıklamadan önce 26 Temmuz 2006 tarih 26236 sayılı "Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin" 4. maddesinin 1 ve m bendinde düzenlenmiş olan "*Tıbbî hizmetler dışındaki alanlar ve Tıbbi hizmetler dışındaki hizmetler*" başlığı altında düzenlenen hükümlere yer vermek konuyu daha anlaşılır hale getirecektir. İlgili hükümler de; "*Otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, eczane , yaşlı bakımevi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi, tıbbi hizmetler dışındaki alanlara örnek verilirken, tıbbî destek hizmetleri, bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme, (aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere) binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı, (kara, hava, deniz) ambulans hizmetleri, morg ve gasilhane hizmetleri ise tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlere örnek verilmiştir.*" Burada önemli olan ve dikkat edilmesi gereken husus hangi hizmetlerin devrinin yapılabileceğidir. Kamu hizmeti verilmeyen tesislerin işletmesinin özel hukuk kişisine devredilmiş olması taraflardan birinin idare olması sebebiyle bu sözleşmeyi idari sözleşme kabul etmek olanaksızdır. Bu sebeple KÖİ projelerinde işletme hakkı devri de yine TBK kapsamındadır. Çünkü devir

edilen hizmet sektörü kamu hizmetine ilişkin değildir. İşletme hakkı devrinin sonunda özel hukuk kişinin vereceği hizmetlerde yine üst hakkı süresi boyunca devam edecek sonrasında tüm bu tesislerin idareye devri gerçekleşecektir.

2. Türkiye’de Eğitim Sektöründe Kamu Özel İşbirliği

Eğitim Alanında Kamu Özel İşbirliği ile ilgili kanuni düzenleme yapılmış fakat uygulamada herhangi bir proje için uygulanmaya başlanmamıştır. Bu bölümde tez konumuz kapsamında bu konuyla ilgili yapılan kanuni düzenlemedeki önemli noktalara değineceğiz. Ülkemizde eğitim sektöründe Kamu Özel İşbirliği ile ilgili olarak 652 Sayılı *"Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet Ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik"* düzenlenmiş ve 351 Sayılı *"Yüksek Öğrenim Kredi Ve Yurt Hizmetleri Kanunu"*nda da konuyla ilgili bazı hükümlere yer verilmiştir.

Anayasa’nın Devletleştirme ve Özelleştirme başlıklı 47. maddesinde (Ek: 13.8.1999-4446/1 md.); *"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"* denilmiştir. Buna istinaden 351 sayılı Kanun’un 20. maddesinde" (Ek fıkra: 25/11/2010-6082/9 md.) *"Yapılmasının gerekli olduğuna (...) (1) karar verilen yurt binası ve tesisleri; (...) (1) belirlenecek proje ve temel standartlar çerçevesinde, Gençlik ve Spor Bakanlığına veya il müdürlüklerine ya da Hazineye ait olup Gençlik ve Spor Bakanlığına veya il müdürlüklerine tahsis edilen taşınmazların üzerinde ihale ile belirlenecek gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılabilir."* ifadelerine yer verilmiş ve eğitim sektöründe Kamu Özel İşbirliği’nin önü açılmıştır. Ancak eğitim sektöründe KÖİ modeline ilişkin birçok hüküm 652 sayılı yönetmelikle düzenlenmiştir.

652 sayılı Yönetmeliğin 1. maddesinde yönetmeliğin amacı şu şekilde aktarılmıştır. *"25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 23 üncü maddesi uyarınca, yapılmasının gerekli olduğuna Bakanlık tarafından karar verilen eğitim öğretim tesislerinin, Bakanlık tarafından verilecek ön proje ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, kendisine veya Hazineye ait taşınmazlar üzerinde ihale ile belirlenecek*

gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine kırkdokuz yılı geçmemek şartıyla belirli süre ve bedel üzerinden kiralama karşılığı yaptırılmasına; Bakanlığın kullanımında bulunan eğitim öğretim tesislerinin, tesislerdeki eğitim öğretim hizmet alanları dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi karşılığında yenilenmesinin sözleşmeyle gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılmasına dair usûl ve esasları belirlemektir." Kanun metninden anlaşılan yönetmeliğin amacı kısmında her ne kadar üst hakkı sözleşmesinden bahsedilmemişse de yine aynı yönetmeliğin 4. maddesinin 29. bendinde üst hakkı sözleşmesinin tanımı yapılarak Eğitim öğretim tesislerinin Hazineye ait taşınmazlar üzerinde kiralama karşılığında yaptırılması hâlinde, bu taşınmazlar üzerinde özel hukuk kişisi lehine bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar üst hakkı tesis edileceği belirtilmiştir." Bu hükümden de anlaşılacağı üzere sağlık sektöründe yapılan şehir hastaneleri gibi eğitim sektöründe de yapılacak eğitim tesisleri için üst hakkına başvurulacaktır.

Burada aktarılması gereken diğer bir husus aslında şehir hastaneleri için de çok fazla tartışılan çekirdek hizmet denilen kısmın bu yönetmelikte açıklanmış olmasıdır. İlgili yönetmeliğin 4. maddesinin 6. ve 7. bendinde eğitim ve öğretim hizmetleri dışındaki alanlar ve hizmetler açıkça ortaya konmuştur. Bu hükümlere göre ; "İhale dokümanında belirtilen şartlara uygun olarak yapılacak otopark, kapalı ve açık yüzme havuzu, öğretmenevi, konferans ve kültür merkezi, sanat merkezi ve sanat uygulama atölyeleri, bilim merkezi, deney ve gözlemevi, gençlik merkezi, tiyatro ve sinema salonları, akvaryum, hayvanat bahçesi, sera, botanik parkı, restoran, çarşı gibi ön proje ile tanımlanacak eğitim öğretim tesisi konsepti ile uyumlu alanlar ve eğitim öğretim hizmetleri dışındaki hizmetler olarak belirlenen okul bilgi işlem hizmetleri, kütüphanecilik hizmetleri, spor destek hizmetleri, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemek, arşivleme ve benzeri hizmetler ile aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, gaz, su ve enerji temini de dâhil olmak üzere binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı, atık ve atık su uzaklaştırma, personel ve öğrenci taşıma, mefruşat, donanım, alet ve eğitim araç gereçlerinin bakım ve onarım hizmeti gibi eğitim öğretim destek hizmetlerinin işletilmesi özel hukuk kişisine devredilebilecektir."

652 sayılı yönetmelikle daha açık ortaya konan diğer bir husus ta özel hukuk kişisine ödenecek kira bedeli ile ilgili olan hükümdür. Bu hükme göre ; özel hukuk kişisine ödenecek kira bedelinin tespiti yükleniciye bırakılan eğitim öğretim hizmetleri dışındaki alan ve hizmetler dikkate alınarak yapılacaktır.

Netice itibariyle, Eğitim sektörü için düzenlenen 652 sayılı yönetmeliği incelediğimizde KÖİ modelinin Yap Kirala Devret usulü ile yeni eğitim tesislerinin kurulmak istendiğini yine taraflar arasında iki önemli sözleşme akdedileceğini, bu sözleşmelerin uygulama sözleşmesi ve üst hakkı sözleşmesi olduğunu, uygulama sözleşmesinin içerisinde yapım veya yenileme unsurunun, kiralama unsurunun ve işletme devri unsurunun bulunduğunu söyleyebiliriz. Üst hakkına ilişkin ise üst hakkının 49 yıllık süre ile tesis edileceği belirtilmiş fakat üst hakkının niteliğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. İrtifak hakkının sürekliliğinin ne anlama geldiği, TMK.m.998/f.III ve Tapu Sicili Tüzüğü m.10'da açıklanmıştır. Bu düzenlemelere göre, süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için, irtifak hakkının süresiz veya en az otuz yıl süre için tesis edilmiş olması gerekir. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde, üst hakkı, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilecektir. Nitekim MK.m.704/b.II ve 998/b.II düzenlemelerinin bir tekrarı olarak MK.m.826/f.III'de de "Üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. En az otuz yıl için kurulan üst hakkı, sürekli niteliktedir". İfadelerine yer verilmiştir. Üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesi, onun taşınmaz gibi tasarruf işlemlerine konu olmasını; yani taşınmaz gibi işlem görmesini sağlayacaktır.¹³¹

652 sayılı yönetmelikte de üst hakkı süresinin 49 yıl olduğu belirtilerek sürekli nitelikte olduğu ortaya konulmuştur. Üst hakkının bağımsızlık niteliğine geldiğimizde ise, şunları söyleyebiliriz ki hakkın başkalarına aktarılabilmesi, mirasçılara geçebilmesi gibi konularda kısıtlamalar getirilmemişse, hak bağımsız niteliktedir. Sonuç olarak bu hükümden çıkardığımız sonuç eğitim sektöründe uygulamaya konacak KÖİ modelinde özel hukuk kişisi lehine tesis edilecek üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte olup tapu kütüğüne taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilebilecektir.

Yukarıda ki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere sağlık sektöründe ve eğitim sektöründe uygulanacak KÖİ modeline ilişkin hukuki düzenlemelerde yer alan hükümler benzer nitelik taşınmaktadır. Bu sebeple tezimizin üçüncü bölümünde inceleyeceğimiz

¹³¹ Ünal, Mehmet, *Türk Medeni Hukuku'nda Yapı Üst Hakkı*, Ankara, 1988, s. 149., Ergüne Mehmet Serkan, *Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2008, C. LXVI, S.1, s. 275-292,

KÖİ modeli için düzenlenen üst hakkı resmi senedinin incelemesi her iki sektör açısından da yapılacaktır.

İkinci Bölüm

§2.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ PROJELERİNDE UYGULAMA SÖZLEŞMESİ

Çalışmamızın ilk bölümünde de¹³² belirtmiş olduğumuz üzere kalkınmakta olan ülkelerde ulaşım, enerji ve iletişim gibi altyapı hizmetleri öncelik kazanmakta, devletin vatandaşlarına sağlaması gereken eğitim, sağlık ve diğer kamu hizmetleri¹³³ konusunda da finansman ihtiyacı artmaktadır. Yapılan araştırmalarda bütçe yetersizliği sebebi ile kamu hizmetlerinin ve yatırımlarının istenilen seviyede etkinlik gösteremediği tespit edilmekte ve bu sebeple de, özel sektör yatırımlarının önem kazandığı ileri sürülmektedir.¹³⁴

Bu sorunlar karşısında özel sektörün yatırım ve hizmet alanlarında artan rolü, “yeni kamu yönetimi” yaklaşımının doğmasına sebep olmuştur. Yeni kamu yönetimi; devletin düzenleyici rolünün daha fazla önem kazanması, icracı rolünün azalması, kamu hizmetlerinin özel sektör aracılığıyla yapılması gibi unsurları barındıran bir üst kavram olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bundan hareket ederek kamu hizmetleri sözleşmeler yoluyla özel sektöre devredilmeye başlanmıştır.¹³⁵

Sözleşme- kamu hizmeti ilişkisinin dört şekilde olması mümkündür. Bunlardan ilki kamu hizmetinin özel kişilere sözleşme ile devridir. İkincisi, kamu hizmetleri için gerekli tesisatın, araç gereçlerin temini, yapımı ve inşası için akdedilen sözleşmelerdir (Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılan tedarik sözleşmeleri.) Üçüncüsü hizmetten yararlananların hizmeti kullanabilmeleri için akdedecekleri sözleşmelerdir. (Abonman sözleşmesi). Sonuncusu ise, idarenin hizmetleri yürütmek için sözleşme ile personel istihdam etmesidir (İdari hizmet sözleşmeleri). Türkiye’de

¹³² Bkz: Kamu Özel İşbirliği Kavramı başlıklı bölüm

¹³³ "Kamu hizmeti, devlet tarafından piyasanın işleyiş ilkelerinden/kurallarından belli oranda bağışık kılınarak üstlenilmiş olan, toplumsal ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmet üretimidir." Karahanoğulları, **a.g.e.**, s.187.

¹³⁴ Altın, Aytuğ, **Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim Change In The Concept Of Public Service**, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.1 S.2, 2013, s. 109-111

¹³⁵ Gökyurt, Fatih, **a.g.e.**, s.2.

*bu dört sözleşme türü gerek yasamanın idaresi ve gerekse yargı kararları sonucu giderek daha fazla özel hukuka tabii kılınmıştır."*¹³⁶

Kamu özel işbirliğinin konusunu ulaşım, enerji ve iletişim gibi altyapı hizmetleri ve devletin vatandaşlarına sağlaması gereken eğitim, sağlık ve diğer kamu hizmetlerinin sunulması oluşturmaktadır. Bu hizmetlerin sunumu için de tesislerin yapımı, bakımı, onarımı, işletilmesi gibi birden fazla unsurun konu edildiği projeler ortaya çıkmaktadır. Bu projelerde, tarafların hak, yetki ve borçları, sözleşmenin süresi, yapım unsuruna ilişkin konular, kreditorlerle ilgili hususlar, teminatlar ve teşvikler, alt taşeronlar kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin hususlar, tarafların sunacağı hizmetler, özel sektörün sunacağı hizmetlere ilişkin standartlar, sözleşmenin feshi, mücbir sebepler, devre ilişkin bilgiler, vergilendirme ve diğer mali konular, uyuşmazlıkların çözümü, uygulanacak hukuk gibi daha birçok husus uygulama sözleşmesinde düzenlenmektedir. Bu nedenle Kamu Özel İşbirliğinin temelini uygulama sözleşmesi oluşturmaktadır.

Uygulama sözleşmelerinin içeriği projeye göre farklılık göstermektedir. Genel bir çerçeve mevcuttur ancak uygulama sözleşmesinin içeriğinin tez konumuzun kapsamı dışında kalması sebebiyle sadece KÖİ modeliyle yapılan şehir hastaneleri projesi için düzenlenmiş 6428 sayılı "*Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" ve bu kanuna ilişkin Uygulama Yönetmeliğine atıfta bulunarak şunu söyleyebiliriz ki; KÖİ modeli uygulama sözleşmesi, özel hukuk kişisi lehine üst hakkının tesis edileceği hususunun yer aldığı, ayrıca içinde yapım (bir eser ortaya koyma), kiralama ve işletme hakkı devrini barındıran bir sözleşmedir. Uygulama sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklamalara tezimizin 2. bölümünün I numaralı başlığı altında yer verilecektir.

¹³⁶ Evren aynen alıntı, **a.g.e.**, s.224.

İ. SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uygulama sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda yine tez konumuz kapsamında üçlü bir sınıflandırmaya gideceğiz. Uygulama sözleşmesini üç farklı açıdan incelememiz gerekirse; birinci sınıflandırma da idari sözleşme – idarenin özel hukuk sözleşmesi ayrımı, ikinci sınıflandırma da eğer özel hukuk sözleşmesi ise ; kanunda düzenlenen sözleşme – atipik sözleşme (karmaşık sözleşme – bileşik sözleşme) ayrımı son olarak da uygulama sözleşmesinin, üst hakkı sözleşmesinin akdedilmesi için bir ön sözleşme olup olmadığı bu başlık altında incelenmeye çalışılacaktır.

A. İDARİ SÖZLEŞME ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİ AYRIMI

Kamu Özel İşbirliğinde taraflar arasında gerçekleştirilecek projenin tüm hukuki ayrıntılarını belirlemek için akdedilen uygulama sözleşmesinin idari sözleşme mi yoksa özel hukuk sözleşmesi mi olduğunu açıklamadan önce bir özel hukuk kavramı olarak geliştirilen sözleşme tanımının yapılmasının ve bu kavramın idare hukukunda nasıl şekillendiğinin açıklanmasının daha doğru olacağı kanaatindeyim. Bu sebeple öncelikle TBK kapsamında sözleşmenin tanımına yer verilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre, "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur." Nitekim doktrinde de bu maddeden yola çıkılarak sözleşmenin; iki tarafın, hukuksal sonuca yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlem olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde "Sözleşme özgürlüğü" başlığı adı altında, bir sözleşmenin içeriğinin, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirlenebileceği düzenlenmiştir.

Bu hükmün hemen sonrasında ise TBK madde 27/1'de; *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir."* TBK m. 27/2'de ise *"Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir."* Bu hükümlerden yola çıkarak özel hukukta tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla sözleşmenin

kurulacağını ve sözleşme serbestisi sayesinde sözleşmenin içeriğinin kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde serbestçe belirlenebileceğini söyleyebiliriz.

Sözleşme kavramı, idare hukuku alanında uygulandığında ise; idare hukukunun özelliklerinden etkilenmekte ve kendine özgü bir yapıya kavuşmaktadır. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki; idarenin taraf olduğu sözleşmeler söz konusu olduğunda içerisinde herhangi bir ayırım yapılmadan idari sözleşmeler kavramı kullanılmaktadır.

Doktrinde bu kavramın bir çatı kavram olduğu idarenin taraf olduğu sözleşmelerde, idari sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri ayrımının olduğu belirtilmiştir.¹³⁷ Bu konu ile ilgili araştırma yapan bir yazar idarenin özel hukuk sözleşmelerinin sayısının idari sözleşmeleri geçtiğini saptamıştır.¹³⁸

Bu ayrımın yapılmasının sebebi idarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması esnasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklara kural olarak özel hukuk kurallarının uygulanması ve bu sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözüm yerinin kural olarak adli yargı kolundaki görevli mahkemeler olmasıdır. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri, Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.¹³⁹ Biz bu başlık altında idari sözleşmelere değil, KÖİ kapsamında olan idarenin özel hukuk sözleşmelerine ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

2886 sayılı "*Devlet İhale Kanunu*" ve 4734 sayılı "*Kamu İhale Kanununa*" göre akdedilen yapım sözleşmeleri, gerek doktrinin büyük çoğunluğu, gerekse yargı içtihatları tarafından özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 4.maddesinin 3.fıkrasındaki; "*Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorumlanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur*" hükmü ile 36.maddesinde yer verilen "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*" hükmü gereği tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması gerekir.

Konuya ilişkin bir diğer hukuki düzenleme Anayasa'nın 47. maddesinde yer almıştır. Devletleştirme ve Özelleştirme başlıklı 47. maddesinde (Ek: 13.8.1999-

137 Odyakmaz, Zehra, **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, S.2, 1998, s.5.

138 Uz, Abdullah, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara, 2005.

139 Günday, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 2012, s.184.

4446/1 md.); "Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir" denilerek kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere devri mümkün kılınmış fakat bunun da sadece kanunla yapılabileceğinin üstünde durulmuştur. Buradan çıkarıyoruz ki kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince görülebilmesinin ilk koşulu, bu hususun kanunla düzenlenmesi gerektiğidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 01.04.2015 tarihli 2013/50E. 2015/38K.¹⁴⁰ Sayılı kararında, "..... KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesinin iptali talebi üzerine 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" amacının belirtildiği 1. maddesinin ilk fıkrasında, sözleşme tanımının yapıldığı 1. maddenin 2. fıkrasının (ö) bendinde ve son olarak "sözleşme" başlıklı 4. maddesinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin özel hukuk kişilerine yaptırılması ile ilgili düzenlenen sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğunun belirtilmiş olması sebebiyle ve Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinden ötürü KÖİ sözleşmelerinin özel hukuka tabi tutulmasının Anayasaya aykırı olmadığına....." karar vermiştir. Yine konuyla bağlantılı olarak Anayasanın 125. maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." ibarelerine yer verilerek uyuşmazlık çözümlerinde tahkime başvurulmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.

Yine Danıştay 13. Daire 22.11.2011 tarihli 2011/3899 E. 2011/5211K.¹⁴¹ sayılı dosyası ile ".....Kamu Özel İşbirliği amacıyla taraflar arasında akdedilen sözleşmenin ilgili hüküm uyarınca, özel hukuk sözleşmesi olduğu sözleşmenin iptalinin isteminde adli yargının görevli olduğunu....." kabul etmiştir.

¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi 01.04.2015 tarih, 2013/50E. 2015/38 K. sayılı dosya. Bkz: <https://www.lexpera.com.tr/> Erişim Tarihi: 01.10.2021.

¹⁴¹ 13. Daire 22.11.2011 tarihli 2011/3899 E. 2011/5211K sayılı dosyası. Bkz: <https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/752868/13-daire-e-2011-3899-k-2011-5211/>

Yine bu konuyla ilgili bir diğerkarar ise, Danıştay 13. Dairesi'nin 06.04.2010 tarihli, 2009/7074E. 2010/2940 K. sayılı kararır.¹⁴² İlgili karar da "..... ihalelerde, sözleşme aşamasına kadar yasaya dayanılarak idarece anılan karar ve işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme hükümlerinin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar ile sözleşmeye karşı açılacak davaların özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görülüp, çözümlenmesi gerektiğine....." karar verilmiştir. İlgili kararlardan ortaya çıkardığımız sonuçta; dikkat edilmesi gereken en önemli hususun çıkan ihtilafın ihale aşamasında mı yani taraflar arasında sözleşme imzalanmadan önce mi yoksa sözleşme imzalandıktan sonra sözleşme ile ilgili mi ortaya çıkıp çıkmadığıdır. İhale aşamasında ve ihaleden kaynaklanan uyuşmazlıklarda idari yargının yetkili olduğunu sözleşme aşamasında ise özel hukuk hükümlerine başvurulması gerektiği ve adli yargı mercilerinin yetkili olduğunu söylemek mümkündür.

Bu işbirliğinde yapılan bu sözleşmelerin taraflarından birinin idare olması, Kamu Özel İşbirliği nezdinde imzalanacak birçok sözleşmenin olması ve kamu hizmeti sunulması amacıyla bu işbirliğinin yapılması sebebiyle bu sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabul edilmesi, aksi halde kamu yararının zedeleneyeceğinin düşünülmesi, bu sözleşmelerde tarafların eşit olmasının mümkün olmadığının belirtilmesi yukarıda yer verdiğimiz kanun hükümlerinden, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın verdiği kararlardan dolayı mümkün değildir.¹⁴³ Bu alanda çalışan yazarların çoğunluğunun görüşü de kamu ihale sözleşmelerinin idarenin taraf olduğu bir tür özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir.¹⁴⁴

Konuyla ilgili kanaatimizi açıklarken öncelikle tez konumuz olan dünyada PPP ismiyle bilinen, ülkemizde ise KÖİ (Yap Kirala Devret) olarak isimlendirilen ve Türkiye'de sadece sağlık sektöründe şehir hastanelerinin yapımında uygulanmış, eğitim sektöründe de kullanılması maksadıyla yönetmelik düzenlenmiş bu finansman modelinde akdedilen uygulama sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili 6428 sayılı

¹⁴² Demir, Alper Yaşar, **Kamu İhale Kanunundan ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar İle Çözüm Yolları**, İstanbul, 2021, s.220.

¹⁴³ Evren, **a.g.e.**, s.234.

¹⁴⁴ Akel, Yeliz Neslihan, **Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme**, Vergi Sorunları, Vergi Sorunları Dergisi, S.350, 2007, s.133., Altınışık,Resul, **Kamu İhale Hukukunun Türk Kamu Yönetimindeki Yeri, Temel İlkeleri ve İşlevi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2011, s.3.

Kanunu baz alacağımızı belirtmek isteriz. 6428 sayılı kanunun 4. maddesinde¹⁴⁵ özel hukuk kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu borçları aktarılmıştır. İlgili hükümden de anlaşılacağı üzere idare, özel hukuk kişisi olan yükleniciye finansman sağlaması, inşa yapımı sonrasında bakım ve onarımı, kamu tarafından kendisine bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ve ticari hizmet alanlarının işletilmesi yükümlülükleri verilmiş ancak yüklenicinin sorumluluğuna bırakılan hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının tanımına yer verilmemiştir. Tam da bu noktada konuyla ilgili diğer yasal düzenlemelere yer vermek istiyorum. "*Sağlık Hizmetleri Temel Kanun'unda*" 3 Temmuz 2005 tarihinde yapılan değişiklik ile getirilen yeni uygulamaya göre, Sağlık Bakanlığı ihtiyaç duyulan sağlık tesislerini gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yaptırabilecektir.

Yine 26 Temmuz 2006 tarih 26236 sayılı "*Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin*" 4. maddesinin 1 ve m bendinde Tıbbi hizmetler dışındaki alanlar ve tıbbi hizmetler dışındaki hizmetlerin tanımı yapılmış Yönetmeliğin "*Sağlık Tesislerinin Yapılanması Ve Yenilenmesi*" başlıklı 6. maddesinin 2. fıkrasında ise "*Sağlık tesislerindeki tıbbî hizmetler dışındaki hizmet ve alanların işletilmesi yükleniciye bırakılabilir.*" denilerek tıbbi hizmetler dışındaki hizmet ve alanların yükleniciye bırakılabileceği belirtilmiştir.

Tekrar yönetmeliğin 4. maddesinin 1 ve m bendinde yer alan tıbbi hizmete ilişkin olan ve olmayan hizmet alanı ayırımı ayrıca tıbbi hizmete ilişkin olan ve olmayan hizmetler ayırımına geri dönecek olursak "*Tıbbî hizmetler dışındaki alanlara örnek olarak otopark, otel, banka şubesi, restoran, kafeterya, konferans ve kültür merkezi, internet ve iletişim merkezi, eczane*¹⁴⁶, *yaşlı bakımevi, kreş, personel servisi, taksi hizmetleri ve benzeri ulaştırma hizmetleri, zayıflama ve diyet merkezi gösterilmiştir*"

¹⁴⁵ "*Tesisin Ve Ticari Hizmet Alanlarının Yapım İşlerinin Projelendirilmesi Ve Finansmanının Sağlanması, Yapımı, Bakım Ve Onarımı, Kendisine Bırakılan Hizmetlerin Yerine Getirilmesi İle Ticari Hizmet Alanlarının İşletilmesi, Sözleşme Süresi Sonunda Yerleşkenin Her Türlü Borç Ve Taahhütten Ari, Bakımlı, Çalışır Ve Kullanılabilir Durumda Bakanlığa Devredilmesidir.*"

¹⁴⁶ Yönetmelik hükmünün ilk halinde "eczane" de tıbbi hizmetler dışındaki alanlar arasında sayılmış olmasına karşın, açılan bir davada Danıştay, "Hastane bünyesinde yer alan eczanelerin o hastane içinde bulunan hastaların ilaç tedariki dışında ticari bir amaç taşıyamamaları ve eczacılık mesleğinin sağlık hizmeti ağırlıklı bir alan olduğu göz önüne alındığında, eczanelerin yönetmeliğin (1) bendi kapsamında tıbbi hizmetler dışındaki alanlarda değerlendirilmesinde ve bunun sonucu olarak işletilmesinin hastanelerden bağımsız olarak müteahhide devredilmesine olanak sağlayan dava konusu düzenlemede mevzuat hükümlerine, kamu yararına ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmamaktadır" denilerek eczaneler tıbbi hizmetler dışındaki alanlardan çıkarılmıştır. (Dan. 10. D. E. 2006/5525, K. 2009/793, 10.2.2009)" değerlendirmesini yapmıştır. Bkz. Karahanoğullar, TTB, KÖO Sempozyumu, 145, 146.

(Md. 4/1-l). Tıbbî hizmetler dışındaki hizmetler ise "*tıbbî destek hizmetleri, bilgi işlem, hasta danışmanlığı, sterilizasyon, çamaşırhane, temizlik, güvenlik, yemekhane, arşivleme, (aydınlatma, asansör, ısıtma, soğutma, havalandırma, tıbbî gaz, su ve enerji temini, atık ve atık su uzaklaştırma hizmetleri de dâhil olmak üzere) binaların tamiri, bakımı ve işletilmesi, park ve bahçe bakımı, (kara, hava, deniz) ambulans hizmetleri, morg ve gasilhane hizmetleri şeklinde açıklanmıştır*" (Md. 4/1-m). Bu yönetmeliğe yer vermemizin sebebi 6428 sayılı kanunda tıbbi hizmetler dışındaki alan ve hizmetlerin açıkça ortaya konulmamış olması ve bu işbirliğinde idare ile özel hukuk kişinin üstlendiği yükümlülüklerin ortaya konmak istenmesidir.

Tüm bu bilgilerin akabinde KÖİ projelerinde idare ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen uygulama sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşmeden doğan ihtilaflarda özel hukuk hükümlerine gidilmesi gerektiğini ifade edebiliriz. Bu kanaatimizi oluşturan sebepler aşağıda belirtilmiştir:

- Öncelikle yapılan işbirliğinde taraflardan birinin idare olmasına rağmen çekirdek kamu hizmetinin görülmesi işlemi idarede kalmakta olup tıbbi hizmetlerin dışındaki hizmet ve alanlarının, özel hukuk kişisi tarafından işletilmesi öngörülmektedir. Yani özel hukuk kişisi tarafından verilen hizmet kamu hizmeti değildir.
- İkinci sebep Anayasamızda ve diğer muhtelif kanunlarda kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceğinin kanunla belirlenir ilkesidir. 6428 sayılı Kanunu incelediğimizde görmekteyiz ki taraflar arasında akdedilen sözleşmelerden kaynaklı ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda TBK hükümlerine gidileceği Anayasa'nın 47. maddesine uygun olarak ifade edilmiştir.
- Yine Danıştay'ın konuyla ilgili verdiği kararlarda bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

B. KANUNDA DÜZENLENEN SÖZLEŞME – ATİPİK SÖZLEŞME AYRIMI

Uygulama sözleşmesinin hukuki niteliği başlığı altında inceleyeceğimiz bu bölümde Uygulama sözleşmesinin, TBK'da düzenlenmiş isimli bir sözleşme mi yoksa isimsiz bir sözleşme mi olduğu, isimsiz sözleşme olması durumunda ise geniş anlamda karma sözleşme başlığı altında inceleyeceğimiz dar anlamda karma sözleşme/bileşik sözleşme mi yoksa atipik sözleşmeler(karmaşık, sui generis

sözleşmeler) mi olduğu açıklanacaktır. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olabilmesi için kanun koyucu tarafından sözleşmenin asli edim ve esaslı unsurlarının da kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir¹⁴⁷. Öğretide bu tür sözleşmelere, “*yasal tipik sözleşmeler*” de denilmektedir.¹⁴⁸ Bazı sözleşmeler ise kanunda düzenlenmemiştir. Bu tür sözleşmelere ise “isimsiz sözleşme” denilmektedir.¹⁴⁹

Türk Hukukunda, sözleşme tarafları kanunlarda düzenlenmiş isimli sözleşmeleri yapabilecekleri gibi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde farklı sözleşmeleri niteliklerine hâle getirmeksizin bir araya getirerek de kullanabilir veya kanunlarda düzenlenen sözleşmelerden bağımsız yeni kendine özgü bir sözleşme meydana getirebilirler.¹⁵⁰ İsimli sözleşmeler kendi aralarında basit isimsiz sözleşmeler, geniş anlamda karma isimsiz sözleşmeler, atipik (karmaşık su generis) sözleşmeler olarak ayrılırlar.¹⁵¹ Geniş anlamda karma isimsiz sözleşmeler ise kendi içinde dar anlamda karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁵² Kanunda düzenlenen isimli sözleşmelerin çeşitli unsurlarının kanunda düzenlenmiş formül dışında bir araya getirilerek oluşturulan, bir tarafın karakteristik edimi üstlendiği diğer tarafın ise para edimini üstlendiği sözleşmelere karma sözleşme denir.¹⁵³ Otellerle yapılan sözleşmeler bu tip sözleşmelerin tipik bir örneğidir. Zira otel işletmecisi kira, hizmet ve satım sözleşmesinde yer alan edimleri yerine getirmeyi üstlenirken, karşı taraf bir miktar para ödeme borcunu üstlenir.¹⁵⁴ Bileşik sözleşmelerde ise taraflar, hukuki nitelikleri itibarıyla birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmeleri, birbirine bağlı hale getirerek ortak bir amaç etrafında yeni bir sözleşme oluştururlar.¹⁵⁵ Bu sözleşmelerin her birinin varlığı ve geçerliliği diğerine bağlı olacağı açık veya zımni olarak beyan edilmelidir. Aksi halde bu sözleşmelerin bileşik sözleşme olduğu söylenemez.¹⁵⁶

¹⁴⁷ Eren, **a.g.e.**, s.934.

¹⁴⁸ Eren, **a.g.e.**, İsimli Sözleşmeler, s.85

¹⁴⁹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁵⁰ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 2020, s.11.

¹⁵¹ Hatemi Hüseyin, **Yeni Sözleşmeler Hukuku Ders Notları**, İstanbul,2021, s.3.

¹⁵² Hatemi, **Yeni Sözleşmeler Hukuku Ders Notları**, s.3.

¹⁵³ Keşli, **a.g.e.**, s. 215, Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **a.g.e.**, s.63.

¹⁵⁴ Ercoşkun Şenol, H. Kübra, **a.g.e.**, s.720.

¹⁵⁵ Ercoşkun Şenol, H. Kübra, **a.g.e.**, s.720.

¹⁵⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.216.

Örneklendirecek olursak; fabrikasını kiraya vermek isteyen kişi, kiracının belirli dönemlerde imal ettiği ürünlerden kendisine satmasını istiyor ve o kişi de bu şartla kira sözleşmesini kurmayı kabul ediyorsa, taraflar arasında satım ve kira sözleşmesi şeklinde bir bileşik bir sözleşme kurulmuş olacaktır.¹⁵⁷ Bileşik sözleşmelerde sözleşme ile bağlı olma, diğer sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olması sonucunu doğurur.¹⁵⁸

Kendine özgü yapısı olan atipik (karmaşık sui generis) sözleşmeler ise, kanunda düzenlenen sözleşmelerin taşıdığı unsurların tamamını içermeyen, kendine özgü öğeler taşıyan karşılıklı birden fazla edimin söz konusu olduğu sözleşmelerdir.¹⁵⁹

Bu bilgiler kapsamında öncelikle uygulama sözleşmesinin TBK’da düzenlenen isimli bir sözleşme olmadığını ifade edebiliriz. Uygulama sözleşmesinin içeriğinde yapım (eser) sözleşmesi, finansman sözleşmesi, kira sözleşmesi ve işletme hakkının devri sözleşmesi gibi birçok sözleşme tipinin çeşitli unsurları mevcuttur. Bu anlamda KÖİ uygulama sözleşmeleri nitelik olarak birden fazla sözleşmenin bir araya geldiği kanunda düzenlenmemiş bir atipik (karmaşık, sui generis) sözleşme türü olup birden fazla sözleşme tipine ait unsurlar taşımaktadır. Sözleşmenin her bir unsuruna KÖİ projelerinin özellikleriyle uygun düştüğü ölçüde TBK’nun ilgili sözleşme tipine ilişkin hükümleri uygulanacaktır.¹⁶⁰

Uygulama sözleşmesinin neden bileşik sözleşme olamayacağını açıklamamız gerekirse şunları ifade edebiliriz; Bileşik sözleşme iki ana özelliği içinde barındırır. Bunlardan ilki, kendisini oluşturan sözleşmelerin ortak bir amaca hizmet etmesi gerekliliği ikincisi ise; bu sözleşmelerin kendilerine özgü vasıflarının değiştirilmeden birbirine bağlanması gerekliliğidir.¹⁶¹ Bu sözleşmelerin herbirinin varlığı ve geçerliliğinin diğerine bağlı olacağı esasının açık veya zımni olarak ifade etmeyen sözleşmeler bileşik sözleşme sayılmazlar. Uygulama sözleşmesinin içeriğinde karşılıklı birden fazla karakteristik edim vardır ve bu sebeple bileşik sözleşmeden ayrılmaktadır.

Bu konuyla ilgili açıklanması gereken diğer bir husus ihtilaf halinde isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerdir. İsimli sözleşmelere uygulanacak hukuki

¹⁵⁷ Ercoşkun Şenol, H. Kübra, **a.g.e.**, s.720.

¹⁵⁸ Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **a.g.e.** s.66.

¹⁵⁹ Oktay Saibe, “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s.275.

¹⁶⁰ Keşli, **a.g.e.**, s.215.

¹⁶¹ Yavuz, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul, 2008, s.11.

hükümler bunların kanunda düzenlenmemiş olmaları nedeniyle sorun yaratmaktadır. Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar isimsiz sözleşmeler yapabilmektedir ancak uyuşmazlık halinde hangi hükümler uygulanacaktır?

Atipik (karışık sui generis) sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü için, öncelikle sözleşme hükümlerine gidilebileceği sonrasında TBK'da düzenlenmiş bulunan sözleşmelerden, bunlara çok benzeyen sözleşme tipine ilişkin kuralların örnekseme kıyas yolu ile bu sözleşmelere de uygulanabileceği; böyle bir sözleşme tipinin olmaması durumunda ve gerekirse, TBK'nın genel hükümlerinin uygulanabileceği; son olarak dürüstlük kuralı ve iş ilişkilerinde geçerli gelenek (teamül) kurallarına göre yapılacak yorumla ve TMK'nın 1. maddesi gereğince yargıcın hukuk yaratarak sonuca ulaşacağı kabul edilir.¹⁶² Bu görüşün aksine bu sözleşmelerde özel hükümlere gidilmesinin mümkün olmadığını savunanlar da vardır.¹⁶³

Atipik (karışık sui generis) sözleşmelerin en azından bir unsuru kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tipine giren unsurları taşımaktadır. Bu sebeple konuyla ilgili doktrinde farklı teoriler geliştirilmiştir. Bunlardan ilki "*soğurma teorisi*"¹⁶⁴ dir. Bu teoriye göre; sözleşmenin bütününe uygulanacak olan hükümler sözleşme içindeki en önemli unsura ait sözleşmeyle ilgili kurallar olacaktır.¹⁶⁵ Ancak bu teori tarafların karma sözleşme kurma iradelerini hiçe saydığı için uygulamada ve doktrinde kabul görmemiştir.¹⁶⁶ Ayrıca aynı gerekçelerle uygulama sözleşmesi için de uygulanabilecek bir teori değildir.

Bir diğer teori "*birleşme teorisidir*"¹⁶⁷ ve bu teoriye göre; Atipik sözleşmedeki her sözleşme tipine ait unsura ait olduğu sözleşmenin hükümlerini uygulamakta ve buna uygun hukuki sonuçların doğmasını savunmaktadır.¹⁶⁸ Bu teori eleştiri¹⁶⁹ almakla beraber uygulama sözleşmesi için uygulanması mümkün olabilir.

¹⁶² Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.** s.12.

¹⁶³ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.275.

¹⁶⁴ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.276., Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s.21.

¹⁶⁵ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.276., Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s.21., Aral,Fahrettin/Ayrancı, Hasan, s.68.

¹⁶⁶ Tandoğan, H,**Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1990, s.74.

¹⁶⁷ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.276., Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s.21., Aral,Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **a.g.e.** s.68.

¹⁶⁸ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.276.

¹⁶⁹ Kuntalp, kanun koyucunun her akit tipinde kendine has anlam yapısına uygun bir düzenlemeyi takip ettiğini ve bunun sonucu olarak bunların her birinde doğan borçların, şeklin ve sona erme şekillerinin farklı olduğunu, bu farklı hükümlerin aynı akde uygulanmasının probleme sebep olacağını ifade etmiştir. Kuntalp, Erden, **Karışık Muhtevalı Akit**, Ankara, 1971, s. 133.

Bir diğerk teori; "*Kıyas Yolu ile Hukuk Uygulaması Teorisidir*"¹⁷⁰. Bu teori karma sözleşmenin çeşitli sözleşmelerdeki unsurların bir toplamı değil, aksine organize edilmiş bir bütünü olduğunu savunmaktadır.¹⁷¹Bu nedenle kanunda düzenlenmiş hükümlerin sadece kıyas yolu ile uygulanacağını belirtmekte ve kanundaki hükümlerin sözleşmeye uygun düşmemesi halinde uygulanmayacağını belirtmektedir.¹⁷² Bu teoriye ilişkin bir diğerk husus; her iki olayın benzerliği şartının gerçekleşmesi gerekliliğidir.¹⁷³

Diğerk bir teori; "*Yaratma Teorisi*'dir."¹⁷⁴ "*Bu teoriye göre karma sözleşmeye uygulanabilecek bir örf ve adet hukuku yoksa MK. m. 1/II uyarınca yargıç tarafından yaratılan hukuk uygulanacaktır.*"¹⁷⁵

Kanaatimizce de; uygulama sözleşmesinin de bir atipik(karmaşık, sui generis) sözleşme olduğunu kabul edersek içerisinde barındırdığı unsurlar ile ilgili bir uyuşmazlık halinde TBK'da bulunan genel hükümlerden önce akdin tüm unsurları ve âkit yapma iradesi ele alınarak TBK'da düzenlenmiş benzer sözleşmelerdeki hükümler uygulanabildiği ölçüde uygulanmalı ve sözleşmenin feshine ilişkin durumlarda ise bileşik sözleşmede olduğu gibi (uygulama sözleşmesinin bileşik sözleşme olmadığını belirtmekle birlikte) içerisinde barındırdığı veya hukuki bir birliktelik içerisinde olduğu tüm sözleşmelerin feshedilmesi gerektiğini ifade edebiliriz. Bunun sebebi uygulama sözleşmesinin içerisinde barındırdığı eser sözleşmesi, kira sözleşmesi üst hakkı sözleşmesi, işletme hakkının devri sözleşmesinin varlık ve geçerliliklerinin birbirine bağlı olmasıdır.

C. UYGULAMA SÖZLEŞMESİNİN ÜST HAKKI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN ÖN SÖZLEŞME NİTELİĞİ TAŞIYIP TAŞIMADIĞINA İLİŞKİN AÇIKLAMA

KÖİ projelerinde öncelikle bir uygulama sözleşmesi düzenlenir ve bu sözleşmenin içeriğinde tarafların hak, yetki ve yükümlülükleri ve proje esasları düzenlenir.¹⁷⁶Özel hukuk kişisi lehine düzenlenecek üst hakkı idarenin yükümlülüğüdür ve bu

¹⁷⁰ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.276.

¹⁷¹ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.276.

¹⁷² Yavuz, **a.g.e.**, s.12.

¹⁷³ Yavuz, **a.g.e.**, s.12., Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2008, s. 43., Aral,Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **a.g.e.** s.68,

¹⁷⁴ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.237.

¹⁷⁵ Oktay, Saibe, **a.g.e.**, s.237., Aral,Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **a.g.e.**, s.69.

¹⁷⁶ Evren, Çınar Can, **a.g.e.**, s.279.

yükümlülük uygulama sözleşmesinde ve Türkiye’de KÖİ modeli ile yapılan projeler için düzenlenen kanun metinlerinde de düzenlenmiştir. Bu kapsamda incelediğimizde uygulama sözleşmesinin, üst hakkı sözleşmesi için bir ön sözleşme olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

TBK, kural olarak sözleşmelerde şekil mecburiyetini değil şekil serbestisini benimsemiştir.¹⁷⁷ Ancak yasada tersine kural bulunması halinde şekle bağlılık kabul edilmiştir. Yasada özel bir biçim öngörülmüşse ve bu biçimin kapsam ve sonuçları için başkaca kural konulmamışsa, sözleşmenin bu biçime uyulmadıkça geçerli olmayacağı hükme bağlanmıştır. Sonuç olarak bütün akitler değil fakat şekle bağlanması gerekli görülen akitler şekle bağlı kılınabilir, şekil mecburiyeti getirilebilir, getirilince de bu şekil mecburiyeti kuralı aksi belirtilmedikçe mecburi şekil olur.¹⁷⁸

Yine TBK’nın “Önsözleşme” başlığını taşıyan 29.Maddesinde “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır*” ifadelerine yer verilmiştir.

Uygulama sözleşmesi resmi bir şekil şartına bağlı değildir. Üst hakkının tesisi için ise; Tapu Kanununun 26.maddesi gereğince, tapu sicil müdürlüğünde resmi senet düzenlenir. Yani uygulama sözleşmesi adi şekilde yapılabilecekken üst hakkı sözleşmesinin resmi şekilde tapu sicil müdürlüğünce yapılması gerekir. Fakat 6428 sayılı kanun da özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis edileceği hususu düzenlenmiş yine 6428 sayılı kanuna ilişkin uygulama yönetmeliğinin sözleşmenin devri başlıklı 60.maddesinde de; üst hakkının devri uygulama sözleşmesinin devrine bağlı kılınmıştır.

Kanaatimizce; uygulama sözleşmesi bir atipik (karmaşık, sui generis) ve özel hukuk anlamında bir isimsiz sözleşmedir. Bu sözleşmenin şerh verileceğine ilişkin özel bir kanun kuralı da yoktur. Şu halde uygulama sözleşmesi özel hukuk kişinin üst hakkı kurulması alacağını güçlendirme amacıyla tapu kütüğüne şerh verilemeyecektir. Bu sebeplerle uygulama sözleşmesinin üst hakkı kurulması amacıyla yapılan bir ön sözleşme olduğunu söylememiz doğru olmayacaktır. Fakat konu şu

¹⁷⁷ Hatemi Gökyayla (2021), **a.g.e.** s.47.

¹⁷⁸ Hatemi/Gökyayla (2021), **a.g.e.**, s.47.

açından da ele alınabilir. Bir tarafın kamu tüzel kişiliği olduğu bu sözleşmelerin bir kanun kuralında belirtilmesi koşuluyla resmi şekil aranmayan bir ön sözleşme olduğu da söylenebilir. Ancak mevcut şartlarda bu mümkün değildir.

II. UYGULAMA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Tezimizin birinci bölümünde KÖİ kavramının açıklamalarında da belirtmiş olduğumuz üzere kanaatimiz farklı olmakla beraber Türkiye’de çoğunluk görüş KÖİ kavramının bir çatı kavram olduğu ve bu çatı kavramın altında birçok modelin olduğu yönündedir. Baskın görüşe göre Türkiye’de KÖİ kavramı altında dört model bulunmaktadır. Bunlar; "*Yap İşlet Devret*", "*Yap Kirala Devret*", "*Yap İşlet*" ve son olarak da "*İşletme Hakkının Devridir*".¹⁷⁹

Kanaatimizce; Avrupa ve ABD’de PPP olarak bilinen, İngiltere’de ise PFI2 olarak adlandırılan, anavatanı İngiltere olan bu sistemin Türkiye’deki açılımı KÖİ başlığı altında Yap Kirala Devret modelidir. Bu modeli baz alarak özel hukuk açısından uygulama sözleşmesinin içeriğinde ki hukuki unsurları açıklayacak olursak dört ana unsur söyleyebiliriz. Bunlar;

- Üst Hakkı Tesisi
- Yapım,
- Kiralama,
- İşletme Hakkının Devri.¹⁸⁰

Bu dört unsur uygulama sözleşmesinin içerisinde yer almaktadır.

A. ÜST HAKKI UNSURU

Ayni haklar hak sahibine eşya üzerinde sağladıkları yetkiye göre iki gruba ayrılmaktadırlar. Hakkın hak sahibine sağladığı yetki sınırsız ise, diğer bir ifade ile tam ise bu hak mülkiyet hakkıdır. TMK m. 683’e göre; "*Mülkiyet hakkı, malike o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri sağlamaktadır. İkinci grubu oluşturan haklar ise sınırlı ayni haklardır.*" Sınırlı ayni haklar mülkiyet hakkının tanıdığı olduğu kullanma, yararlanma ve tüketme

¹⁷⁹ Bkz; <https://www.sbb.gov.tr/koi-gostergeleri/> Erişim Tarihi; 10.11.2021.

¹⁸⁰ Keşli, **a.g.e.**, s. 219-220.

yetkilerinden yalnızca birini veya ikisini hak sahibine tanıyan, bu nedenle de mülkiyet hakkına nazaran kapsamı daha dar olan ayni haklardır.¹⁸¹ Ayrıca "Malik sınırlı ayni hakların sahipleri tarafından eşyanın kullanılmasına katlanmak zorunda olduğundan, sınırlı ayni haklar aynı zamanda mülkiyet hakkının malikin iradesinden doğan bir takyidini teşkil eder."¹⁸² Sınırlı ayni haklar kendi içinde üçe ayrılır. Bunlar; Kullanma ve yararlanma yetkisi veren irtifak hakları, üründen ve değerden yararlanma yetkisi veren taşınmaz yükü ve değerden yararlanma yetkisi veren rehin haklarıdır.¹⁸³

İrtifak hakları; TMK madde 779'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *"Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılan haklara irtifak hakkı"* denir. En tanınmış irtifak hakları ise; intifa, oturma ve üst hakkıdır.

Çalışmamızın içeriğini oluşturan Türkiye'de KÖİ başlığı altında "Yap Kirala Devret" modeliyle uygulamaya konulmuş olan şehir hastaneleri projesi için düzenlenmiş 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliği ile eğitim sektöründe yapılacak KÖİ için hazırlanan 652 sayılı KHK'da yer alan uygulama sözleşmesinde özel hukuk kişisi lehine kurulacak olan irtifak hakkı üst hakkıdır. Bu sebeple bu başlık altında üst hakkına ilişkin incelemeler yapılacaktır.

Üst hakkı, 4721 sayılı TMK'nın "Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği" kısmında 726. ve 729. maddesinde, "Sınırlı Ayni Haklar" kısmının "İntifa Hakkı ve Diğer İrtifak Hakları" ayrımı içerisinde de 826-835. maddeler arasında düzenlenmiş olan bir irtifak hakkıdır. Kanun metninde üst hakkına ilişkin bir tanım olmamakla birlikte TMK'nın 726- 729. ve 826. maddesinde üst hakkının tanımını ortaya koyan bilgilere yer verilmiştir.

TMK'da yer alan düzenlemelere göre üst hakkı, bir kişiye başkasına ait arazinin altında veya üstünde bir yapı yaparak veya mevcut bir yapıyı muhafaza ederek ona

¹⁸¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2016, N. 2674-2677; Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, 1984, s.693., Firuncu Karabacak,Semra, **Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi** (The Sequence Between The Limited Rights In Rem), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 2, 2016, s.773.

¹⁸² Ertas, Şeref, **Eşya Hukuku**, İzmir, 2018,s.509., Sirmen, Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara,2015,s. 28.

¹⁸³ Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, Ankara, 2008, s. 96., Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018, s. 19-20.

malik olma yetkisini veren irtifak hakkıdır.¹⁸⁴ Üst hakkı belirli bir süre için tesis edilebileceği gibi, süresiz de kurulabilir. Süresiz kurulmuş ise 100 yıl sonra sona ermelidir. (TMK madde 836) Aksine sözleşme yapılmadığı takdirde başkasına temlik olunabilir ve mirasçılara geçebilir.¹⁸⁵

Ülkemizde kentleşme oranı artmış, buna bağlı olarak yapılaşma ve sağlık, eğitim, turizm, enerji, altyapı ve benzeri alanlarda yatırımların yapılması ihtiyacı yüksek seviyelere ulaşmıştır. Bunun sonucu olarak inşaat sektörünün gelişimi, bu sektördeki yatırımcı sayısının artması, gerçekleştirilecek projeler için tesis edilecek alanlara ihtiyaç duyulması kaçınılmaz hale gelmiştir. Yatırımcıların maddi anlamda bir arsada yapı inşa etmek veya arsada mevcut bulunan bir yapıya sahip olmak için yeterli sermayesi bulunmasına karşın bu arsanın maliki olmaması ya da malik olmak için yeterli sermayesinin bulunmadığı durumlarda veya tam tersi arsa sahibinin ekonomik sebeplerden dolayı yatırım yapamaması, arsa üzerinde veya altında bir şey inşa edememesi söz konusu olabilmektedir. İşte tamda bu durumda üst hakkı karşımıza çıkmaktadır. Üst hakkı yoluyla arazi sahibi arazisinin mülkiyetini devretmeyerek üst hakkı ilişkisi çerçevesinde bir gelir elde edebilecek ve üst hakkı ilişkisinin sona ermesi durumunda da maliki olduğu arazi üzerinde yapılan yapının maliki olabilecektir.¹⁸⁶ Lehine üst hakkı tesis edilecek kişi ise arsa bedeli ödemedi yapacağı bir yapının veya arsa üzerinde hâlihazırda bulunan bir yapının maliki olabilecek arazi üzerinde kuracağı işletme ile daha az bir maliyetle gelir elde edebilecektir.¹⁸⁷

Üst hakkı, KÖİ kapsamında idare açısından değerlendirildiğinde ise kamu malı olan taşınmazların bu niteliklerini kaybetmeden değerlendirilmesi ve bu kapsamda yapılan tesislerin sözleşme süresi sonunda idareye bırakılması imkânını doğurmaktadır. Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde, "*Yap İşlet Devret*" ve "*Yap Kirala Devret*" adıyla anılan KÖİ modellerinin işlemesi için en uygun yol üst hakkından yararlanmaktır. Dağlarda, deniz veya göl kıyılarında oteller, çeşitli turistik tesisler bu yolla sağlam hukuki temellere dayanılarak inşa edilebilir ve işletilebilir.

¹⁸⁴ Sirmen, **a.g.e.**, s. 527., Ertaş, Şeref, **a.g.e.**, s. 532.

¹⁸⁵ Aybay/Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2014, s. 265.

¹⁸⁶ Akipek, Jale, Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya, **a.g.e.**, s. 703., Oğuzman M.Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2011, s. 694.

¹⁸⁷ Gürzumar, Osman Berat, **Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet- Devret Modeli Dahil**, İstanbul, 1998, s.23.

Ülkemizde buna örnek olarak turizm faaliyetlerine uygun kamu arazilerinde kurulan üst hakları ve sağlık sektöründe kurulan şehir hastaneleri örneklerini verebiliriz.¹⁸⁸

Ayrıca kamu idareleri tarafından değerlendirilemeyen, ormanlar dışındaki diğer meydan, kayalık ve dağlık alanlar, göl kıyısı gibi üst hakkı kurulmaya müsait yerlerin üst hakkı kurma yoluyla özel kişilere tahsis edilerek, bu taşınmazlar üstünde veya altında otoparklar, oteller, alışveriş merkezleri spor yapıları gibi yapılar inşa edebilmektedir.

KÖİ başlığı altında incelenen "Yap İşlet Devret" ve "Yap Kirala Devret" modellerinin işletilmesi için en uygun yollardan biri üst hakkı kurulmasıdır. Nitekim Bakanlar Kurulu 3996 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak aldığı kararın 38. maddesinde şu hususlara yer vermiştir.¹⁸⁹

*"Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetler için kamulaştırılan ve hükmen tezyid edilen bedel de dâhil olmak üzere, bedeli görevli şirket tarafından ödenen taşınmaz mallar için kullanım bedeli alınmaksızın görevli şirket lehine sözleşme süresince Hazine veya ilgili kamu kuruluşlarınca daimi ve müstakil nitelikli **üst hakkı** tesis edilebileceğinin uygulama sözleşmesinde gösterileceği,*

Uygulama sözleşmesinde gösterilmek kaydı ile kamulaştırma bedelinin kısmen idarece ödenmesi halinde, taşınmaz malın tamamı üzerinde görevli şirket lehine daimi ve müstakil nitelikli üst hakkı tesis edilebileceği; bedeli idarece ödenen taşınmaz mallar için kullanım bedeli alınacağı, idarenin kamulaştırma bedeline maktu bir tutar üzerinden iştirak ettiği hallerde, tezyid edilen bedel de dâhil olmak üzere, toplam kamulaştırma bedeline isabet eden kısım için kullanım bedeli alınacağı,

*Taşınmaz malın mülkiyetinin Hazineye veya ilgili kamu kurum veya kuruluşuna ait olması halinde, bedeli mukabilinde görevli şirket lehine daimi ve müstakil nitelikte **üst hakkı** tesis edilebileceği,*

*Uygulama sözleşmesinde, Hazinece köprü kredi sağlanacağı hükmünün yer alması halinde, **üst hakkı** üzerinde tesis edilecek ipotekler için birinci derece birinci*

¹⁸⁸ Çakır, a.g.e., s.472.

¹⁸⁹ Gürzumar, a.g.e., s.215-216., Keşli, a.g.e., s. 431. Resmi Gazete, 01.10.1994, S.22068.

sıra boş bırakılacağı, Uygulama sözleşmesi koşulları çerçevesinde köprü kredi kullanılması halinde Hazine lehine birinci derece birinci sıradan ipotek tesis edileceği,

Taşınmaz malın kullanım bedeli idarelerce tesbit ve takdir edilir ve her yıl Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan toptan eşya fiyatları endeksi oranı uygulanmak suretiyle artırılacağı,

Uygulama sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde **üst hakkının** da sona ereceği,

Üst hakkının sona ermesi halinde tüm yapı ve tesisler bedelsiz olarak idareye geçer. Uygulama sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi hallerinde yapı ve tesislerin mülkiyetinin idareye intikaline ve tazminata dair hususlara uygulama sözleşmesinde yer verilir." Bu kararla birlikte uygulama sözleşmesinde; özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis edileceği bu üst hakkının niteliğinin, devrinin ve sona ermesinin nasıl olacağına ilişkin bilgilerin yer aldığını görmekteyiz.

Üst hakkının düzenlendiği diğer bir KÖİ modeli olan, Türkiye’de ise; Yap Kirala Devret olarak adlandırılan Türkiye’de sağlık sektöründe kullanılan sistem için düzenlenen 6428 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği’nde; "Tesislerin ve ticari hizmet alanlarının Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yaptırılması için, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek şartıyla, bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edileceği,

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 ilişkin uygulama sözleşmesine hüküm konulacağı" ifade edilmiştir.

Gerek kanun hükümlerinden gerekse Bakanlık kararından dolayı önümüze çıkan tabloda uygulama sözleşmesinde idare tarafından özel hukuk kişisi lehine tesis edilecek üst hakkına ilişkin bilgilere yer verildiğini, üst hakkı ile ilgili olarak idarenin ilgili kanun hükümlerinden kaynaklı bir yükümlülüğünün olduğunu ve bu sebeple uygulama sözleşmesinin içerisinde yer alan hukuki unsurlardan birinin üst hakkı olduğunu ifade edebiliriz.

Üçüncü bölümde KÖİ (Yap Kirala Devret) başlığı altında üst hakkı sözleşmesi ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu sebeple bu bölümde sadece uygulama sözleşmesi ile üst hakkı sözleşmesinin bağlantısını ortaya koymak amacıyla bu bilgilere yer verilmiştir.

B. ESER MEYDANA GETİRME – YAPIM

KÖİ’de uygulama sözleşmesinin içeriğini oluşturan en önemli unsurlardan biri de eser meydana getirme yapım unsurudur. KÖİ uygulamalarının amacı sunulacak kamu hizmetinin kamu yararı kapsamında daha iyi sunulmasını sağlamaktır. Sağlıkta Dönüşüm sloganıyla ortaya çıkan şehir hastanelerinin kurulumu da KÖİ ile gerçekleştirilmiştir. Özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkı ile birlikte yüklenici olan özel hukuk kişisi tarafından da bir eserin meydana getirilmesi, bakımı ve onarımı gerçekleştirilecektir.

1. Yapım Unsurunun Hukuki Niteliği

KÖİ projelerinde yapım unsuru çerçevesinde bir eserin meydana getirilmesi, bakımı, onarımı söz konusudur. KÖİ projelerinde taraflar arasında yapılan iş bölümünde bir eserin meydana getirilmesi idare tarafından yapım işi ilişkisinde yüklenici olacak özel hukuk kişisine devredilmektedir. Özel hukuk kişisi de imzalamış olduğu sözleşme gereği bir karşılık ile bu eseri yapmayı üstlenmektedir.¹⁹⁰Burada ki bu sistem, TBK’da yer alan eser sözleşmesinin de edimini içeren atipik karmaşık bir borç ilişkisinin ortaya çıktığını göstermektedir.

Eser sözleşmesinin tanımı TBK madde 471’de şu şekilde yapılmıştır. "*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" Bu tanıma göre; eser sözleşmesinin üç ögesi bulunmaktadır. Bunlar; eser, bedel ve son olarak anlaşmadır.¹⁹¹Yüklenicinin edimi eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise teslim edilen eserin bedelini ödemektir.¹⁹²

¹⁹⁰ Keşli, a.g.e., s.230.

¹⁹¹ Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, Emre, a.g.e., s. 494-495

¹⁹² Erzurumluoğlu, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Ankara, 2019, s.175.

KÖİ projelerinde de tıpkı eser sözleşmesinde olduğu gibi bir yüklenici ve eser sahibi yer almaktadır.¹⁹³ Ortada bir bedel ve anlaşma da mevcuttur. Ancak bedel eser sözleşmesinde yer aldığı şekilde eserin karşılığında değil kira bedeli olarak verilmektedir. Bedel konusunun dışında eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları olan; işi sadakat ve özenle yapma borcu¹⁹⁴, şahsen ifa borcu, araç, gereç ve malzeme sağlama borcu, idareyi bilgilendirme ve ihbar borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu, meydana getirdiği eseri teslim etme borcu ve ayıba karşı tekeffül borcu KÖİ’de de yapım unsurunda özel hukuk kişinin borçlarıdır.¹⁹⁵

Görüldüğü üzere eser sözleşmesinin üç ana ögesi olan eserin imali, ücret ve tarafların anlaşması¹⁹⁶ KÖİ projelerinde de mevcuttur. Ancak bu benzerliklerin yanında farklılıklarda vardır. Bu farklılıklardan ilki, KÖİ projelerinde karşılıklı menfaat ilişkisi ile birlikte bir kamu hizmetinin kamu yararı gözetilerek sunumunun sağlanması unsurunun olması,¹⁹⁷ ikincisi ise eser sözleşmesinde yer alan ücret kavramı¹⁹⁸ ile KÖİ projeleri için öngörülen ücret birbirinden farklıdır. KÖİ projelerinde yapımın karşılığında idare kiracı olarak tesisleri kullanacak ve özel hukuk kişisine kira bedeli ödeyecektir. Ayrıca ana kamu hizmetinin dışındaki bazı hizmetlerin verilmesi de özel hukuk kişisine devredilerek özel hukuk kişinin gelir elde etmesi sağlanacaktır.

Doktrinde eser sözleşmesini ani edimli borç ilişkisi olarak nitelendiren görüşler olduğu gibi,¹⁹⁹ sürekli borç ilişkisi olarak nitelendiren görüşler ve kararlarda mevcuttur.²⁰⁰ Sürekli borç ilişkisi olarak nitelendiren görüş, eser sözleşmesi kapsamına giren inşaat sözleşmesinin teslimi de göz önünde bulundurulduğunda ifası uzun bir zaman süreci gerektirdiği için somut olaydaki ihtilafların türüne göre sürekli sözleşmelere ilişkin kuralların uygulanmasının gerektirdiği hallerle de

¹⁹³ Şenocak, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002, s.5.

Zevkliler, Aydın, Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s. 494-495

¹⁹⁴ Avcı Ali, **Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015, s.369, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-119-1499> Erişim tarihi(02.12.2021)

¹⁹⁵ Göktürk, Serhan, **Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesi** Yüksek Lisan Tezi, 2019, s. 39.

¹⁹⁶ Akıncı, Şahin, **Roma Borçlar Hukuku 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK İle Mukayeseli**, Konya, 2021, s.145.

¹⁹⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.232.

¹⁹⁸ Kul, Eyüp, **Yapım Sözleşmelerinde Asgari Ekonomik Menfaat Taahhüdü**, İstanbul, 2021, s.18

¹⁹⁹ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s. 504., Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.315-316.

²⁰⁰ Serozan, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, 2002, Yargıtay İBK, 25.01.1984, 1983/3 E. 1984/1K. Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s. 504.

karşılaşılabileceği belirtilmiştir. Buna yoruma karşılık eser sözleşmesini ani edimli borç ilişkisi olarak gören görüş ise, yüklenicinin edimini bir zaman dilimi içerisinde icra etmesi, sözleşmenin kurulması ile eserin teslimi arasında belirli bir zamanın geçmesi eser sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğu anlamına gelmeyeceği ifade etmiştir.²⁰¹

KÖİ uygulama sözleşmelerinde ki yapım unsuru için ise sürekli borç ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bunun ilk sebebi, KÖİ projelerinde eserlerin yapımı için sözleşmede belirli bir süre öngörülmeyle birlikte idare ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen uygulama sözleşmesinin özel hukuk kişisi lehine tanınan üst hakkı ile birlikte 30 yıl süreli olmasından ve yüklenici olan özel hukuk kişinin yapmış olduğu eserin tesliminin bu 30 yılın sonunda gerçekleşecek olmasıdır.

İkinci sebebi ise; KÖİ ile yapılan şehir hastaneleri için düzenlenen 6428 sayılı kanunun 4. maddesidir. İlgili hükümde; KÖİ sözleşmesi çerçevesinde özel hukuk kişinin zorunlu olarak sunmakla yükümlü olduğu yegâne hizmetin, bakım onarım hizmetleri olduğu, tesisin ve ticari hizmet alanlarının bakım ve onarımından yüklenici olan özel hukuk kişinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu sorumluluk aslında yapım ve yenileme işini gerçekleştirme ödevinin bir uzantısı olmakla beraber; hizmet sunumu kapsamında değerlendirilmektedir.²⁰² Son olarak yüklenici yapmış olduğu tesisleri hizmet süresince hizmete elverişli halde bulundurmayı taahhüt etmektedir. Bu sebeple yüklenicinin hizmete ilişkin tesisi teslim hazır işletilecek hale getirmesi ve idarenin bu anlamda kabulüyle birlikte sorumluluktan kurtulma söz konusu değildir.²⁰³

Tüm bu sebeplerden dolayı KÖİ kapsamında yapılan uygulama sözleşmesinin unsurlarından biri olan yapım unsurunun sürekli nitelik taşıyan bir borç olduğunu ve bundan kaynaklı çıkacak uyuşmazlıkların bu husus dikkate alınarak çözülmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Eser sözleşmesi ile KÖİ projeleri için hazırlanan uygulama sözleşmesinin içerisinde yer alan ana unsurlardan biri olan yapım unsurunun benzerliklerini ve farklılıklarını ortaya koymak istememizdeki amaç yapım unsurundan kaynaklanan hukuki

²⁰¹ Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s. 504.

²⁰² Çakır, **a.g.e.**, s.508.

²⁰³ Boz, Selman Sacit, **Kamu Özel İşbirliği PPP**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 4 S:2, 2013, s. 299.

problemlerin çözümünde TBK’da yer alan eser sözleşmesinin hükümlerine gidilip gidilemeyeceğinin nihayete ulaştırılması gerektiğindendir.²⁰⁴

Uygulama sözleşmesinin atipik (karmaşık, suigeneris) bir sözleşme olmasından dolayı içerisinde barındırdığı yapım unsurunu da bu açıdan değerlendirerek yapım unsuurlarından kaynaklı ortaya çıkabilecek hukuki problemler için sözleşmede yer alan hükümler dışında TBK’da yer alan genel hükümler ile birlikte özel hükümlere de gidilebilecektir.²⁰⁵ Ancak tek parametre ile bakılması yanlış sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple sözleşmedeki sair karakteristik edimler ile de uyumlu sonuçlara ulaşılabilecek yorum şekli benimsenmelidir.²⁰⁶

2. KÖİ Projelerinde Yapım Unsurunda Özel Hukuk Kişisinin Yükümlülükleri

KÖİ projelerinde ki yapım unsuru içeriği çoğunluklu olarak eser sözleşmesinin unsurları ile benzerlik göstermektedir.²⁰⁷ Bu sebeple unsurlar açıklanırken eser sözleşmesinin sistematığı de dikkate alınacaktır.²⁰⁸

a)İşi Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

Eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcunu düzenleyen kanun hükmü TBK madde 471/I ve II’dir. İlgili hükümlere göre; "Özen borcu ile kastedilen şey, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışdır." Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu özene "objektif özen" adı verilmektedir.²⁰⁹ Hükümde yer alan teknik kurallar teriminin de doğru yorumlanması gerekir. Teknik kurallar, bilimde doğruluğu kabul edilmiş olan ve uzmanların pratikte uygulamakta olduğu kurallar bütünüdür. Kuralların bilimselliği noktasında her zaman bilimsel olması gerekmediğini ve o alanda uzman olmuş kişiler tarafından kabul edilmiş kurallarında bu kapsam içerisinde yer aldığını ifade etmemiz gerekir.²¹⁰

Sadakat borcu ise; yüklenicinin edimini sözleşmeye göre tamamlama dışında, iş sahibinin her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu

²⁰⁴ Keşli, **a.g.e.**, s.232.

²⁰⁵ Bu hususla ilgili ayrıca 1.1.2’de yer alan uygulama sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin yapılan tartışmalar ve sonuçlarına bakınız.

²⁰⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.232.

²⁰⁷ Bu hususla ilgili 1.2.2.1’de yer alan yapım unsurunun hukuki niteliği kısmına bakınız.

²⁰⁸ Keşli, **a.g.e.**, s.238.

²⁰⁹ Aral Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **a.g.e.**, s.393.

²¹⁰ Aral Fahrettin/Ayrancı, Hasan, **a.g.e.**, s.393.

kendi çıkarına kullanmama yükümlülüğünü içermektedir.²¹¹ Başka bir tanıma göre sadakat borcu, iş görenin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır.²¹² Sadakat borcu TMK madde 2 kapsamında ele alındığında ise, taraflar arasındaki ilişkinin güven unsuruna dayanması gerektiği ve kanunda düzenlenmiş özen borcunun gereklerinden bazılarının sadakat yükümlülüğünden çıkarılan borçlar olduğu ifade edilmiştir.²¹³ Eser sözleşmelerinde sözleşmeden kaynaklanan diğer borçlardan farklı olarak, sadakat borcu, sadece sözleşmenin ifası sırasında değil, onun öncesinde, kurulmasında ve hatta ifasından sonra da geçerlidir.²¹⁴

Özen borcuna aykırılığın hukuki sonuçları ile ilgili TBK’da yer alan kuralları göz önünde tutarsak, teslim edilen eserde bir bozukluk veya noksanlık söz konusu ise, kural olarak, genel özen borcuna aykırılık kuralları değil, özel düzenlenmiş ayıp dolayısıyla sorumluluk söz konusu olur.²¹⁵

Bununla birlikte iş sahibinin zararı, eser sözleşmesini düzenleyen hükümler çerçevesinde ayıp olarak nitelendirilemeyen fakat özen borcuna aykırılık olarak ifade edebileceğimiz hususlardan dolayı zarara uğraması durumunda TBK madde 112’ye göre zararlarını talep etme hakkı olacaktır.²¹⁶

Yüklenicinin özen borcuna aykırı davrandığı ve işin sözleşmeye uygun biçimde yapılmadığı anlaşıldığı takdirde iş sahibi TBK 473/II madde hükmünden

²¹¹ Öz, M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2012, s.121.

²¹² Avcı Ali, **a.g.e.**, s.370.

²¹³ Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s.394.

²¹⁴ Gökyayla, Emre, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", (Prof Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, S.1. s.786, Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s.523.

²¹⁵ TBK madde 474; İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. TBK madde 475; "Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.

2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.

3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz."

²¹⁶ Özen borcuna aykırılık, genellikle yan yükümlerin ve koruma yükümlerinin ihlali biçiminde kendisini gösterir. Örneğin eserin kullanımında kullanılacak malzemenin iyi muhafaza edilememesi, alt yüklenicinin yeterince denetlenmemesi gibi. Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, **a.g.e.**, s.533.

faydalanabilir. İlgili hüküm gereği; *“Eserin meydana getirilmesi sırasında, 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 giderilmesini talep edebilir, gerekli hususların yerine getirilmemesi durumunda ise; hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarla bulunabilir.”* Hükümden de anlaşılacağı üzere işin uygun biçimde yapılmaması halinde işin devamı üçüncü kişiye yaptırılabilirliğine ilişkin yükleniciye ihtarla bulunulabilecektir.

KÖİ projelerinde ise idare, projenin yapımı aşamasında yüklenici sıfatı bulunan özel hukuk kişisini sözleşmeye uygun ifade bulunup bulunmadığı konusunda denetleme hakkına sahiptir. KÖİ projelerinde de eser sözleşmesi için düzenlenmiş TBK madde 473/II hükmü uygulanabilecektir.²¹⁷ Burada dikkat edilmesi gereken husus TBK’da, eserin ayıplı bir şekilde ortaya çıktığını açıkça görme eyleminin eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkması gerekliliğidir. Aksi halde bu hükmün uygulanması mümkün değildir.²¹⁸ Fakat KÖİ projelerinde durum farklılık arz etmektedir. Netice itibarıyla KÖİ projelerinde eserin meydana getirilmesi ile birlikte teslim gerçekleşmemekte olup eserin bakım onarımı ve kullanılabilirlik vaziyette idareye teslimi yüklenici olan özel hukuk kişinin yükümlülüğüdür. Bu sebeple eserin devrine kadar her aşamada bu hükmün uygulanması mümkün olacaktır. Eser sözleşmesinde olduğu gibi KÖİ projelerinde de bu hükme ilişkin dikkat edilmesi gereken bir diğer husus yüklenicinin veya alt yüklenicilerin eserin ayıplı ortaya çıkmasından dolayı kusurunun olması gerekliliğidir. Aksi halde kusursuz imkânsızlık ortaya çıkacaktır ki; burada yüklenici olan özel hukuk kişinin ve alt yüklenicilerin sorumluluktan kurtulması söz konusudur.

İlgili düzenlemeyle ilgili üçüncü ve son husus ise; ortaya çıkan ayıbın düzeltilmesi için verilen süredir. KÖİ projelerinde de idarenin, yüklenici özel hukuk kişisine eserin ayıpsız olacak şekilde düzeltilmesi için makul bir süre vermesi gerekir. Bu sürenin sonunda başkasına yaptırma aşamasına geçmelidir. Yüklenici tarafından gerekli olan düzeltme işlemleri yapılmadığı takdirde ise yapım unsurunun sürekli nitelik taşıyan bir

²¹⁷ Keşli, a.g.e., s.241.

²¹⁸ Yavuz, a.g.e., s.328.

borç olduğunu kabul ederek idarenin TBK madde 126²¹⁹'dan kaynaklı haklarını kullanabileceğini ifade edebiliriz. Ancak şunuda belirtmek gerekir ki bu durum her zaman hakkaniyetli bir sonuç doğurmayacaktır. Şöyle ki; KÖİ kapsamında yapılan projeler kamu yararı amacı güden büyük projelerdir. Bu sebeple söz konusu ayıbın projenin belli bir kısmını kapsamaması ve diğer yeterlilik koşullarının sağlanmaya devam etmesi, ayıplı kısmın başkasına yaptırılarak bu sürecin devam ettirilmesi çok daha uygun olacaktır.²²⁰

b) Şahsen İfa Borcu

Yüklenicinin projeyi şahsen yapma veya kendi gözetimi altında yaptırma borcu vardır.²²¹ Ancak proje niteliği gereği kişisel beceri gerektirmiyorsa yüklenicinin işi başkasına yaptırma hakkı da vardır. Yüklenicinin eseri bizzat meydana getirme borcu, TBK. madde 83 hükmündeki borcun herkes tarafından ifa edilebileceğine dair genel kuralın bir istisnasıdır. Yüklenicinin şahsen ifa borcu, eserin meydana getirilmesinin yüklenicinin sıkı sıkıya yeteneklerine ya da el becerilerine bağlı olduğu durumlarda görülür. Yüklenici eserin meydana getirilmesinde kişisel özelliklerinin bir öneminin olmadığını iddia etmesi durumunda bunu ispatlamakla yükümlüdür.²²² Yüklenicinin tüzel kişi olması durumunda, projenin tüzel kişinin yetkili organlarının seçim gözetim ve talimatları doğrultusunda çalışan kişilerce yapılacaktır.²²³

Eser sözleşmelerinde; yüklenici, sözleşme de kabul edilmişse veya işin niteliği elveriyorsa işin bir bölümünü veya tamamını alt yükleniciye yaptırabilir. Yüklenicinin alt yükleniciyi seçerken özen yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir. Yüklenicinin alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu TBK madde 116'ya dayanmaktadır.²²⁴ Burada şu hususa da dikkat etmek gerekir yüklenici sözleşme ile üstlendiği edimin ifasını işsahibini adına ve hesabına yaptığı bir

²¹⁹ TBK madde 126; "*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.*"

²²⁰ Keşli, **a.g.e.**, s.243.

²²¹ Kostakoğlu Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul, 2005, s.438., Keşli, **a.g.e.**, s. 257.

²²² Yavuz, **a.g.e.**, s.330. Keşli, **a.g.e.**, s.257.

²²³ Keşli, **a.g.e.**, s. 257.

²²⁴ TBK madde 116; "*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafla verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*" Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.540.

sözleşme ile üçüncü bir kişiye bırakması alt yüklenicilik halinden farklıdır. Burada bir devir söz konusudur ve iş sahibinin rızası şarttır.

Aksi halde TBK madde 47 uyarınca yüklenici yetkisiz temsilci sıfatıyla sorumlu olur.²²⁵ Bazı işlerde ise edimin şahsen ifası zorunlu olmasa bile taraflar aksini kararlaştırabileceği gibi, sözleşmenin bağlı olduğu hükümlerden bu sonuca ulaşılabilir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi işlerden edimin ifasının başkasına bırakılması sıkı şartlara bağlanmıştır.²²⁶ Burada açıklanan edimin ifasının başkasına bırakılması durumu alt yüklenicilerle alakalı olmayıp sözleşmenin devrine ilişkindir.²²⁷

KÖİ projelerinde de yüklenicinin, alt yüklenicilere başvurması mümkündür. Ancak burada bazı sınırlamalar söz konusudur. Bilindiği üzere KÖİ projeleri için akdedilen uygulama sözleşmeleri her ne kadar özel hukuka tabi olsada taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesinden önce yapılan ihale prosedürü ve buna bağlı tüm işlemler idare hukukuna tabidir. Bu sebeple ihale aşaması için başvuracağımız yasal düzenlemeler Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunudur. Bu yasal düzenlemelere göre alt yüklenicinin; "Kamu İhale Kanununun 10. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca ihale dışı bırakılacak olanlar, 11. maddesi uyarınca ihaleye katılamayacak olanlar, 58. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı olanlar ve 53. maddesinin (b) bendinin 8. alt bendi gereğince alınacak Cumhurbaşkanlığı Kararında belirtilen yabancı istekliler ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26. maddesi uyarınca yasaklı olanlar alt yüklenici olamazlar. Bununla birlikte yüklenicinin ortak girişim olması halinde ortak girişimin ortakları da alt yüklenici olarak çalıştırılmazlar."²²⁸ Ayrıca alt yükleniciye

²²⁵ TBK madde 47; "Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez." Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.540.

²²⁶ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 538.

²²⁷ Yapım İşleri Genel Şartnamesi madde 47; "Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 4735 sayılı Kanunun 20, 22 ve 26 ncı madde hükümleri uygulanır."

²²⁸ Bkz; <https://www.ihalehukuku.net/single-post/yapim-islerinde-alt-yuklenici-uygulamasi> Erişim tarihi; 11.10.2021. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/08/20190808-2.htm> Erişim tarihi; 11.10.2021

verilebilecek iş oranı da ihale dökümanında aksi bir husus söz konusu olmadıkça bellidir. "*Yüklenici işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle veya teknik zorunluluklar nedeniyle, tek bir alt yükleniciye yaptırılacak iş bölümlerinin toplam bedeli sözleşme bedelinin %30'unu; alt yüklenicilere yaptırılacak işlerin toplam bedeli ise sözleşme bedelinin %50'sini geçemez. İhale dökümanında düzenlenmesi kaydıyla doğrudan alt yüklenicilere ödeme yapılabilir.*"²²⁹

Durumu KÖİ projeleri için daha ayrıntılı şekilde ele alacak olursak; eser sözleşmeleri için düzenlenmiş olan şahsen ifa yükümlülüğü büyük altyapı projelerinde önemini kaybetmektedir. Söz konusu projelerde yer alan eser, inşaat sektörü kapsamında değerlendirilecek yapılardır. Bu sebeple gerek teknolojik alandaki gelişmeler, gerekse inşaat sektöründeki hızlı değişim ve gelişim ile buna bağlı olarak işlerin gereği gibi ifa edilebilmesi için gerekli olan seri ama kaliteli üretim ihtiyacı, yapıların en makul fiyatla bitirilme isteği ve eseri belli bir süre içinde tamamlama taahhüdü ve bu taahhüdün ifa edilememesi halinde cezai şartların olması KÖİ projelerinde alt yüklenicilik sözleşmelerini zorunlu hale getirmiştir.²³⁰ Bu sebeple KÖİ projelerinde ihaleyi kazanan özel hukuk kişinin yüklenici sıfatıyla eserin tamamını şahsen yapması beklenmemektedir.

Burada bazı kurumlarca da hâlihazırda yapılmakta olan ve yapılmasının da fayda sağlayacağını düşündüğümüz alt yüklenici listesinin sözleşme aşamasında idareye tebliğ edilmesi ve alt yüklenicilerin değişiklik gösterebileceğine ilişkin hususun yine idareye bildirilmesi her iki taraf için de fayda sağlayacaktır. Bu durum söz konusu olduğu takdirde yukarıda değindiğimiz kanun hükümleri saklı kalmak kaydı ile idarenin alt yükleniciler ile ilgili bazı standartlar getirmesi mümkün olabilecektir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus idare, yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkilerin nasıl olacağına ilişkindir. Akitlerin nisbiliği ilkesi uyarınca, yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmeden kaynaklanan ilişki kural olarak idareye alt yükleniciden hak talep etme yetkisini tanımayacaktır. Burada alt yüklenicinin eyleminden kaynaklanan bir aksaklık durumunda yüklenici idareye karşı sorumlu olacaktır. İdare, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki alt eser

²²⁹ Bkz; <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/08/20190808-2.htm> Erişim tarihi: 11.10.2021.

²³⁰ Erişen Muhammet, **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, 2011, s. 7., Karagöz Dilek, **Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s.51.

sözleşmesinin tarafı değildir; işsahibi ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesi ve ona dayalı olarak asıl yüklenici ve alt yüklenici arasında yapılan alt eser sözleşmesi birbirlerinden bağımsız sözleşmelerdir.²³¹

Sonuç olarak alt yüklenicinin asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden asıl yüklenicinin, idareye olan borcunu yerine getirememesi halinde asıl yüklenici, bu nedenle uğradığı zararın tazminini alt yükleniciden isteyebilir. Asıl yüklenicinin alt yüklenicisinin idareye verdiği zararlardan dolayı sorumluluğu TBK.'nın 116. maddesine dayanmaktadır.²³² Buna göre; *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür”*. Bu durumda asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi nedeniyle uğradığı zarar alt yüklenici tarafından karşılanması gerekmektedir. KÖİ projelerinde işin alt taşeronlara yaptırılmasının dışında, tamamen devrine ilişkin düzenlemeler tamamen farklılık arzetymekte ve idarenin iznine tabii tutulmaktadır.²³³

c) Araç Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

TBK madde 471/3 gereğince aksine bir sözleşme olmadığı takdirde eser sözleşmelerinde yüklenici eseri meydana getirmek amacıyla gerekli olan tüm araç gereç ve malzemeyi kendisi temin eder.²³⁴ Kullanılan malzemenin kalitesinden de yüklenici sorumlu olacaktır. KÖİ projelerinde bir kamu hizmetinin verilmesi söz konusu olacağı için yüklenici tarafından kullanılan malzemelerin kalite standartlarının şartnamede belirtilmesi gerekir.

KÖİ projelerinde de tıpkı eser sözleşmelerinde olduğu gibi malzemelerin temini sorumluluğu yüklenici üzerindedir. Bu sebeple malzemenin kalite standartlarına uygun olması yükümlülüğü de yine yüklenici üzerinde kalacaktır. Taraflar malzeme temini borcunun idare üzerinde kalacağına ilişkin anlaşabilirler. Bu durumda ise; yüklenicinin sorumlulukları farklılık gösterir. Malzeme temini idare tarafından

²³¹ Tutar, Elce, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi Evaluation of Personal Performance of the Contractor in the Construction Contract and the Exceptional of Personel Performance of the Contractor**, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, s.299.

²³² Tutar, **a.g.e.**, s.330.

²³³ Konuyla ilgili bkz. Dipnot 211.

²³⁴ Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s.183.

sağlandığı takdirde yüklenici onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı artanını da geri vermekle yükümlüdür.²³⁵ İdare tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması halinde ise yüklenici idareye durumu bildirmelidir aksi halde uğranılacak zarardan kendisi sorumlu olacaktır. İdare ayıplı olan malzemenin kullanılması konusunda ısrar etmesi durumunda yüklenici idarenin talimatına uymayarak mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.²³⁶

İnşaat döneminde, önemli olan bir diğer husus ise, inşaat kalitesidir. Bu dönem içerisinde idarenin denetim yapma hakkı mevcuttur. İşletme döneminde tesisin yapım projesinde öngörülen işletme kapasitesini tutturamamasının inşaat kalitesinden kaynaklanması halinde yükleniciye verilmiş bir alım taahhüdü var ise, alım taahhüdü dahilinde ödenen kapasite bedelinden indirim yapılmakta, buna bağlı olarak taşeron şirket içinde eksik üretim nedeniyle doğacak tazminat borcunun yanında, cezai şart ödemek borcu hükme bağlanabilmektedir.²³⁷

d) Yüklenicinin Meydana Getirdiği Eseri Teslim Etme Borcu

KÖİ projelerinde uygulanan tüm modeller için teslim etme borcu bulunmamaktadır. Fakat tezimizin içeriğinde incelenen KÖİ projeleri için uygulanmakta olan ve en son şehir hastanelerinin yapımı için kullanılan "Yap Kirala Devret" modelinde eserin teslim borcu bulunmaktadır. İdarenin kiracı olduğu, yüklenicinin de eser meydana getirip idareye kiraya verdiği ve sonrasında devrettiği veya sahip olduğu modeller gibi eserin meydana getirilmesinden sonra idareye teslim edilmesi teslim borcuna ekstra önem katmaktadır.²³⁸ Teslim borcunun tamamlanması için eserin sözleşmeye uygun şekilde tamamlanıp idarenin zilyetliğine ve tasarruf alanına geçirilmesi gerekmektedir.²³⁹ Kabul işleminin yapılmış olması teslim borcunun yerine getirilmiş olduğu anlamına gelmemektedir.

KÖİ projelerinde yapının teslimi borcu ile bu yapıların idareye devri²⁴⁰ aynı zamanda gerçekleşmektedir. "Yap Kirala Devret" modeli uygulanmış KÖİ

²³⁵ Keşli, **a.g.e.**, s.265.

²³⁶ Keşli, **a.g.e.**, s. 265.

²³⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.266., Karabulut, Pekgüçlü, Türk Özel Hukukunda Yap İşlet Devret Sözleşmesi, Ankara, 2007, s.75.

²³⁸ Keşli, **a.g.e.**, s.273.

²³⁹ Öz, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2006, s.125.

²⁴⁰ 6428 sayılı 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

projelerinde idare ile yüklenici arasında otuz yıl süreli uygulama sözleşmeleri akdedilmekte, idare tarafından yüklenici konumunda olan özel hukuk kişisi lehine bağımsız ve sürekli nitelikte bir üst hakkı tesis edilmekte ve sözleşme süresi boyunca üst hakkından kaynaklı olarak yüklenicinin ortaya çıkardığı eserlerin bir kısmı idare tarafından kiralanmakta ve çekirdek kamu hizmetinin dışında kalan hizmetlerin sunumunun yükleniciye devri söz konusu olmaktadır. Sözleşme süresinin sonunda ise tüm bu yapıların tamamı idareye devredilmekte üst hakkı sözleşmesi de sona ermektedir. Ayrıca sözleşme süresi boyunca yapılan eserlerin bakım ve onarım hizmeti yüklenici tarafından verilmektedir. Tüm bu sebeplerden dolayı eserin zilyetliğinin idareye geçişi sözleşme süresinin sonunda gerçekleşmektedir.

e) Ayıptan Doğan Sorumluluk

"Eserde, sözleşmede belirtilen veya dürüstlük kuralı gereği bulunması gerekli nitelikler ile fiilen var olan nitelikler arasındaki farka ayıp denir."²⁴¹ Bir başka ifadeyle eserden beklenen kullanım yararını ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan bir durum varsa, ayıp söz konusu olur.

İdare, sözleşmeye konu eserin tesliminden sonra, sözleşme ile üzerinde anlaşılan hususların yerine getirilmemesi veya dürüstlük ilkesi gereği eserde olması gereken vasıfların olmaması halinde ayıp hükümlerine başvurabilecektir.²⁴² Yüklenicinin ayıplı ifası durumunda TBK madde 474 vd. hükümleri geçerli olacaktır.²⁴³ Ayıp borcunun doğması için teslimin gerçekleşmiş olması gerekir.²⁴⁴

KÖİ projeleri "*Yap Kirala Devret*" modelinde teslim sözleşme süresinin sonunda gerçekleşir.²⁴⁵ Bilindiği üzere KÖİ projelerinde hazinenin özel mülkiyetindeki araziler üzerinde özel hukuk kişinin yapı inşa etmesi ve özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis edilmesi söz konusudur. Arazi kamuya ait olmakla beraber üst hakkından

kendiliğinden idareye geçer. Sözleşme süresi sonundaki yerleşkenin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Durum tespit tutanağında belirlenen eksiklik ve arızalar, idarece verilecek sürede yüklenici tarafından tamamlanır. Tamamlanmaması hâlinde eksiklik ve arızaları karşılayacak meblağ, varsa yükleniciye yapılacak ödemelerden mahsup edilir ve/veya teminatından karşılanır. Bu suretle karşılanamaması hâlinde ise yükleniciye tazmin ettirilir.

²⁴¹ Şenocak, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002, s. 94-97, Keşli, **a.g.e.**, s.276.

²⁴² Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s. 185.Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.551., Keşli, **a.g.e.**, s. 276.

²⁴³ İlgili hükümlerde iş sahibinin ihbar yükümlülüğü ve ayıp sebebiyle kullanılabileceği haklar düzenlenmiştir.

²⁴⁴ Yavuz, **a.g.e.**, s.339; Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.551;Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s. 187.

²⁴⁵ Bkz. 1.2.2.2.4. numaralı Yüklenicinin Teslim Borcu başlıklı bölüm.

kaynaklı olarak yapılan yapıların mülkiyeti belirli bir süre için yüklenici sıfatıyla bulunan özel hukuk kişisine aittir. Ayrıca bu işbirliği çerçevesinde çekirdek kamu hizmetinin dışındaki bazı hizmetlerin özel hukuk kişisine devri söz konusudur. Burada ana kamu hizmeti inşa edilen yapılarda idare tarafından gerçekleştirilmektedir. Fakat diğer hizmetler²⁴⁶ özel hukuk kişisi tarafından verilecektir. Bu sebeple KÖİ projelerinde teslimle birlikte doğacak ayıp borcu için teslim tarihinin, eserin yapımının bitimi ile ortaya çıkan kabulünden ayrı olarak sözleşme süresinin bitimi olarak kabul edilmesi gerekir.

Son olarak bu konuda herhangi bir ihtilaf yaşanmaması adına gizli ayıplar açısından eserin kabul tutanağının içerisine ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yapıların idareye teslimiyle birlikte başlayacağını belirtilmesi fayda sağlayacaktır.

KÖİ başlığı altında toplanan diğer modellerden Yap İşlet Devret modelinde de yine aynı şekilde ayıp borcu için olan ihbar yükümlülüğü teslimle birlikte yani sözleşmenin sonunda gerçekleşecektir.

İdare, sözleşme süresinin sonunda eseri teslim aldıktan sonra, işlerin olağan akışına göre, olanak bulur bulmaz eseri gözden geçirme işini yapmalı ve ayıpları yükleniciye bildirmelidir.²⁴⁷ Gözden geçirme ve bildirim yapma için yasa koyucu kesin bir süre belirtmemiştir. Bu sebeple tarafların sıfatı iş kolundaki teamüller ve eserin niteliğine göre bu süre tayin edilecektir.²⁴⁸ Bu süreyi KÖİ projeleri için değerlendirdiğimizde şunları ifade edebiliriz ki; söz konusu projeler karmaşık projelerdir ve bu sebeple muayenesinin de uzman bir ekip tarafından yapılması uygun olacaktır. Bu sebeple bu durum göz önünde bulundurularak bu sürenin yeterli uzunlukta olması sağlanmalıdır.²⁴⁹ Ayıbın tespiti halinde idarenin TBK'nın İşsahibinin seçimlik hakları başlıklı 475. maddesine, eserin kabulü başlıklı 477. maddesine, zamanaşımı başlıklı 478. maddesine ve son olarak beş yıllık zamanaşımı başlıklı 147. maddesine başvurabilecektir.

²⁴⁶ Bkz. Başlık 1.1.1

²⁴⁷ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.555.

²⁴⁸ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.555.

²⁴⁹ Karabulut, **a.g.e.**, s.214.

3. KÖİ Projelerinde Yapım Unsurunda İdarenin Yükümlülükleri

KÖİ projelerinde idarenin borçları ile eser sözleşmesindeki iş sahibinin borçları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle idarenin ana borcu olan ücret borcu konusunda doktrinde farklı birçok görüş bulunmaktadır.²⁵⁰

a) Bedel Borcu

KÖİ projelerinde bedel hususunun eser sözleşmesinin unsurlarından olan bedel ile kıyaslanabilmesi için öncelikle eser sözleşmesindeki bedel unsurunun karşılığının ne olduğunun net olarak ifade edilmesi gerekir. Bu konu ile ilgili doktrinde tartışmalar mevcuttur.²⁵¹ "Roma Hukukunda eser sözleşmesinin (Locatio conductio operis) eserin karşılığında müteahhide belli bir ücret öndendiği klasik dönemde ücretin bir miktar para olması gerektiği hususu tartışmalı iken Iustinianus döneminde paradan başka bir şey verilmişse bunun bir eser sözleşmesi olmadığı fikri benimsenmiştir"²⁵².

Konuyla ilgili TBK’da yer alan hükümleri incelediğimizde; TBK madde 470’de *"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmış, madde 481’de ise; *"Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir"* ifadelerine yer verilmiştir. Bu hükümlerin yorumlanması ile ilgili doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bunlardan ilki bedelin para borcu olduğu, bedelin para olarak belirlenmediği durumlarda sözleşmenin karma sözleşme olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönündedir.²⁵³ Diğer ise, eser sözleşmesinde bedelin tayininin para olarak kararlaştırılmasının mecburi olmadığı, bedelin başka bir şey veya başka bir iş görme sözleşmesine ait bir edimin olabileceği yönündedir.²⁵⁴ Bu görüşle ilgili Uygur, eser sözleşmesinde ücretin arsa payı olarak kararlaştırılmasının mümkün olduğu yönünde görüş bildirmiştir.²⁵⁵ Tandoğan ise TBK madde 481’de belirtilen ‘işin

250 Kul, Eyüp, **a.g.e.**, s.18.

251 Kul, Eyüp, **a.g.e.**, s.18.

252 Akıncı, **a.g.e.**, s. 146.

253 Kul, **a.g.e.**, s.18. , Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2017,s.595.

254 Kul, **a.g.e.**, s.18, Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul,2010,s. 28.

255 Uygur, Turgut, **Açıklamalı İhtahatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi** , Ankara, 1993, s.43.

değeri'' kavramından yüklenicinin yaptığı iş karşılığında elde edeceği kâr²⁵⁶ve o işe düşen genel gider paylarının anlaşıldığı, "yüklenici masrafi giderleri" deyiminden ise işin görülmesi için başvuru alan yardımcı şahıslara ve alt yüklenicilere ödenen bedeller ile işte kullanılan araç, gereç giderleri ve yüklenicinin sağladığı malzemeler için yapılan harcamaları kapsadığını ifade etmiştir.²⁵⁷ Bu iki görüş eser sözleşmesinde bedelin paranın dışında kararlaştırılabileceğine ilişkindir.

Bu iki görüşte doğrudur, ancak karşı edim para ise eser sözleşmesi, para değilse karakteristik edimi sadece "eser" olmayan her iki tarafında karakteristik edim borçlandığı bir karmaşık sözleşme söz konusu olur.

KÖİ projelerinde ise özel hukuk kişisi tarafından inşası yapılan yapıların karşılığı belli bir miktar para ile karşılanmamakta dolaylı yoldan, özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkından kaynaklı olarak yapılan yapıların idareye kiralanarak gelir elde etme yoluyla ve bu yapıların bir kısmının işletmesinin özel hukuk kişisine devri sağlanarak ödenebildiği gibi çeşitli ödeme yollarıyla da yerine getirilebilmektedir.²⁵⁸Bu ödeme yolları;

Kullanım Esaslı Ödeme: İdarenin, özel hukuk kişisine hizmet veya alt yapının ne kadar kullanıldığına bağlı olarak yaptığı ödeme,

Kullanıma Hazır Bulundurma Bazlı Ödeme: İdarenin, özel hukuk kişisine, alt yapı veya hizmeti belli bir standartta kullanılabilir hale getirmesi karşılığında yapılan ödemeler,

Performans Bazlı Ödemeler: Hizmetin kalitesine bağlı olarak yapılan ödemelerdir.²⁵⁹

Kanaatimizce, KÖİ projeleri bu noktada dar anlamda eser sözleşmesinden ayrılmaktadır. Konuyla ilgili kanuni düzenlemelere bakıldığında TBK madde 470'de bir bedel ifadesi kullanılmış olup, TBK genel olarak yalnızca "ifa" ifadesini kullanırken, "ödeme" ifadesini özel olarak para borçlarının ifası için kullanmaktadır.²⁶⁰

256 Kâr kelimesi birşeyden elde edilen yarar anlamında ifade edildiğini düşünmekteyiz.

257 Aralık/Ayrancı, **a.g.e.**, s.433.

258 Keşli, **a.g.e.**, s.284.

259 Keşli, **a.g.e.**, s.284.

260 Tekinay, Selahattin Sulhi, /Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk, Altop, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, s.251, Kul, **a.g.e.**, s.20.

TBK madde 99,100 ve 103 gibi pek çok maddede de özel olarak para borcunun ifası için ödeme ifadesi kullanılmıştır.²⁶¹ Bu sebeple karakteristik eser sözleşmelerinde ücret olarak bahsedilen şeyin bir miktar para olarak anlaşılması daha doğru olacaktır. KÖİ projelerinde ise durum bu anlamda tamamen farklıdır.

Bu projelerde idare proje konusu yatırımı gerçekleştirmek isteyen fakat yeterli bütçe bulamayan veya elinde olan bütçeyi farklı amaçlarla kullanmak isteyen taraftır ve bu sebeple yapım işinin karşılığını eser sözleşmesinden farklı olarak dolaylı yoldan özel hukuk kişisine vermektedir.²⁶² Yüklenici olan özel hukuk kişisi yapımın maliyetini ve yüklenicilik ücretinden oluşan maliyet bedelini idare tarafından sunulan (üst hakkı, kira ve işletme hakkı devri) imkânlar ile sağlamaktadır ve böylelikle idare ücret borcunu ifa etmiş olmaktadır. Yüklenici bu imkânların sunulmasını ücret mahiyetinde olduğu için idareden sözleşmeye dayanarak talep edebilecektir.²⁶³

Sonuç olarak yüklenici idareden bir ödeme talep edemeyecektir fakat uygulama sözleşmesinden kaynaklı idarenin tanıdığı imkânları talep etme hakkına sahip olacak böylelikle yapmış olduğu eserin bedelini de almış olacaktır. Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir ki özel hukuk kişisinin idare tarafından verilen imkânlar içinde kâr zarar etmesi idarenin sorumluluğunda olmayacaktır.²⁶⁴

b) Diğer Borçlar

Eser sözleşmelerinde iş sahibinin bedel borcu dışında malzeme sağlama borcu, eserde gördüğü ayıpları ihbar etme borcu bulunmaktadır. KÖİ projelerinde ise, yapım işinde malzeme sağlama borcu bulunmamakla birlikte eserdeki ayıbı bildirme yükümlülüğü burada da mevcuttur.²⁶⁵

261 Kul, **a.g.e.**, s.20.

262 Keşli, **a.g.e.**, s. 286.

263 Keşli, **a.g.e.**, s.287.

264 Keşli, **a.g.e.**, s.287.

265 Yavuz, **a.g.e.**, s.348.

4. KÖİ Projelerinde Yapım Hükümlerinin Sona Ermesi

Eser sözleşmesinde sözleşmenin sona ermesi farklı şekillerde gerçekleşebilir. Bunlar; keşif bedelinin aşılması halinde sözleşmenin feshi²⁶⁶, iş sahibinin tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshi²⁶⁷, yapılan eseri telef olması sebebiyle sözleşmenin sona ermesi²⁶⁸, idarenin temerrüdü ile sözleşmenin sona ermesi,²⁶⁹ yüklenicinin aczi halinde sona ermesi, tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesidir²⁷⁰.

KÖİ projelerinde ise yapım hükümlerinin sona ermesi gibi durum söz konusu değildir. Şöyle ki; KÖİ uygulama sözleşmesinde yapım unsuru sözleşmenin unsurlarından sadece biridir ve bu yapının teslimi özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkı vasıtasıyla da sözleşme süresinin bitiminde söz konusu olur. Ayrıca yüklenicinin yapım işini tamamladıktan sonra eserin bakım ve onarımına ilişkin sorumluluğu devam etmektedir. Uygulama sözleşmesinin sona ermesi 6428 sayılı Kanun ve bu kanuna ilişkin düzenlenen uygulama yönetmeliğinde düzenlenmiştir. İlgili hükümler; 6428 sayılı Kanun madde 4/9,10, Uygulama Yönetmeliği madde 57/3, Uygulama Yönetmeliği, madde 62/2,6,7'dir. Bu hükümlerde uygulama sözleşmesinin anlaşma yoluyla sona erdirilmesi ve tek taraflı fesih yoluyla sona erdirilmesi düzenlenmiştir. Tek taraflı fesih hükmü idare ve özel hukuk kişisi için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

C- KİRALAMA UNSURU

KÖİ projeleri için akdedilen uygulama sözleşmesinin birçok unsurdan oluşan karmaşık yapı bir sözleşme olduğunu belirtmiştik. Bu karmaşık yapının bir bölümünü de kiralama unsuru oluşturmaktadır. Uygulama sözleşmesinin atipik (karmaşık sui generis) bir sözleşme olduğunu kabul ettiğimizde kiralama unsuru için TBK'nın kiraya ilişkin hükümlerine gidebileceğimizi ifade edebiliriz.

TBK'da kira sözleşmesi tanımı madde 299'da "Kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı,

²⁶⁶ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.606.

²⁶⁷ Buz Vedat, **İş Sahibinin TBK madde 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S.2, 2001, s.209.

²⁶⁸ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.439.

²⁶⁹ Demirboğa, Dursun Ali, **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, 2013, s.162-163

²⁷⁰ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s. 612.

kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" ifadeleriyle açıklanmıştır.

KÖİ projelerinde uygulama sözleşmesinin içeriğinde yer alan kiralama unsurunda, idarenin hazineye ait taşınmazlar üzerinde özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkı sonrasında özel hukuk kişinin kamu hizmetine özgülenmek amacıyla inşaatını yaptığı yapımların idareye kiraya verilmesi yoluyla gelir elde etmesi söz konusudur. Burada özel hukuk kişinin yüklenici sıfatıyla inşa ettiği yapıların bedeli yapıların idareye kiralanması ile karşılanmaktadır.

Tüm bunların yanısıra uygulama sözleşmesinin unsurlarından biri olan kiralama unsurunun bir bütünün parçası olduğu unutulmamalı ve bu bağlamda incelenmelidir. Kira sözleşmesinin ortaya çıkışı ve sona ermesi, bir bütünün ortaya çıkışı ve sona ermesi hukuki rejimi içinde değerlendirilecek olup konuyla ilgili yapılan yorumlarda uygulama sözleşmesinin unsurlarını oluşturan bütün parçalar nazara alınarak sistemin bütünlüğü muhafaza edilerek yorum yapılmalıdır.²⁷¹

1- Kira Unsurunun Tarafları

TBK'da düzenlenmiş olan kira sözleşmesinde taraflar kiraya veren ve kiracıdır. Kiraya veren fiil ehliyetine sahip her gerçek ve tüzel kişi olabilirken kiracı da fiil ehliyetine sahip her hukuk sujesi olabilmektedir.²⁷² Kiraya verenin, kiralanan şeyin maliki olması şart değildir. Kiralanan şeyin kullanımının devri yetkisini elinde bulunduran herkes kiralama yetkisini kullanabilir.²⁷³ İntifa hakkı ve üst hakkı sahibi olan kimse de kiralanan şeyi kiralamaya yetkilidir.²⁷⁴

Paylı mülkiyette bir malın ortak malikleri, sahibi oldukları malı birlikte kiraya verebilirler.²⁷⁵ Burada MK 691/1 gereği pay ve paydaş çoğunluğu şarttır. İştirak halinde mülkiyette ise bütün maliklerin birlikte hareket etmesi gerekmektedir.²⁷⁶

Kiralama unsuru içeren KÖİ projelerinde (Yap Kirala Devret) kiralayan özel hukuk kişisi iken kiracı idaredir. Buradaki ilişkide üst hakkı sahibi özel hukuk kişisi

²⁷¹ Keşli, **a.g.e.**, s.290.

²⁷² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.269.

²⁷³ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.269.

²⁷⁴ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.198.

²⁷⁵ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.198.

²⁷⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.292.

olan yüklenici kiralayan sıfatıyla kiracı olan idareden elde ettiği kazançla projeyi finansa ettiği gibi kazançta sağlayacaktır.

2- Kira Unsurunda Şekil ve Süre

Kira sözleşmesi, ister taşınır ister taşınmaz bir eşyaya ilişkin olsun bir geçerlilik şekline tabi değildir.²⁷⁷ Açık ve örtülü irade beyanlarına dayalı olarak, şekle tabi olmaksızın kurulabildiği gibi²⁷⁸ tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür.²⁷⁹ KÖİ projeleri için yapılacak kira sözleşmelerinde yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında²⁸⁰ bu sözleşmelerin özel hukuka tabi olmasından kaynaklı şekil şartı olmadığını belirtmekle birlikte çıkabilecek aksamaları önlemek amacıyla yazılı yapılmasının fayda sağlayacağını ifade edebiliriz.²⁸¹ Ayrıca KÖİ projelerinde bir ihale dönemi vardır ve bu ihalenin sonuçlanmasıyla taraflar arasında uygulama sözleşmesi imzalanır ve bu sözleşmelerin içeriğindeki unsurlar tanımlanır. Nitekim ihale yapmakla yükümlü olan idarelerin, bir özel hukuk sözleşmesini ihale yapmadan akdetmeleri durumunda bu sözleşmeye hukuksal değer izafe edilemeyecektir.²⁸² Bu sebeple yapılan ihalenin bir şekil şartı olarak görülmesi mümkündür.

TBK’da kira sözleşmeleri süreli yapılabildiği gibi belirsiz süreli de yapılabilmektedir.²⁸³ Sözleşme hiçbir süre tayin edilmeksizin yapılmışsa ya da tarafların ortak arzusuna göre sözleşmenin sona ereceği zaman anlaşılmıyorsa belirsiz

²⁷⁷ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, **Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme Sözleşmeleri**, İstanbul, 2008, s.3.

²⁷⁸ Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 2013, s.236.

²⁷⁹ Tuğ, Adnan, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, Konya, 1994, s.10.

²⁸⁰ Bkz. Uygulama Sözleşmesinin Hukuki Niteliği başlıklı bölüm

²⁸¹ Ayhan sözleşmenin şekline ilişkin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. maddesine atıf yapmak da mümkündür. İlgili hükme göre; “sözleşme; mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşmayı” ifade eder. Bu bağlamda, idarenin kiracı sıfatıyla taraf olduğu kira sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır. hükmüne dayanılarak yapılan kira sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Ayhan, Fatma, **İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 102.

²⁸² Yargıtay konuyla ilgili bir kararında şu hususlara değinmiştir. “Somut olayda, çekışmeli taşınmazın organize sanayi bölgesi tasarrufundaki yeşil alan ve rekreasyon alanı dahilinde kaldığı tartışmasıdır. Yasanın tanıdığı tasarruf yetkisi mülkiyet hakkına yakın, daha doğrusu İdareye yasal amaçlar çerçevesinde, her türlü işlemi ya da düzenlemeyi yapma hakkını sağlamaktadır. Artık bu tür bir alanın başkaca özel ve tüzel kişi ya da resmi kuruluşlarca başka bir biçimde kullanılması ya da kiraya verilmesi yukarıda açıklanan amaca ve yasal uygulamaya uygun düşmez. Kaldı ki, davalıya nızalı yeri kiraya verdiği savunulan belediye, 2886 Sayılı Devlet İhale Yasasına tabi kuruluşlardandır. Kiraya verme işleminin bu yasa hükümlerine göre yapılması yasal zorunluluktur. Somut olayda, bu koşulları taşıyan bir kira sözleşmesinden söz etme olanağı da yoktur. O halde, davalının sunduğu kira sözleşmesine hukuksal değer izafe edilemez.” (Yarg. 1. HD, E. 2003/2714, K. 2003/3764, T. 31.03.2003, Kazancı İçtihat Bankası)

²⁸³ Gümüş, a.g.e., s.236.

sürelî kira sözleşmesi olur.²⁸⁴ Ayrıca belirli süreli kira sözleşmelerinin daha sonra belirsiz süreli kira sözleşmelerine dönüştürülmesi de mümkündür.²⁸⁵

KÖİ projeleri için yapılan kira sözleşmelerinde süre konusuna gelecek olursak ortada bir ihale olduğu için belirsiz süreli bir kira sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Özelleştirme uygulamalarını düzenleyen 4046 sayılı kanun hükümleri, yapılacak kira sözleşmesinde mutlaka süreye ilişkin bir hükmün olması gerektiği öngörülmüştür.²⁸⁶

Yine KÖİ projelerinden olan Şehir Hastanelerinin yapımına ilişkin düzenlenen 6428 sayılı Kanunun Sözleşme başlıklı 4. maddesinde; "Tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir. " ifadelerine yer verilerek uygulama sözleşmesinin bir unsuru olan kira sözleşmesinin bu süreyle sınırlı olduğu ortaya konulmuştur.

Özelleştirme uygulamalarını düzenleyen 4046 sayılı kanunda, işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devrinin 49 yılı geçemeyeceğine hükmedilmiştir. Tüm bunlardan yola çıkarak kira sözleşmelerinin de 49 yılı geçemeyeceğini ifade edebiliriz.

Son olarak yapılacak KÖİ düzenlemeleri ile ilgili DPT taslağında ve International PPP platform taslağında da "Bu kanun kapsamında yapılan sözleşme sürelerinin belirlenmesinde yatırımın geri dönüş süresi de dikkate alınarak sözleşmelerin süresi 49 yıldan fazla olamaz" hükmüne yer verilmiştir.²⁸⁷

3- KÖİ Projelerinde Kiralayanın Borç Ve Yükümlülükleri

Kira sözleşmelerindeki klasik borçların kira unsuru içeren KÖİ sözleşmelerinde de uygulanması mümkündür.²⁸⁸

a- Kullanmaya Elverişli Durumda Bulundurma Borcu

Kiraya veren, kiralananı kira sözleşmesinin amacına uygun olarak kullanmaya elverişli bir biçimde teslim ve kira süresince de kiralananı bu halde tutmaya

²⁸⁴ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.206.

²⁸⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s.97.

²⁸⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.297.

²⁸⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.298.

²⁸⁸ Keşli, **a.g.e.**, s.299.

mecburdur. Kiraya verenin bu borcu, kiralananı teslim ve ayıptan sorumlu olma borçlarını da içine almaktadır.²⁸⁹ KÖİ projelerinde kira sözleşmesi kamu hizmetinin sunulmasında bir aracı olmaktadır. Burada kiraya veren olan tarafın teslim yükümlülüğü o tarafın asli edim yükümlülüğüdür.²⁹⁰

Kira sözleşmesindeki asli edim yükümlülükleri 6098 sayılı TBK’da düzenlenmiştir.²⁹¹ 6098 sayılı TBK’nun ‘teslim borcu’ başlıklı 301. maddesi gereğince: “Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükmeye aykırı düzenleme yapılamaz.” İlgili düzenlemede kiralananın kiraya veren tarafından teslim edilmesi gerektiği ve hatta bu teslimin de objektif koşullarda kullanıma elverişli bir teslim olması gerekliliği yer almaktadır.

Kiraya verenin teslim borcunu yerine getirmesi tek başına asli edim yükümlülüğünü yerine getirmesi anlamına gelmemekte aynı zamanda kiralananı kullanıma elverişli bir şekilde sözleşme süresince bulundurmakla da yükümlü olduğunu da aktarmaktadır.²⁹² Buradan anlaşılması gereken husus kiraya verenin teslim borcunun kapsamına kiracının taşınmaz kiralarında, çamaşırhane, kurutma yeri, asansör, bahçe gibi ortaklaşa kullanılacak yerlerden ve araçlardan yararlanmasını sağlama kiracıya bu yerlere girebilmesini sağlayacak anahtarlarını verme kiracının müşterilerinin kiralananı girme imkânının sağlanması da girmektedir.²⁹³

KÖİ projelerinde kiralananın kullanıma elverişli bir şekilde sözleşmede belirlenen tarihte teslim edilmesi oldukça önemlidir. Bunun sebebi verilen hizmetin kamu hizmeti olması ve kullanıma elverişli olmayan bir yerde kamu hizmetinin verilmesinin sektöre uğraması sözkonusu olduğu içindir. Kiraya veren olan özel hukuk kişisi tarafından kiralanan şeyin sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesi veya sözleşme süresince sözleşmede belirlenen amaca uygun olarak kullanılır halde

²⁸⁹ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.** s.271. Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 271.

²⁹⁰ Suiçmez, Nevran, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiraya Verenin Yükümlülükleri**, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, C,19, s. 1597-1622

²⁹¹ Suiçmez, **a.g.e.**, s. 1602.

²⁹² Suiçmez, **a.g.e.**, s.1602.

²⁹³ Keşli, **a.g.e.**, s.300.

bulundurulmaması²⁹⁴ durumunda bunun yaptırımı, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması olacaktır.²⁹⁵ Teslim borcunun hiç yerine getirilmemesi durumunda ise, TBK madde 123'e uygun kiracı, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.²⁹⁶ Teslim borcunun gecikmiş ifası halinde ise, TBK madde 112 uyarınca tazminat talep hakkı mevcuttur.²⁹⁷

b) Kiraya Verenin Kiralananın Ayıplarından Doğan Sorumluluğu

Kira sözleşmesinde kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu TBK madde 304-308 309-318-319 hükümleri ile düzenlenmiştir. ²⁹⁸ TBK'da ayıptan doğan sorumluluğun ortaya çıkmasının hangi şartlara bağlı olduğunu iki başlık altında ele alabiliriz. Bunlardan ilki maddi ikincisi ise şekli şartlardır.²⁹⁹ Maddi şartlar başlığı altında ifade edebileceğimiz hususlar şunlardır; İlk olarak bu sorumluluğun doğması için bir ayıbın varlığı şarttır. Kiralanan şeyin kullanıma hiç veya büyük ölçüde elverişli olmaması halinde ve sözleşmede belirlenen standartlara sahip değilse teknik olarak bir ayıbın varlığından söz edebiliriz.³⁰⁰ İkinci olarak, kiracının ayıbı bilmemesi, son olarak ise kiraya verenin sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan bir sözleşme kaydının olmaması³⁰¹ da maddi şartlardandır.³⁰²

Ayıbın açık bir ayıp olması halinde üç şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki, fiziksel ayıplardır. Buna örnek olarak yapılan yapının ısıtma sisteminin yetersiz olmasını örnek olarak verebiliriz.³⁰³ Bir diğer şekli ise hukuki ayıptır. Burada da kiralanan yapının iskânının olmaması örnek olabilir. Son olarak manevi ayıbın

²⁹⁴ KÖİ projelerinde yüklenici ve kiraya veren konumunda olan özel hukuk kişinin sözleşme süresi boyunca kiralananı bakımlı ve kullanılabilecek durumda tutması bakım ve onarımını yapması taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesinden ve 6428 sayılı Kanun'dan kaynaklanmalıdır.

²⁹⁵ Keşli, **a.g.e.**, s.300, Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.272.

²⁹⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.300.

²⁹⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.300.

²⁹⁸ Gümüş, **a.g.e.**, s. 261.

²⁹⁹ Gümüş, **a.g.e.**, s.261.

³⁰⁰ Gümüş, **a.g.e.**, s.262.

³⁰¹ Kiraya verenin sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan bir sözleşme kaydının olması durumunun iki istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki TBK madde 301/c.1'de yer alan Kiraya verenin, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlü olduğu ve bu hükmün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği; ikincisi ise; diğer kira sözleşmelerinde, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz. Buna karşılık genel işlem koşulları ile yapılmayan değişiklikler, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ve sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK madde 115, son olarak da yardımcı kişilerin filllerinden sorumluluğu düzenleyen TBK madde 116'da ki sınırlamalara aykırı olmamak şartıyla gerçekleştirilebilir. Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.282.

³⁰² Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.282.

³⁰³ Gümüş, **a.g.e.**, s. 262.

varlığından bahsedebiliriz. Manevi ayıp, asli edim yükümlülüğünü tam olarak ihlal etmemekle birlikte yan yüküm ve koruma yükümlülüklerini ihlal etme halini ortaya koyar. Buna da örnek olarak kiraya verenin veya yakınlarının sürekli kiracıyı taciz ve tehdit etmesini verebiliriz.³⁰⁴

Bunların haricinde bir de görünür bir ayıbın olmaması durumu sözkonusu olabilir. Bu ayıp gizli ayıptır. Gizli ayıp, varlığı tekeffül edilen niteliğin kiralanan da olmaması ve bu özelliğin kiralananın teslimi sırasında kiracı veya onu temsil eden kişiler tarafından açıkça görülememesi sonucu ortaya çıkan ayıptır.³⁰⁵

*"818 sayılı BK'nun uygulandığı dönemde kiracı kira akdinin yapıldığı esnada var olan veya karşı akidin bildiği bir ayıptan dolayı sorumlu olmadığı kabul edilmektedir."*³⁰⁶ BK madde 249/3'e göre; Ayıbın müstecirin yahut kendisiyle birlikte yaşayan kimselerin yahut işçilerin sıhhati için ciddi bir tehlike teşkil etmesi durumunda mucir bu tehlikeye akdi yaparken vâkıf olmuş veya fesih hakkından feragat etmiş olsa bile yine icarı feshedebilir. Sağlık engeline yönelik bu hüküm emredici hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. KÖİ projeleri için de uygulama sözleşmesinin içerisine bu hükmün sağlık risklerini kapsayacak şekilde koyulması mümkündür.³⁰⁷

Şekli şartlara geldiğimizde ise şunları ifade edebiliriz. "Kiracının ayıptan doğan haklarını kullanabilmesini, onun inceleme ve bildirme külfetini yerine getirmesi şartına bağlayan açık bir hüküm bulunmamaktadır."³⁰⁸ Ancak bildirilmemesi TMK madde 2'ye aykırı olduğu gibi TBK madde 318'de düzenlenen bildirimde bulunma yükümlülüğüne ilişkin bir aykırılığında olacağını ifade edebiliriz. İlgili düzenlemeye göre; *"Kiracı, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumludur."* Bu hükümden yola çıkarak ayıbın farkedilir farkedilmez bildirimde bulunulması aksi halde ayıbı bilerek kabul ettiği için kiralayanın sorumluluğunun

³⁰⁴ Gümüş, **a.g.e.**, s.262.

³⁰⁵ Eren, **a.g.e.**, 2019, s.335.

³⁰⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.306.

³⁰⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.306.

³⁰⁸ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.283.

ortadan kalktığını ve kiracının ise ayıptan doğan haklarından zımnen feragat ettiğini³⁰⁹ ifade edebiliriz.

Kiralananın teslimi anında ayıplı olması söz konusu olabilmekle birlikte,³¹⁰ kiracının kusuru olmamasına rağmen sonradan ayıplı duruma gelmesi de söz konusu olabilir. TBK madde 304-308 arasında her iki durumla da ilgili düzenlemeler yapılmıştır. TBK madde 304 kiralananın önemli ayıpla teslim edilmesi hususunu düzenlerken, TBK madde 305 ise kiralananın tesliminden sonra oluşan ayıpları düzenlemektedir;

TBK madde 304'e göre; Önemli ayıpların varlığı halinde kiracının TBK madde 125'te düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümlerine gidebileceği, bundan kaynaklı başvurabileceği seçimlik hakların ise aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme, sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazminini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir.³¹¹ Önemli olmayan ayıplarda ise; TBK 305'de yer alan hükümlere gidilebileceği de ayrıca belirtilmiştir.

TBK madde 305'de ise kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumu incelenmiş ve şu ifadelere yer verilmiştir. "*Kiralananın sonradan ayıplı duruma gelmesi durumunda kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının giderilmesini isteyebilir. Ancak, zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez. Önemli ayıbın³¹² olması halinde kiracının sözleşmeyi fesh etme hakkı saklıdır.*"

Yine TBK madde 306'da kiracı ayıbın giderilmesini kiraya verene ihtarname çekip belli bir süre vererek yapabilir. Bu uygun süre içerisinde ayıbın giderilmemesi durumunda kiracıya herhangi bir yargı kararına ihtiyaç olmadan bunu kiraya veren hesabına gidertme ve bundan doğan alacağını kira bedeline yansıtma hakkına sahiptir.

KÖİ projeleri için ihbar yükümlülüğü farklı açıdan değerlendirilmelidir. Şöyle ki; TBK'da yer alan hükümler doğrultusunda incelediğimizde kiracının idare kiralayanın

³⁰⁹ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.283.

³¹⁰ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.282.

³¹¹ Özdemir/Küçükçapraz, **a.g.e.**, s.101.

³¹² Önemli ayıp, satılacak ayıbın, alıcının kullanım amacı bakımından değerini veya alıcının ondan beklediği faydayı ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıplardır. Bkz; <https://bi.legal.tr/ayiptan-dogan-sorumluluk-ve-secimlik-haklar/> Erişim Tarihi; 01.12.2021.

ise özel hukuk kişisi olduğu yapılan tesislerde verilen hizmetin ise kamu hizmeti olduğu bu ilişkide ayıbın bildirilmemesi durumunda verilen kamu hizmetinin de ayıplı ifa edileceği aşîkârdır. Bu sebeple idare tarafından ayıbın bildirilmemesi halinde ayıptan doğan haklarından vazgeçmiş olacağı hususunun kabulü mümkün değildir. Bu sebeple KÖİ projelerinde taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesinin içerisine bununla ilgili bir hüküm konulması ve oluşturulacak KÖİ mevzuatına, TBK’da yer alan ayıbın ihbarı ile ilgili kamu hizmetinin kusurlu işlemesi sonucunu doğuracak ve kusurlu olarak işlemeye devam edilmesini zorunlu kılacak hükümlerin uygulanmayacağıının belirtilmesi gerekir. Bununla birlikte 818 sayılı BK’nın 249/3 hükmü de KÖİ projelerine uygulanması gereken uygulama sözleşmesinin içeriğine dahil etmemiz gereken hükümlerden biridir.

TBK’da düzenlenen kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğunun sonuçları (m.304-308) KÖİ projeleri içinde uygulanabilir. Sadece fesih hakkının kullanılması ile ilgili projenin doğru değerlendirilmesi, ayıbın projeyi ne kadar etkilediği ve düzeltme imkânının olup olmadığının iyi değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki; KÖİ projeleri büyük çaplı projeler olmakla birlikte kamu hizmetinin sunulmasına ilişkindir. Bu sebeple kamu yararı güdülerek ayıbın çapı da gözönüne alınarak fesih en son çare olarak düşünülmelidir.

c) Zapttan Sorumluluk

Kiraya verenin zaptan sorumluluğu TBK madde 309’da düzenlenmiştir. İlgili hükme göre; "*Bir üçüncü kişinin kiralananda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiracının bildirimi ile birlikte davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlü olacaktır.*" Bu hükmün geçerli olabilmesinin şartları;

- Kiralananın kullanımı kiracıya bırakılmış olmalıdır. Eğer sözleşmenin imzasıyla birlikte kiralanan üçüncü kişinin hakkında dolayı teslim sağlanamıyorsa kiraya veren TBK 112’ye göre sorumlu olur.³¹³
- Kiralananın kullanım olanağı üçüncü kişilerin aynı hakkı veya komşuluk hukukundan doğan talepleri yüzünden ortadan kalkmış olmalıdır.³¹⁴

³¹³ Gümüş, a.g.e., s.273.

³¹⁴ Gümüş, a.g.e., s.273.

- Son olarak kiracı ile üçüncü kişi arasında bir ihtilaf olmalıdır.³¹⁵

Bu koşullar sağlanması durumunda kiraya veren kiracının ihbarı le haberdar olduğu davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı karşılamakla yükümlüdür.³¹⁶

KÖİ sözleşmelerinde kiraya veren hangi taraf olursa olsun ayıptan olduğu gibi zapttan da sorumlu olacaktır. Özellikle kiraya verenin özel hukuk kişisi olduğu durumlarda yapılan yatırımların yine olağan finansman kaynaklarından sağlanmakta olduğundan, kiralanan üzerinde bazı hakların tesisi söz konusu olabilir. Bu sebeple sözleşmeye bu konuyla ilgili hükümler konup TBK zapt hükümlerinden uygun düştüğü ölçüde yararlanılabilir.³¹⁷ Ayrıca özel hukuk kişinin kiralayan olduğu KÖİ projelerinde özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis edilmiştir. Bu sebeple bu haktan kaynaklı uygulama sözleşmesinin içeriğinde yer almayan kamu hizmetini de sekteye uğratabilecek hususlarda özel hukuk kişisi tarafından 3. kişilere imkân tanınması idareyi zor durumda bırakacaktır. Bu sebeple de uygulama sözleşmesine konuyla ilgili hükümler koyulabileceği gibi TBK’da düzenlenen zapttan sorumluluk hükümleride uygulanabilecektir.

d) Kiralananın Sözleşmenin Kurulmasından Sonra El Değiştirmesi

Kiralananın sözleşmenin kurulmasından sonra el değiştirmesi hususu TBK madde 310’da düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereği; sözleşmenin akdedilmesinden sonra kiralanan üzerindeki mülkiyet hakkının el değiştirmesi ile birlikte yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olacaktır. Mülkiyetin devrinin dayandığı hukuksal sebep cebri artırma dahil bir satış sözleşmesi olabileceği gibi, bağışlama vaadi, mal değişim, adi ortaklık sözleşmesi vs. olabilir.³¹⁸

KÖİ projelerinde taraflar arasında uygulama sözleşmesi ve üst hakkı resmi senedi akdedilir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere³¹⁹ uygulama sözleşmesinin içeriğinde üst hakkı tesisi unsuru, yapım unsuru, kiralama unsuru ve son olarak işletme hakkı devri unsurunu barındırmaktadır. KÖİ projelerinde özel hukuk kişinin kiraya veren olduğu uygulama sözleşmesinin devri 6428 Sayılı Uygulama Yönetmeliği’nin

³¹⁵ Gümüş, **a.g.e.**, s.274.

³¹⁶ Gümüş, **a.g.e.**, s.274.

³¹⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.311.

³¹⁸ Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s.294.

³¹⁹ Uygulama Sözleşmesinin Hukuki Unsurları başlıklı 2. Bölümün II numaralı kısmına bakınız.

60. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde; "Yüklenicinin, sözleşmeden doğan tüm hak ve ödevlerini, aynı şartlarla ve ihale dokümanında belirlenen yeterlik şartlarına sahip başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine idarenin onayı ile devredebileceği, üst hakkı sözleşmesinin ve diğer tüm sözleşmelerinde devralan gerçek kişiye veya özel hukuk tüzel kişilerine devredilmiş sayılacağı belirtilmiş son olarak sözleşmenin devrinden önce doğmuş olan yükümlülüklerden devir eden ve devir alan yükleniciler müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu aktarılmıştır."

Özel hukuk açısından değerlendirildiğinde KÖİ projelerinde özel hukuk kişisi üst hakkı sahibidir. Yapım işini üstlenen ve kiralama unsurunda kiralayan konumunda olan da yine üst hakkı sahibi olan özel hukuk kişisidir. Burada kiralama sözleşmesinin devri de yine uygulama sözleşmesinin içerisine dahildir. KÖİ projelerinde akdedilen sözleşmelerin özel hukuka tabi olduğu, uygulama sözleşmesinin karmaşık nitelikli bir sözleşme olduğu ve özel hukuk kişisi lehine kurulan üst hakkının da sürekli ve bağımsız nitelikte olduğu kabul edildiğinde, ilgili yönetmeliğin 60. maddesinde yer alan uygulama sözleşmesinin ve üst hakkı sözleşmesinin devrinin idarenin onayına tâbi tutulması özel hukuk hükümleri açısından değerlendirildiğinde hukuken geçerli değildir. Tabi ki idarenin burada korunması kamu hizmetinin sekteye uğramaması oldukça önemlidir. Ancak zaten bununla ilgili yönetmelik hükmünde Yüklenicinin, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini devrini aynı şartlarla ve ihale dökümanında belirlenen yeterlik şartlarını haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine yapabileceği belirtilmiştir. İlgili hükmün bu kısmının 6428 sayılı kanunda ve uygulama sözleşmesinin içerisinde daha kapsamlı bir şekilde yazılarak TMK ve TBK'ya aykırılık teşkil etmeyecek şekilde ifade edilmesi çok daha doğru olacaktır. Aksi halde TMK'da geçerli olan bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkının devrinin onaya tabi olmadığı hususuna aykırı bir hüküm düzenlenmiş olacaktır. Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar tezimizin üçüncü bölümünde yapılacaktır.

4. KÖİ Projelerinde Kiracının Borç ve Yükümlülükleri

KÖİ projelerinde sözleşme taraflarının durumunun sözleşme ile belirlenmiş olması ve yapılacak sözleşmelerin konusunda uzman hukukçular tarafından, kanunun emredici hükümleri de nazara alınarak, düzenleyici hükümlerde ise projenin amacıyla

uyumlu olmayanlar incelenerek bunların da sözleşme ile hüküm altına alınması yolu ile bir sözleşme meydana getirilmelidir.³²⁰

a) Kira Bedeli Borcu

Kiracının ilk borcu, kira bedelini sözleşmede anlaşılan miktar ve zamanda düzenli olarak ödemesidir.³²¹ KÖİ projelerinde kira bedeli projenin finansal geri dönüşüm araçlarından biridir. KÖİ projelerinde kiralanan şeyin kullanımı karşılığında bir bedelin ödenebileceği kararlaştırılabilmekle beraber bedelin mutlaka para şeklinde ve fiilen ödenmesi şart değildir.³²² Kira bedeli idare tarafından işletilmesi maksadıyla özel sektöre devredilen işletme gelirleri ile karşılanabilecektir.³²³ Nitekim Sağlık sektöründe KÖİ projeleri kapsamında yapılan şehir hastaneleri projesinde hem kiralama unsuru hem de işletme hakkı devri unsuru bulunmakta ve kira bedeli bu iki unsurun birleşimi ile karşılanmaktadır.

Hasılat kirası unsuru aşağıda ayrıca incelenecektir. Bunun dışında kira bedelinin para olarak ödenmesinin söz konusu olduğu durumlarda kira bedeli Türk parası³²⁴ olarak ödenebileceği gibi döviz cinsinden ödenmesi de mümkün olacaktır. Kira bedelinin ödenmemesi durumunda TBK madde 315 hükmüne başvurulabilecektir. İlgili hüküm gereği kiraya veren kiracıya yazılı bir süre vererek kira bedelini ödemesini ödenmemesi halinde ise, kira bedelinde temerrüt söz konusu olduğu için kiraya veren sözleşmenin feshine ve/veya ödenmeyen³²⁵ kira bedelleri için cebri icra yoluna başvurulması gündeme gelebilecektir.³²⁶ Bu hükmün KÖİ projelerinde uygulanabilmesi sözleşme taraflarından birinin idare olmasından kaynaklı bazı problemlere sebep olmaktadır. Şöyle ki; KÖİ projelerinde kiralanan yerlerde verilen hizmet kamu hizmetidir ve bu kiralanan yerler her ne kadar özel hukuk kişinin üst hakkından kaynaklı belirli bir süre özel hukuk kişinin mülkiyetinde de olsa bir kamu taşınmazıdır ve sözleşme süresinin sonunda ilgili taşınmazların idareye devri söz

³²⁰ Keşli, **a.g.e.**, s.317.

³²¹ Zevkliler/Gökyayla, **a.g.e.**, s.306.

³²² Keşli, **a.g.e.**, s.317.

³²³ Keşli, **a.g.e.**, s.317.

³²⁴ Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak şartıyla, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, TBK'nun, "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak yine TBK'nun 344. maddesinin üçüncü fıkrası uygulanır.

³²⁵ Baytan, İlhan, **Özelleştirme**, Ankara, 1999, s. 316., Keşli, **a.g.e.**, s. 317.

³²⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.317.

konusu olacaktır. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan ilgili düzenlemeye göre; kira bedelinin ödenmemesi durumunda devlet mallarının haczedilmezliği ilkesi gereği icra ile tahsilat yapılması mümkün değildir. Bu hüküm ele alınarak tüm devlet mallarının haczinin mümkün olmayacağını belirtilmiş olması bir kamu kurumundan alacağı olanların kurumun malvarlığına karşı başvuruda bulunmasının hukuken mümkün olmadığı ya da bütün kamu idarelerinin veya her türlü kamu mallarının haciz uygulanmasından muaf olduğu anlamına gelmemelidir.

İcra hukukuna göre devlet mallarının haczedilemeyeceği hususu hacze ilişkin bir istisna olarak belirtilmiş; idare hukukuna göre ise kamu idarelerinin ellerinde bulunan malların kamu malı sayılacağı hususu kural olarak kabul edilmiştir. Bu durumda bir kamu idaresine karşı icra yoluna başvururken hangi idarelerin devlet tanımının içinde yer aldığı ve hangi malların Devlet malı niteliğinde olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.³²⁷ Aksi halde devlet mallarının hiçbir şekilde haczedilemeyecek olması hukuk devleti anlayışına aykırı olacaktır.

Bu konuyla ilgili çıkacak ihtilafların temeline gidecek ve çözüm yollarının neler olabileceğine gelecek olursak idarenin özel hukuk kişisi ile girdiği borç ilişkisinden kaynaklanan borcunu ifa etmemesi üzerine, özel hukuk kişisi alacağını tahsil edebilmek için genel haciz ve takip usulleri uyarınca icra takibi başlatmakta ve takip kesinleştikten sonra ilgili idarenin malları üzerinde haciz işlemleri için harekete geçmektedir. Ancak idare, İİK madde 82'ye dayanarak haczedilmezlik kuralını ileri sürüp İcra Mahkemesine şikayette bulunmakta ve İcra Mahkemeleri de ilgili kanun hükümleri uyarınca şikayeti kabul etmektedir. Böylece haciz işlemleri durmaktadır. Bu şartlarda da özel hukuk kişisi de alacağından mahrum kalmaktadır.³²⁸ Bu aşamada haczedilmezlik kuralının mülkiyet hakkı ile ilişkisini değerlendirerek konuyla ilgili verilmiş mahkeme kararları ile konunun netlik kazanması sağlanmaya çalışılacaktır. Tezimizin içerisinde yer vermek istediğimiz konuyla ilgili ilk karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 44766/98 başvuru tarihli Kanioglu ve Türkiye davasıdır³²⁹.

³²⁷ Gökdemir, Ayhan, **Belediyenin Arsa İşgali Nedeniyle Alacağından Dolayı Üniversitenin Döner Sermaye İşletmesinin Gelirlerini Haciz Edebilir mi?** Bkz; <https://www.medimagazin.com.tr/guncel/okuyucudan/tr-belediye-universitenin-doner-sermaye-gelirlerini-haciz-edebilir-mi-11-79-60645.html>

³²⁸ Yağcı, Pınar, **Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilemeyeceği Üzerine Bir Değerlendirme**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, 2020, s.611.

³²⁹ Bkz: [CASE OF KANIOĞLU AND OTHERS v. TURKEY - \[Turkish Translation\] by the Turkish Ministry of Foreign Affairs.pdf](#) Erişim Tarihi: 05.02.2022.

İlgili davada Mardin Belediyesinde çalışan Kazım Kanioglu tarafından kıdem tazminatı ve bunun gecikme faizini devlet mallarının haczedilemezliği gerekçesiyle ödenmemesi sebebiyle AİHM'e başvurulmuş, başvurunun incelenmesi esnasında kıdem tazminatı Türkiye tarafından başvurucuya ödenmiş fakat gecikme faizi yönünden inceleme devam etmiştir. İnceleme sonucunda AİHM başvurucların alacak haklarına ulaşma imkanının iç hukukta bulunmadığına vurgu yaparak gecikme faizi açısından mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.³³⁰

Konuyla ilgili diğer bir AİHM kararı, 26664/05 başvuru numaralı Uygurer İnşaat San. Tic. Ltd. Şti./Türkiye³³¹ dosyasına aittir. Kararda başvuru şirket, Belediye için yapım işi gerçekleştirmiş ve bedelin ödenmemesi nedeniyle icra ve haciz yollarına başvurmasına rağmen Devlet malı haczedilemez hükmü sebebiyle haciz işlemini gerçekleştirememiştir. AİHM yine alacağına ulaşamayan başvurucların mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.³³²

AİHM kararları dışında 2010 yılında Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun tanınması ile birlikte konuyla ilgili Anayasa Mahkemesine de başvurularda bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesi de AİHM kararlarına benzer kararlar vermiştir. Bu kararlardan ilki; 2013/711 başvuru numaralı Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım bireysel başvuru kararıdır.³³³ Dosyada, başvuruclar, Belediye aleyhine açtıkları kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin ödenmesi davası sonunda mahkeme tarafından hükmedilen bedelin ödenmemesi üzerine, Belediye aleyhine icra takibi yaptıklarını fakat taleplerinin sonuçsuz kaldığını belirtmiş, mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi yapılan başvuruyu incelemiş ve aşağıda belirteceğimiz gerekçelerle başvurucların mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.

"İdarelerin, mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi kuralının arkasına sığınarak mahkeme kararıyla hükmedilen ve kesinleşen kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelini ödemekten imtina etmeleri, kamu yararı ile kişi hakları arasındaki

³³⁰ Yağcı, **a.g.e.**, s.612.

³³¹ Bkz: [CASE OF UYGURER İNŞAAT SAN. TİC. LTD. ŞTİ. v. TURKEY - \[Turkish Translation\] summary by the Turkish Ministry of Foreign Affairs.pdf](#) Erişim Tarihi:05.02.2022.

³³² Yağcı, **a.g.e.**, s.613.

³³³ AYM Bireysel Başvuru kararı, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B.N. 2013/711, T. 03/04/2014. Bkz: [T.C. Anayasa Mahkemesi](#)

dengeyi kişilerin zararına olacak şekilde bozabilir. Bu durum, taşınmazına el konulduğu halde, Mahkemece hükmedilen taşınmazının bedeli ödenmeyen kişi yönünden mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde kabul edilir.

Mahkemece hükmedilen taşınmaz bedelinin Belediye tarafından ödenmemesi nedeniyle başvuruçuların, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."³³⁴

Tüm bu kararlar sonrasında ifade edebiliriz ki; Devlet mallarının haczedilemeyeceği kuralının Anayasa madde 2'de³³⁵ yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bu ilke bir Anayasa Mahkemesi kararında³³⁶ şu şekilde ifade edilmiştir : "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. " Kararda da belirtildiği gibi, hukuk devleti her şeyden önce, kendini hukukla bağlı hisseden ve kendi koyduğu kurallara özenle riayet eden devleti tanımlamaktadır. Devlet mallarının haczedilememesi kuralı ise uygulamada sıkça görüldüğü gibi borçlu devlet kurumunun borcunu ödememesine yol açmakta; bu ise sonucu itibarıyla devletin kendi koyduğu hukuk kurallarını inkâr etmesi, yani hukuk devleti ilkesinin (AY m. 2) ihlali anlamına gelmektedir.³³⁷

Devlet mallarının haczedilmezliği ilkesi Anayasa'nın 2. maddesine olduğu gibi 35. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasanın mülkiyet hakkı başlıklı 35. maddesinde; "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yaran amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz" Anayasa'nın bir kararında³³⁸ 35. maddeye ilişkin olarak şu ifadeler yer verilmiştir. "Tüm dosya kapsamı incelendiğinde: "Anayasa'nın

³³⁴ Bkz: [T.C. Anayasa Mahkemesi](#)

³³⁵ Anayasa madde 2; Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

³³⁶ 2013/44 E. 2013/59 K. 2.5.2013 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı. Bkz: [Microsoft Word - 2013-59-nrm.docx \(anayasa.gov.tr\)](#)

³³⁷ Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu Necmi, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2009, s. 97, Akil Cenk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, 2012.Bkz: [397940 \(dergipark.org.tr\)](#)

³³⁸ Anayasa Mahkemesi 2015/2 E. 2016/19 K. sayılı kararı. Bkz: [2016-19.pdf \(anayasa.gov.tr\)](#)

mülkiyet hakkını güvenceye alan 35. maddesine göre, herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir ve kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Mülkiyet hakkı başkasına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, kişinin, bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanma biçimini değiştirme, harcama ve tüketme yetkilerini kapsar. Özel mülkiyet gibi, kamu mülkiyeti de Anayasa'nın 35. maddesinin güvencisi altındadır. Zira, özel mülkiyeti güvenceye alan Anayasa'nın, kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. 35. maddeye göre, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlanabilir.” denilmiştir. Bu kararda da belirtildiği üzere mülkiyet hakkının sınırlandırılması ancak kamu yararı amacıyla mümkündür. Devlet malları kavramının herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmadan haczedilmezliğinin mümkün olması açıkça mülkiyet hakkının ihlalini ortaya koymaktadır. Ayrıca devlet mallarının haczedilemezliği kuralına dayanılarak alacaklının alacağına kavuşması tamamen engellenmekteyse, mülkiyet hakkının ihlali ile birlikte Anayasa madde 13'te düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmaması ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.³³⁹

Sonuç olarak Devlet mallarının tümünün haczedilmesinin kamu yararı gerekçesi ile haczedilmesinin engellenmesi Anayasa hükümlerine aykırıdır. Çünkü Anayasa, sübjektif hakların verilmesini devletin takdirine bırakmamıştır.³⁴⁰

Kira bedeli borcu başlığı altında şimdiye kadar yaptığımız açıklamalar kiracının idare olması durumuna ilişkindir. Kiracının özel hukuk kişisi olduğu durumlarda ise TBK madde 315'in uygulanması mümkündür. Bunun dışında, "2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 62. maddesinde, kiracının sözleşmeye aykırı davranması, kira bedelini ifada gecikmesi, kiralananı tahsis amacına aykırı kullanması gibi birçok hali kapsayan, “torba hüküm” adı verilebilecek bir olağanüstü fesih sebebi düzenlenmiştir.”³⁴¹ İlgili hüküm, “(1) Sözleşme yapıldıktan sonra 63 üncü maddede yazılı hükümler dışında müteahhit veya müşterinin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine, idarenin en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek

³³⁹ Akil, **a.g.e.**, s.116.

³⁴⁰ Akil, **a.g.e.**, s.116.

³⁴¹ Ayhan, **a.g.e.**, s.175.

kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. (2) Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhit veya müşterinin borcuna mahsup edilemez.” Bu hükümde muhatap, “müteahhit veya müşteri” olarak ifade edilse de, bu hüküm bazı yargı kararlarında kiracı olarak da kullanılmıştır.³⁴² Her iki düzenleme de kira bedelinin ödenmemesinin yaptırımları benzer nitelikte olmakla beraber TBK değişik yargı çevrelerinde farklı şekilde sonuçların ortaya çıkmasına neden olan kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu konut ve çatılı işyeri kiralarna doğrudan doğruya hangi hükümlerin uygulanacağını, kesin bir dille ve tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ifade etmiştir. TBK m. 339/ f. II hükmüne göre kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu konut ve işyeri kiralarna TBK hükümleri uygulanacaktır.³⁴³ TBK’da yer alan bu düzenleme bu konunun tartışmaya kapanması gerektiğinin en önemli sebeplerinden biridir.

b) Kiralananı Özenle Kullanma Borcu

TBK madde 316 gereğince; *"Kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür."* İlgili hüküm gereğince; Kiracı, ister taşınır ister taşınmaz kirası söz konusu olsun, her türlü kiralananı özenle kullanma, kiralananın taşınmaz olması halinde ise, komşulara saygı gösterme yükümlülüğünde olacaktır.³⁴⁴ Bu hükmün her iki tarafı da koruduğu düşünüldüğünde mutlak bir emredici hüküm olduğunu ifade edebiliriz.³⁴⁵ Kiracının kiralananı özenle kullanma yükümlülüğü kiraya verenin yazılı izni olmadan kiralananın özüne zarar verecek veya değerini azaltacak değişiklikler yapmasını da engellemektedir.³⁴⁶ Bu hükme aykırı davranılması halinde, konut ve çatılı işyerlerinde kiracıya 30 gün süre vererek, aykırılığın giderilmesini, aksi halde, sözleşmeyi fesih edeceğini bildirebilir. Diğer kira ilişkilerinde ise herhangi bir süre vermeye gerek olmaksızın kiralayan sözleşmeyi fesih edebilir.³⁴⁷

³⁴² Yarg. 13. HD, E. 2004/17401, K. 2005/1770, T. 08.02.2005. Kazancı İçtihat Bankası.

³⁴³ Günel, Mustafa Cahit, **Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Taraf Olduğu Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına Uygulanacak Hukuk (TBK m. 339/f.II)**, İÜHF C. LXXII, S. 1, 2014, s. 831-850

³⁴⁴ Eren, Fikret, **a.g.e.**, s. 356.

³⁴⁵ Eren, **a.g.e.**, s.356.

³⁴⁶ Eren, **a.g.e.**, s.356.

³⁴⁷ Eren, **a.g.e.**, 358.

Bu hükmü KÖİ projeleri için değerlendirdiğimizde kamu hizmetinin sunulması amacıyla yapılması gerekli olan olağan değişikliklerin yapılması ve yapılan bu değişikliklere katlanma yükümlülüğü bu hükmün kapsamı dahilinde ele alınması gerekir.³⁴⁸ KÖİ projelerinde bu hükme aykırı davranma halinde TBK'da yer alan yaptırımlar burada da uygulanacaktır.

c) Alt Kira Sözleşmesi Yapma Sorunu

Belirli şartlar ile alt kira ve kullanım hakkının devri, TBK madde 322'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre kiracı kiralayanı zarara sokmayacak şekilde kiralananı tamamen veya kısmen başkasına kiraya verilebileceği gibi, kullanımını da başkasına devredebilecektir.³⁴⁹ Bu değişiklik kira sözleşmesinin taraflarını değiştirmemekte olup sadece kiracı ile alt kiracı arasında ayrı bir sözleşmenin olmasına ve kiracının, kira sözleşmesinin kendine sağladığı kiralananın kullanma (alacak) hakkını kısmen veya tamamen başkasına devretmektedir.³⁵⁰ Alt kira sözleşmesinin yapılması TBK madde 322/1'de kanunen mümkün kılınmakla birlikte, 2. fıkra da konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiralayanın da bu duruma yazılı olarak onay vermesi şartı aranarak kiralanan açısından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bu konuyla ilgili olarak Eren; "Kanun hükmü her ne kadar kiraya verenin alt kira sözleşmesine yazılı onayı aransa da onay vermemenin sadece haklı bir sebeple mümkün olacağını belirtmiş ve izin verilmemesi halinde kiracının mahkemeye başvurabileceği ve çıkan kararın izin mahiyetinde olacağını belirtmiştir."³⁵¹

Bu konuyu düzenleyen hüküm olan 322. maddenin son fıkrasında ise, alt kiracının kiralananı sözleşmede anlaşıldığı şekilde kullanmaması durumunda asıl kiracı ile birlikte alt kiracının da sorumlu olduğu, kiralayanın bu durumda her iki kiracıya da başvurabileceği belirtilmiştir.

KÖİ projelerinde alt kira sözleşmesi durumunu TBK madde 322 kapsamında değerlendirdiğimizde şunları ifade edebiliriz. KÖİ projelerinde kiracının idare olmadığı durumlarda girişimci, ihale ile belirlenmekte ve tespit edilen bazı vasıflara sahip olması beklenmektedir. Bu sebeple alt kira sözleşmesi yasağının ve devir

³⁴⁸ Keşli, **a.g.e.**, s.319.

³⁴⁹ Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s.106.

³⁵⁰ Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s.106.

³⁵¹ Eren, **a.g.e.**, s.363.

yasağının sözleşmeye yansıtılması uygun olacaktır. Aksi halde alt kiracının bu tarzda bir yeterlilik koşuluna tabi tutulmaması problem yaratabilir.

Ancak bir KÖİ projesi olan ve içinde birçok unsuru barındıran şehir hastaneleri projesinde idare tarafından işletme hakkı devri verilen özel hukuk kişinin de kiracı konumunda olduğunu varsayacak olursak burada işin gereğine uygun şekilde değerlendirilmesi ve uygulama sözleşmesinde alt kira sözleşmesine verilecek onayın açıkça belirtilmesi gerekir. 6428 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 60. maddesinde yer verilen "Yüklenici, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve ihale dokümanında belirlenen yeterlik şartlarını haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine idarenin onayı ile devredebilir" hükmü alt kira sözleşmesi için kıyasen uygulanarak, uygulama sözleşmesinde alt kiracının sahip olması gereken vasıfların da belirtilmesi projenin işleyişi açısından faydalı olacaktır.

Son olarak; TBK madde 322/son hükmü KÖİ projelerinde de uygulanabilecektir.

d) Kiralananı Geri Verme Borcu

Kiracının kiralananı geri verme borcunun yasal dayanağını TBK m. 334 oluşturmaktadır.³⁵² Bu hükme göre, "*Kiracı kiralananı ne durumda teslim almışsa, kira sözleşmesinin bitiminde o durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak, kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kiralanda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir. (f. 1). Kiracının, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, sözleşmeye aykırı kullanımdan doğacak zararları giderme dışında, başkaca bir tazminat ödeyeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir (f. 2).*"

Şehir hastanesi projelerinin KÖİ kapsamında değerlendirildiği noktada idare tarafında özel hukuk kişisine verilen işletme hakkından kaynaklı taraflar arasında oluşan ürün kirası sözleşmesinden dolayı özel hukuk kişinin de geri verme yükümlülüğü mevcuttur. Fakat TBK madde 334/1'de belirtilen kiralanda meydana gelen olağan eskimelerden kiracının sorumlu olacağı söylenemez. Bunun sebebi KÖİ projelerinde yapılan yapıların bakım ve onarım yükümlülüğü özel hukuk kişisi

³⁵² Bayram, Aziz Erman, **Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, 2017, S. 4, s. 135.

tarafından sözleşmenin süresinin sonuna kadar devam etmektedir. Bu sebeple kanun hükmünde geçen olağan bozulmalar kısmı KÖİ projeleri için geçerli olmayacaktır.

Yine şehir hastaneleri projesi kapsamında idarenin kiracı konumunda olduğu yapılar da ise geri verme borcunun olmadığını ifade edebiliriz.

5. Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi

Bu başlık altında öncelikle şunu ifade etmek isterim ki dünyada PPP ülkemizde ise KÖİ olarak nitelendirilen kavramla ilgili tezimizin ilk bölümünde de belirtmiş olduğum üzere farklı tanımlar yapılmış ve KÖİ kavramının bir çatı kavram olduğu belirtildiği gibi bu kavramın bir çatı kavram olmadığı ve diğer sistemlerden farklı bir içeriğinin olduğu da ifade edilmiştir.³⁵³ Kanaatimizce bu bir çatı kavram değil dünyada PPP olarak bilinen sistemin Türkiye’de ki açılımı ve diğer sistemlerden farklı olan bir kavramdır. Ülkemizde bu sistem şehir hastaneleri projesinde uygulanmıştır.

Bu kavramı çatı kavram olarak nitelendiren kesim için kira sözleşmesinin sona ermiş olması bazı durumlarda uygulama sözleşmesini sona erdirmeyecektir. Yap Kirala Devret Bakımını Yap modelinde olduğu gibi. Fakat şehir hastanelerinin yapımında kullanılan dünyada PPP olarak bilinen ülkemizde ise Yap Kirala Devret olarak bilinen sistemde ise uygulama ve üst hakkı sözleşmesinin sonlanması ile birlikte kira sözleşmesi de sonlanmakta ve kiralananın devri gerçekleşmektedir. Tüm bu bilgilerle birlikte kira sözleşmesinin sona ermesi durumu aşağıda geniş açıdan değerlendirilecek olup konu her iki görüş açısından da ele alınacaktır.

a) Sözleşmenin Kendiliğinden Sona Ermesi

Kira sözleşmesinin kendiliğinden sonra ermesi sözleşmenin yenilenmesi sorununu beraberinde getirmektedir. Konuyu KÖİ projeleri kapsamında değerlendirdiğimizde kiralama sözleşmesi uygulama sözleşmesinin süresinin sonuna kadar devam etmektedir. Çünkü kiralama unsuru KÖİ projelerinin içerisinde yer alan unsurlardan biridir. Uygulama sözleşmesinin kanundan veya sözleşmeden kaynaklı bir sorun sebebiyle sona ermesi halinde ise kira sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir.

³⁵³ Bölüm I. Kamu Özel İşbirliği Kavramına bakınız.

Uygulama sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlere de KÖİ kavramının bir çatı kavram olduğu düşünüldüğünde uygulanan modele ait düzenlenmiş bir kanun olduğu takdirde bu kanunun hükümlerine ve bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesinden dolayı TBK’da yer alan hükümlerin uygulanması yolu ile bir sonuç elde edilmektedir.

Kira sözleşmesini KÖİ projeleri kapsamı dışında değerlendirdiğimizde ise; idare ile kamu arasında akdedilen kira sözleşmesinin sona erme şekilleri farklı şekillerde kendini gösterebilir. İdare ve özel hukuk kişisi arasında akdedilen kira sözleşmelerinin de öncelikli amacı kamu yararadır ve bu amaç doğrultusunda tahsis gerçekleştirilir. Bazı durumlarda ise kamu yararı amacı ile tahsis amacı değişebilir. Kiralanan idarece başka bir amaca tahsis edilebilir. ‘‘Kira konusu mal, bir kamu hizmetine özgülenebileceği gibi kamu hizmeti dışında başka bir kamusal faaliyette kullanılması da mümkün olabilir. Yine uygulamada, taşınmazın bulunduğu alanın imar planındaki mevcut tahsisinin değişmesi de kira sözleşmesine etkisinin kimi zaman sorunlara neden olduğu görülmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, mülkiyeti bir kamu tüzel kişiliğine ait olup kiraya verilen malın tahsis amacının yada kullanılış biçiminin değiştirilmesi kamu gücüne dayalı tek taraflı bir işlem niteliği taşıdığından, tahsis değişikliğinden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda görülmektedir.”³⁵⁴ Bunun sebebi her ne kadar, tahsis değişikliği işleminin sonucu kira sözleşmesinin sona ermesi yada tahliye olgusu ise de, yargısal denetimin adli yargı tarafından yerine getirileceğinin söylenmesi mümkün değildir. Çünkü tahsis işlemi tamamen idare hukuku ile ilgilidir. Nasıl sözleşmenin akdedileceği tarihe kadar yapılan işlemler idare hukukuna tabi ise, tahsis işlemi ve tahsis işlemin de değişikliğe gidilmesi de tamamen idare hukukuna özgü bir konudur. Danıştayın verdiği muhtelif kararlarda da bu husus teyit edilmiştir.³⁵⁵

Konuyla ilgili değinilmesi gereken diğer bir husus, uygulama da çok sık rastlanan kamu ile idare arasındaki kira sözleşmelerinde, sözleşmenin süresinden önce feshine ilişkin kaynaklanan ihtilaflarda özel hukuk hükümlerini içeren TBK’ya mı yoksa

³⁵⁴ Ayhan, **a.g.e.**, s.144.

³⁵⁵ Danıştay 8. Daire, 1995/2074 E. 1995/2028 K. sayılı dosyada kiralananın kendi ihtiyaçları nedeniyle boşaltılacağı yolundaki dava konusu işlemle kiralamadaki tahsis amacını değiştirerek söz konusu yerin Kamuya tahsis edilmesine karar verilmiştir. Davalı İdarenin bu işlemde kamu gücünü kullandığı açıktır. Bu sebeple bu konuya ilişkin yargılamanın idari yargıda çözümlenmesi gerekir ifadelerine yer verilmiştir.

2886 sayılı yasa hükümlerine uygun şekilde ihale yoluyla yapılan kira sözleşmelerinde ki ihtilaflarda da yine Devlet İhale Kanunu namı gidilecektir? Kanaatimizce bir tarafın özel hukuk kişisi olduğu ve kamunun özel malları kategorisinde olan konut ve çatılı işyerleri için yapılan kira sözleşmelerinde "*Devlet İhale Kanunu'nun*" 75. maddesi uygulanmamalıdır. Bunun sebebi TBK madde 339 hükmüdür. İlgili hükümde; " Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun konut ve çatılı işyerleri ile ilgili yaptıkları bütün kira sözleşmelerine TBK hükümlerinin uygulanacağı" belirtilmiştir.

Kanaatimizce buradan çıkarmamız gereken sonuç konut ve çatılı işyerleri olması kaydı ile kamu taşınmazları içinde yapılan tüm kira sözleşmelerine TBK hükümlerinin uygulanması gerekir. TBK'da yer alan hüküm herhangi bir çelişkiye yol açmamaktadır. Burada üstünde durulması gereken husus TBK ve DİK ayrımı değil, kiralanan şeyin konut veya çatılı işyeri olup olmadığının tespitindedir. Nitekim Yargıtayın bazı kararlarında bu hususun değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁵⁶

b) Kiracının Tahliyesi ve Tabi Olacağı Hükümler

KÖİ projelerinde kullanılan modele göre farklılık göstermekle birlikte kiracının idare olduğu durumlarda özel hukuk kişisi tarafından yapılan bir yapım işi yer almakta ve bir eser ortaya konulmaktadır. Bu eserde sözleşme süresinin sonuna kadar idareye kiralanmakta ve uygulama sözleşmesinin sonunda da bu yapıların tümü idareye devir edilmektedir. Bu sebeple uygulama sözleşmesinin süresinin bitiminde yapıların tümü idareye devir edilecek ve idarenin tahliyesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

Özel hukuk kişinin kiracı olduğu durumlarda ise, kira süresinin sonunda hangi kanun hükümlerinin geçerli olacağı ile ilgili varsayımlar mevcuttur.³⁵⁷ Konuyla ilgili olarak Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 31.03.1994 tarih, 1994/1127 E. 1994/3196 K.³⁵⁸ sayılı dosyasında "*Devletin özel mülkiyetindeki taşınmazlara ilişkin yapılan kira sözleşmelerinin sona ermesi hususunda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.*"

³⁵⁶ Bkz: [6. Hukuk Dairesi 2013/11011 E. , 2014/4128 K. - Hukuk Forumu \(kararara.com\)](http://kararara.com)

³⁵⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.327.

³⁵⁸ Bkz: [Y 13. HD E.1994/1127 K.1994/3196 T.31.03.1994 YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ KARARI \(legalbank.net\)](http://legalbank.net)

Konuyla ilgili olan hüküm ise 2886 sayılı yasanın 75. maddesidir. Bu hükümde; *"Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir. Aksi halde ecrimisil alınır. İşgal edilen taşınmaz mal, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir."* ifadelerine yer verilerek sözleşme süresinin sonunda kiralananın tahliye edilmemesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağı aktarılmıştır. Burda da yine amaç kamu yararıdır. Maksimum yarara ulaşılabilmesi için tahliye hükümlerinin de 2886 sayılı yasaya tabi olması doğru bir sonuca götürmektedir. Konuyla ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararında ; " (...) *Başkasına ait bir maldan bir bedel karşılığında yararlanma esasına dayanan kira sözleşmesi, tarafların serbest iradeleriyle oluşur ve her iki taraf için borç doğurur. Bu nedenle genel olarak, özel hukuk kurallarına göre düzenlenmesi gerekir. Ancak, belediyeler ile belediyelere ait taşınmazlar arasındaki bağlantı, özel hukuktaki bir malikletaşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden farklıdır. Zira özel hukukta malik, malına istediği gibi tasarruf edebilmede, onu dilediği fiyatla dilediğine satmada ya da kiralamada ve maldan elde ettiği geliri istediği gibi harcamada özgür olmasına karşın; belediyeler, sahip olduğu taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunurken bazı kurallara uymak durumundadırlar. Belediyeler, sahip oldukları taşınmazları, dilediklerine diledikleri fiyatla devredemezler. Söz konusu taşınmazlar, kamusal bir sorumlulukla ve kamu hukukunun belirlediği usule göre kullanılır ve bu yerlerden elde edilecek gelir, kamu idaresinin yapmakla yükümlü olduğu hizmette harcanır. Bu nedenle, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamı içinde, kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için kamu yararı amacıyla, belediyelere ait taşınmazların, kira sözleşmesi sonunda tahliyelerine ve ecrimisil ödenmesine ilişkin itiraz konusu kuralın Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Öte yandan, taşınmazını kiraya veren belediyeler ile diğer kişiler aynı hukuksal konumda değildirler. Belediyeler ile belediyelere ait taşınmazlar arasında sorumluluk, yönetim ve tasarruf biçimi yönünden kamu hukuku ilişkisi bulunmakta ve bu emlâkten elde edilen gelir kamu hizmetine ayrılmaktadır. Bu nedenle, diğer kişiler ile aynı hukuksal konumda bulunmayan belediyelerin, kiraya verdikleri taşınmazlar hakkında, kira sözleşmesi sonunda farklı bir tahliye usulü öngörülerek ayrı hukuksal işleme tabi tutulmasında eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Ayrıca, itiraz konusu kural, kiracının yargıya başvurma hakkını ortadan*

kaldırmadığından, yargı yoluna başvurma imkânının mevcut olduğu bir durumda hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğinden söz edilemez"³⁵⁹ ifadelerine yer verilmiştir.

Diğer görüşe göre ise; 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte kamu ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen konusu konut ve çatılı işyeri olan kira sözleşmelerinde tahliye dahil diğer tüm hususlara da TBK madde 339 hükmünün uygulanmasına yöneliktir.³⁶⁰ Bu durumu destekler muhtelif kararlar da mevcuttur. "Yarg. 13. HD, T. 18.01.2010, E. 2009/ 8167, K. 2010/ 87, "Davacının, davalı İTÜ Rektörlüğü'nden 28.10.1993 başlangıç tarihli sözleşme ile öğrenci kantinini kiraladığı, daha sonra kiralama yetkisinin İTÜ Geliştirme Vakfı'na devredilmesi üzerine, bu davalı ile 05.02.1997 başlangıç tarihli 5 ay süreli sözleşmenin yapıldığı, davalı İTÜ Rektörlüğünün davacıya gönderdiği 09.04.2007 ve 08.11.2007 tarihli ihtarnamelerle yeni dönemde sözleşmenin yenilenmeyeceği bildirilerek, tahliyenin istendiği anlaşılmaktadır. Davacı, 2886 Sayılı Kanun çerçevesinde yapılan ihale sonucunda taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin 6570 Sayılı Kanuna tabi bulunduğunu ileri sürmüş ve mahkeme kararı olmadan tahliyenin gerçekleşmeyeceğinden bahisle, muarazanın giderilmesi isteminde bulunmuştur. Davalılar, kantinin 2886 Sayılı Yasa gereğince kiralandığını ve son kira sözleşmesinde, 05.07.1997 tarihinde sözleşmenin sona ereceğinin açıkça belirtildiğini savunmuşlardır. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 14. maddesinde, "2490 sayılı Artırma Eksiltme ve ihale Kanunu'na tabi olarak kiraya verilen gayrimenkuller hakkında da bu kanun hükümleri tatbik olunur" hükmü bulunmaktadır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kamu kurumlarının satım, kira ve benzeri konularda yapacakları ihalelerinin yöntemlerine, içeriklerine ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler taşımaktadır. Dolayısıyla 2886 Sayılı Kanuna göre kiraya verilen taşınmazların da (6570 Sayılı Kanunun 1. maddesinde öngörülen koşulları taşımaları halinde) 6570 Sayılı Kanun kapsamında olacaklarının ve bunlara ilişkin kira sözleşmeleri ile ilgili olarak, ancak 7. maddede tahdidi olarak sayılan nedenlerden birine dayanılmak ve ilam alınmak suretiyle tahliyenin sağlanabileceğinin kabulü gerekir."³⁶¹ 6570 sayılı kanunun yürürlükten kalkması ile birlikte kira ilişkilerinde 6098 sayılı TBK hükümleri uygulanmaya başlanmıştır.

³⁵⁹Bkz: [Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü \(resmigazete.gov.tr\)](http://resmigazete.gov.tr)

³⁶⁰ Günel, a.g.e.,s.832.

³⁶¹Bkz: [KAZANCI HUKUK OTOMASYON – Kazancı Elektronik ve Basılı Yayıncılık A.Ş.](http://www.kazanci.com)

Bu iki farklı görüşü değerlendirdiğimiz de şunu ifade edebiliriz ki, tahsis ve kamu yararı kısmı ayrı değerlendirilmek üzere sözleşme süresinin bitmesi ile ilgili olarak tahliye talepleri için TBK hükümlerine gidilmesi gerekmektedir. TBK madde 339 hükmü çok açık bir şekilde düzenlenmiş ve çatılı işyeri ve konut kiralarında kamu özel kişi ayırımına gitmeden TBK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu sebeple daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere kamu yararı veya tahsise aykırılık sebebi söz konusu olmadıkça süre ile ilgili tüm fesihlerde TBK hükümleri uygulanmalıdır.

Yukarıda bahsedilen tüm bu hususlar idare ile özel hukuk kişisi arasında yapılan kira sözleşmesi için değerlendirilebilir. Ancak kanaatimizce KÖİ projeleri olarak bahsedilen ve Türkiye’de Yap Kirala Devret olarak ifade edilen sistemde kiracı idaredir ve tahliyesini gerektirecek bir husus söz konusu değildir. Zaten uygulama sözleşmesinin bitiminde özel hukuk kişisi ortaya çıkarmış olduğu tüm eserleri idareye devretmekle yükümlüdür. Bu husus gerek 6428 sayılı Kanun’da gerekse uygulama sözleşmesinin içeriğinde yer almaktadır. Ayrıca uygulama sözleşmesi birçok unsurunda barındıran atipik karmaşık yapıda bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin sadece kira sözleşmesi ile bağdaştırılması mümkün değildir.

D- İŞLETME HAKKININ VERİLMESİ UNSURU

İşletme hakkı devri yöntemi hem özel kesimdeki işletmeler bakımından hem de kamu kesimindeki mal ve hizmet birimleri bakımından uygulanması mümkündür.³⁶² Son dönemlerde kamunun özel sektör ile işbirliği içinde yapmakta olduğu projelerin artış göstermesi sebebiyle işletme hakkı devri yöntemi de, kamu hukuku alanında yeni bir kamu hizmeti gördürme yöntemi veya yeni bir özelleştirme yöntemi olarak görülmekte ve algılanmaktadır.³⁶³

KÖİ kavramını bir çatı kavram olarak kabul eden kesim için, işletme hakkı devri yöntemi tek başına bir KÖİ yöntemidir ve KÖİ projelerinde tek başına kullanılabilir. Amaç kamu yararını sağlamak amacıyla idarenin finansal yetersizlik çektiği durumlarda alternatif bir finansman yöntemi sağlamak istemesidir. Fakat kanaatimizce 6428 Sayılı Kanun ile ortaya çıkan ve Türkiye’de ilk defa şehir

³⁶² Ayanoğlu, Taner, **İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2007, C. LXV, S.1, s. 3-38.

³⁶³ Ayanoğlu, **a.g.e.**, s. 4.

hastaneleri projesinde kullanılan KÖİ'de işletme hakkı devri atipik karmaşık sözleşme niteliği taşıyan uygulama sözleşmesinin içerisinde yer alan bir hukuki unsurdur. Bu hukuki unsur verilen işletme ile elde edilecek gelir sayesinde projenin kendi kendini amorti etmesi ve yatırımcı olan özel hukuk kişinin de kendini amorti etmesi beklenir.³⁶⁴

1. Tanımı

KÖİ projeleri çerçevesinde işletme hakkının verilmesi unsurunu; kamu ile özel sektör arasında akdedilen sözleşme çerçevesinde, mevcut veya yapılacak mal, sunulacak hizmetin veya bunların üretim birimlerinin bütün olarak veya kısmen özel sektör tarafından işletilmesi olarak tanımlayabiliriz.³⁶⁵ Bir diğer tanımlama da ise işletme hakkı devri; "Yasal düzenlemelerdeki örnekleri çerçevesinde, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerine ait işletmelerin, mülkiyet hakkı saklı kalmak üzere bir bedel karşılığında ve belli bir süre işletmesi için bir özel kişiye (yatırımcıya) devredilmesi yöntemi olarak tanımlanmıştır."³⁶⁶

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere KÖİ projeleri için taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesi birçok hukuki kurumu içinde barındırmaktadır. İşletme hakkının devri de bunlardan biridir ve işletme hakkının verilmesi ile ilgili tüm hususlar sözleşmenin tüm unsurları gözönünde tutularak açıklanmalıdır.

İşletme hakkının verilmesinin hukuki niteliğine geldiğimizde ise; bu sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel hukuka tabi bir sözleşme mi olduğu zihinde soru işareti yaratabilmektedir. Bu durum için şunları ifade edebiliriz: Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak adlandırılabilmesi için üç unsurun mevcut olması gerekir. Bunlar;

- *"Taraflardan birinin idare olması*
- *Sözleşmenin konusunu bir kamu hizmetinin görülmesinin oluşturulması*
- *Bu sözleşme kapsamında özel hukuk sözleşmelerindeki aşar nitelikte bazı hükümlerin bulunması."*³⁶⁷ (*"kamu gücünün kullanılması" diyebileceğimiz bir yetkinin idareye verilmiş olması*)

³⁶⁴ Keşli, **a.g.e.**, s. 336.

³⁶⁵ Keşli, **a.g.e.**, s.337.

³⁶⁶ Ayanoğlu, **a.g.e.**, s. 3-38.

³⁶⁷ Günday, **a.g.e.**, s.167.

Bu hususların varlığı durumunda sözleşme idari sözleşme sayılabilir. Ancak *"13/08/1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla, Kanunun 1. maddesi ile Anayasanın 47. maddesinde değişiklik yapılarak, Devlet, Kamu, Kurum ve Kuruluşları tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceğinin kanunla düzenlenebileceğine ilişkin değişikliğin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir."*³⁶⁸

İlgili kanun değişikliğine gitmeden konuyla ilgili dikkat edilmesi gereken ilk husus verilen hizmetin kamu hizmeti olup olmadığına ilişkindir. Tezimizin ilk bölümünde de değindiğimiz üzere 6428 sayılı Kanunla düzenlenen Yap Kirala Devret modeliyle faaliyete geçen ve KÖİ projesi olan şehir hastaneleri'nin yapımı ile ilgili böyle bir ayrıma gidilmiş ve kamu hizmeti olan çekirdek kısmın idare tarafından verileceği fakat bunun dışında yer alan ek hizmetlerin proje yatırımcısı olan özel hukuk kişisine devredileceği açıkça ortaya konmuştur. Burada sözleşme konusu hizmetin kamu hizmeti olmaması nedeniyle sözleşmenin de idari sözleşme olmadığını ifade edebiliriz.

Başka bir örnek vermek gerekirse, idareye ait bir otelin işletme hakkının özel hukuk kişisine verilmesi için taraflar arasında akdedilen sözleşmenin idari bir sözleşme olmadığını ifade edebiliriz.³⁶⁹ Çünkü otelin işletilmesi bir kamu hizmeti değildir. Tabi ki kamu hizmeti içeren ve özel teşebbüslere devredilmiş işletmelerde mevcuttur. Burada özelleştirme ile KÖİ kavramının açılımını doğru yapmak ve Anayasa madde 47'de ki değişikliği gözönünde bulundurmak gerekir. İlgili hüküm gayet açıktır. Kamu hizmetinin özel teşebbüslere gördürülmesi kanunla düzenlenebilmektedir.

İşletme hakkı devri uygulama sözleşmesinin bir parçası niteliğindedir. Bu sebeple hukuki niteliği konusunda da bu hususun dikkate alınması gerektiğini ve uygulama sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili yer verdiğimiz açıklamaların burada da geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

³⁶⁸ Keşli, a.g.e., s.337.

³⁶⁹ Keşli, a.g.e., s.338.

2. İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

İşletme hakkının verilmesi bir tür ürün kirası sözleşmesidir. "*Ürün kirası sözleşmesi, yapıdan gelir etme imkânının sunulduğu işletme hakkının devri modelini içeren KÖİ projelerinin ilgili bölümüne uygulanabilmektedir.*"³⁷⁰

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. Bu tanımla birlikte ürün kirasının konusunu olağan kira sözleşmesinde farklı olarak hem ürün veren şeyler (maddi mallar) hem de ürün veren haklar oluşturur.³⁷¹

Bu hükmü KÖİ projeleri kapsamında değerlendirdiğimizde kiraya verenin idare kiracının ise özel hukuk kişisi olduğunu ifade edebiliriz. Görünürde "*Yap Kirala Devret*" modelini içeren KÖİ sözleşmelerinin aksine bir durumun ortaya çıktığı ifade edilebilir. Ancak "*Yap Kirala Devret*" modelinde de olağan kira sözleşmesi dediğimiz özel hukuk kişinin ortaya çıkarmış olduğu eserlerde her ne kadar idare kiralayan durumunda gözükmese de bir işletme hakkının devri söz konusudur ve bu devir idare tarafından özel hukuk kişisine yapılmaktadır. İdare KÖİ projelerinde özel hukuk kişisi adına üst hakkı tesis ettiği gibi, ana kamu hizmeti dışında kalan hizmetlerin gördürülmesini özel hukuk kişisine devretmektedir. Burada özel hukuk kişinin borç ve hakları ürün kirasındaki borç ve haklarla örtüşmektedir.

Daha öncede açıklamış olduğumuz gibi KÖİ projelerinde ki hukuki düzenlemeler kendine özgüdür. Fakat bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda TBK hükümlerine gidilebileceğine ilişkin hukuki düzenlemeler de mevcuttur. Bu sebeple uygulanabileceği ölçü de ürün kirası sözleşmesi hükümlerine de gidilebilmesi gerekir.

3. İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinin Süresi

Ürün kirası sözleşmeleri belirli ve sınırlı bir süre için olmalıdır.³⁷² Sözleşmede süre belirtilebilir fakat sürenin belirtilmesi bir geçerlilik şartı değildir.³⁷³ Sözleşmede süre ile ilgili bir anlaşmanın olmaması durumunda bu süre yerel âdete³⁷⁴ göre

³⁷⁰ Karagöz, **a.g.e.**, s. 30.

³⁷¹ Eren, **a.g.e.**, s.434.

³⁷² Eren, **a.g.e.**,432.

³⁷³ Yavuz, **a.g.e.**, s. 207.

³⁷⁴ Eren, **a.g.e.**, s.432.

belirlenir. Yerel âdete göre belirlenmediği takdirde ise TBK madde 347 hükmü gereği sözleşme seneden seneye yenilenmiş sayılacaktır.³⁷⁵

KÖİ projelerinde ise daha öncede açıkladığımız üzere uygulama sözleşmesinin içeriğinde yer alan tüm hukuki kurumlarda da belirttiğimiz gibi işletme hakkı devri için de bir sürenin belirtilmiş olması şarttır. Bu husus gerek ihalenin gerekse sözleşmenin en önemli unsurlarından biridir. KÖİ projeleri için asgari bir süre düzenlenmemiş ancak azami olarak gerek 4046 Sayılı Kanun'da gerekse kamu özel işbirliği olarak adlandırılan projelerin genelinde bu sürenin 49 yılı geçemeyeceği belirtilmiştir. Tarafımızca KÖİ projesi olarak görülen ve Yap Kirala Devret modeli olarak adlandırılan şehir hastaneleri projesinde de süre 30 yıl olarak belirlenmiş ve özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkı süresi de 30 yıl olarak düzenlenmiştir.

Devir süresinin bu kadar uzun tutulmasının sebebi daha önce de açıklamış olduğumuz üzere bu projelerin bir finansman modeli olarak görülmesi, devletin bu projelerden fayda sağlaması ve ticari faaliyetlerin başarılı ve verimli olmasının istikrarlı bir sürekliliğe sahip olmasıdır.³⁷⁶ Bununla birlikte sözleşme süresinin bitmesi ile birlikte ürün kirasında olduğu gibi tarafların onayı ile sürenin uzatılması mümkün değildir. İdarenin işletme hakkının verilmesi sözleşmesini yenilemek istiyorsa tekrar gerekli işlemleri yerine getirerek ihale yapması gerekmektedir.

İşletme Hakkının Devri Sözleşmesinde İdarenin (Kiralayanın) Borçları

İşletme Hakkının Devri sözleşmesinde işletme özel hukuk kişisinin elinde bulunmakla birlikte idarenin de bazı yükümlülükleri bulunmaktadır.

a) Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli Şekilde Teslim Borcu

KÖİ kavramını bir çatı kavram olarak düşündüğümüzde idare ile özel hukuk kişisi olan yatırımcının işbirliği birçok farklı şekilde kendini gösterebilmektedir. Bu sebeple kullanmaya ve işletmeye elverişli şekilde teslim bütün KÖİ projelerinde söz konusu değildir. "*Yap İşlet Devret*", "*Yap Kirala Devret*" gibi projelerde yapım işi özel hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmekte olduğundan özel hukuk kişisi yaptıktan sonra işletmeye başlayacaktır.³⁷⁷ Sadece şunu söyleyebiliriz ki; üst hakkının verilmesi

³⁷⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s.207.

³⁷⁶ Baytan, **a.g.e.**, s.323.

³⁷⁷ Pekgüçlü, Karabulut, **a.g.e.**, s. 259.

uygulama sözleşmesinin akdedilmesinin sonrasında gerçekleşmektedir. Tesislerin özel hukuk kişisi tarafından yapılabilmesi için kamu arazilerinin özel hukuk kişisine sunulması gerekir. İşletme hakkı devri unsurunun gerçekleşebilmesi için yapım işinin bitmesi ve kullanmaya elverişli olan tesisin özel hukuk kişisi tarafından teslim alınması gerekir. Buda idarenin borcu değildir. Çünkü tesis özel hukuk kişisi tarafından yapılmıştır. Projenin ilave yatırım "*Yap- Tüm Tesisini İşlet- İlave Yatırıma Sahip Ol*" veya "*Rehabilitate Et -İşlet-Devret*" gibi modellerle yapılması durumunda idarenin de özel hukuk kişisine kullanmaya ve işletmeye elverişli teslim borcunun bulunduğunu ifade edebiliriz. Ayrıca her halükârda özel hukuk kişisi tarafından işletme hakkının en iyi şekilde kullanılabilmesi için gerekli şartların temin edilmesi ve özel hukuk kişisinin işletme hakkını kullanmasını engelleyecek davranışlardan kaçınılması gerekir.³⁷⁸ Bu hususun bu başlık altında değerlendirilmesi mümkündür.

b) Sözleşme Süresince Kullanmaya ve İşletmeye Elverişli Durumda Bulundurma Borcu

Teslim borcunda açıklamış olduğumuz gibi, idare işletme hakkının konusu olan tesisleri sözleşme süresince kullanmaya ve işletmeye elverişli durumda bulundurmakla yükümlüdür. Kiralayan bu yükümlülüğünü yerine getirerek asli edim yükümlülüğünü de yerine getirmiş olacaktır.³⁷⁹ Aksi halde kiralayan sorumlu olur ve kiracı aynen ifayı talep eder.³⁸⁰ Aynen ifa, kiralananın sözleşmenin amacına uygun biçimde kullanılmaya veya işletilmeye elverişli duruma getirilmesi, bu duruma getirilmesini engelleyen bir ayıp olması halinde ise, bu ayıbın giderilmesini talep etme halidir.³⁸¹ Kiracı bu ayıbın giderilmesi için kiralayana belirli bir süre verir. Bu sürenin sonunda kiralayan ayıbı giderirse problem ortadan kalkar fakat ortadan kaldırmadığı takdirde kiracının sözleşmeyi feshetme hakkı mevcuttur.³⁸² Kiracı, kiralayanın kusurlu olması halinde bundan dolayı uğradığı zararın tazminini isteyebilir.³⁸³ Bu durumu KÖİ kapsamında değerlendirdiğimizde ise idarenin işletmeye elverişli durumda bulundurma yükümlülüğünün olduğunu ve aksi halde TBK'da yer alan hükümlere gidilebileceğini ifade edebiliriz.

³⁷⁸ Pekgüçlü Karabulut, **a.g.e.**, s.260.

³⁷⁹ Eren, **a.g.e.**, s. 436.

³⁸⁰ Keşli, **a.g.e.**, s.350.

³⁸¹ Eren, **a.g.e.**, s.437.

³⁸² Eren, **a.g.e.**, s.437.

³⁸³ Eren, **a.g.e.**, s.438.

c) İdarenin (Kiralayanın) Ayıptan Sorumluluğu

Kiralanan şeyde kiraya veren tarafından bildirilen veya dürüstlük kuralı uyarınca şeyde bulunması gereken (beklenen) niteliklerdeki eksiklik³⁸⁴ olması durumunda ayıp hükümlerine gidilebilecektir. Burada adi kira sözleşmesinde yer alan hükümlere atıf yapılmıştır, ürün hasılat kirası sözleşmelerinde elde edilmesi beklenen ürünün elde edilmesini engelleyecek niteliklerde ayıp kabul edilecektir.³⁸⁵

KÖİ projelerinde işletme hakkının özel hukuk kişisine devredilmesiyle birlikte işletmeden kaynaklanan tüm yükümlülük özel hukuk kişisine aittir. Ancak bu işletmenin gelirini azaltacak şeylerin idarenin kusurundan kaynaklanması idareyi sorumlu kılmaktadır. Keşli, işletme hakkını engelleyen koşulların sözleşmenin konusuna bağlı ayıp kapsamında olduğunu, idarenin bu durumda ayıptan doğan sorumluluk borcunun asli edim olarak anlaşıldığını ifade etmiştir.³⁸⁶

d) Zaptan Sorumluluk

KÖİ sözleşmelerinde işletme hakkının devri sözleşmesi ile birlikte, üçüncü kişinin sözleşme kurulduğu anda sahip olduğu veya sonrasında kazandığı, özel hukuk kişinin işletme hakkıyla bağdaşmayan bir hak iddia ettiği durumlarda idare zapta karşı tekeffül borcu altına girmiş olacaktır.

Ürün kirası sözleşmelerinde zapt borcu adi kira sözleşmesindeki hükümlere tabi tutulmuştur. Ancak daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere buradaki tek fark sadece kullanım için değil işletme hakkı için de bu hükme başvurabilme özelliğini taşımaktadır. Zapt hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek bir problem oluştuğunda idare özel hukuk kişinin zararını karşılamakla yükümlü olmaktadır. Ancak kiracının da bu durumu idareye bildirmesi zorunludur.³⁸⁷

Kiracının kiralananı sözleşmenin amacına uygun şekilde kullanmasını ve işletmesini sağlayan her hak üstün haktır ve bu üstün hakkın sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte kiracıya aktarılması hususu oldukça önemlidir.³⁸⁸ *"İdarenin zapta karşı sorumluluğu kusurlu olmasına bağlı değildir. Burada sebep sorumluluğu mevcuttur."*³⁸⁹

³⁸⁴ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.333

³⁸⁵ Altaş, Hüseyin, **Hasılat ve Şirket Kirası**, Ankara, 2009, s.104.

³⁸⁶ Keşli, **a.g.e.**, s.351.

³⁸⁷ Eren, **a.g.e.**, 439.

³⁸⁸ Eren, **a.g.e.**, s.439.

³⁸⁹ Eren, **a.g.e.**, s.439.

Kiralananın devri halinde ise TBK madde 310 kapsamında yeni malik ürün kirasının tarafı olacaktır. Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır. Burada kiracıyı korumak maksadıyla kira sözleşmesi tapu siciline şerh edilebilir.(TBK madde 312) Bu şerh yapılmış ise kiralayan TBK 350’de belirtilen haklarından mahrum kalabilecektir.³⁹⁰

KÖİ projeleri kapsamında değerlendirdiğimizde ise bu projeler için taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesinin bir atipik karmaşık sözleşme niteliği taşıdığını ve TBK’da yer alan isimli sözleşmelerin hükümlerini uygulanabildiği ölçüde uygulayabileceğimizi düşündüğümüzde ürün kirası sözleşmesini TBK madde 312 kapsamında tapuya şerh edebileceğimizi söyleyebiliriz.

4. İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinde Kiracının (Özel Sektörün) Borçları

İşletme Hakkının devrinde kiralayanın olduğu gibi kiracının da üstlendiği yükümlülükler mevcuttur. Aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağını belirtmekle birlikte bu yükümlülüklerin kiralananı özgülendiği amaca uygun ve iyi bir şekilde işletme borcu,³⁹¹ kiralanan şeye bakım borcu, işletmenin gerektirdiği olağan giderleri yapma borcu,³⁹² ihbar borcu, işletmenin geri verilmesi borcu,³⁹³ olduğunu söyleyebiliriz.

a) Kiralananı Özgülendiği Amaca Uygun ve İyi Şekilde İşletme Borcu

İşletme hakkının devri sözleşmesi ile birlikte TBK madde 364 kapsamında, kiracı işletmeci, sözleşmeyi kiralananın tahsis edildiği amaca uygun şekilde işletmekle, işletme gelirlerinin azalmasına sebep olacak hiçbir davranışı sergilememekle ve kiralayanın izni olmadan tesis üzerinde etkileri görülecek şekilde işletmenin tarzını değiştirmemekle yükümlü olacaktır. Bu husus KÖİ projelerinde de önemli bir yere sahiptir. Bunun sebebi sunulacak hizmetin kamu hizmeti kapsamı dahilinde olmasından ve kamuya ait bir varlığın işletilmesinden kaynaklanmaktadır. Burada aktarılması gereken en önemli husus devri gerçekleştirilen mal veya hizmetin iyi işletilmemesinden kaynaklı doğan zararlardan sorumluluk meselesidir. Anayasada 13.08.1999’da yapılan değişikliklerle birlikte idarenin özel hukuk kişileri ile yaptığı sözleşmelerin özel hukuka tabi olabileceği ve bu tabiliğin çerçevesinin ne olacağı belirlenmiştir. İlgili hükümde; "*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere*

³⁹⁰ Keşli, **a.g.e.**, s.354.

³⁹¹ Eren, **a.g.e.**,s.442.

³⁹² Eren, **a.g.e.**, s.443

³⁹³ Keşli, **a.g.e.**, s.360.

yaptırılabilirliği veya devredilebilirliği kanunla belirlenir ifadelerine yer verilmiştir". Bu ifadelerden de yola çıkacak olursak yapılacak sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların özel hukuk hükümlerine tabi tutulabilirliğini ancak bunun kanun ile yapılabilirliğini ifade edebiliriz. Konuyla alakalı olarak Anayasanın 125. Maddesine eklenen fıkraya da bu başlık altında tekrar değinmemizde fayda olacaktır. İlgili hükümde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." Bu hükümle birlikte idare ile özel hukuk kişisi arasında kamu hizmetleri ile ilgili akdedilen sözleşmelerde çıkan ihtilaflarda idare mahkemelerine gitmenin zorunluluğu ortadan kalkmış ve dolayısıyla bu hükümde de bu sözleşmelere özel hukuk hükümlerinin uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Tüm bu hükümlerle birlikte şu hususu da ifade etmemiz gerekmektedir. Kamu hizmetinin sunulması her ne kadar özel hukuk kişisine devredilse de üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Ancak rücu hakkı her zaman saklıdır. Konusu kamu hizmeti olmayan faaliyetlerden doğan zararlardan ise kamunun sorumluluğuna gidilmeyecektir.³⁹⁴

b) Kiralanan Şeye Bakım Borcu

KÖİ projelerini çatı kavram olarak kabul ettiğimizde "*Yap İşlet Devret*", "*Yap Kirala Devret*" ve birçok diğer modelde yapım ve işletme işi özel hukuk kişisine devredilmiştir. Örneklendirmek gerekirse kanaatimizce KÖİ modeli olarak kabul edilen Yap Kirala Devret modelinde, özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkı ile birlikte özel hukuk kişisi kamu hizmeti verilecek tesisin yapım işini üstlenmiş ve kamu hizmeti olmayan fakat onunla bağlantılı olan işletmelerin işletmesini yapmayı kabul etmiştir. Özel hukuk kişisi yapım işi ile birlikte tüm bu tesislerin sözleşme süresi boyunca bakım ve onarımını da üstlenmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı hükümlere modeli tanımlayan 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliğinde de yer verilmiştir. İşletme hakkının devrinde de bu model kapsamında veya değil işletmenin bakım ve onarımının kiracı olan özel hukuk kişisi tarafından yapılması gerektiğini ifade edebiliriz. Bu husus işletmenin gerektirdiği olağan

³⁹⁴ Yasin, Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, İstanbul, 2007, s.141. Keşli, a.g.e., s.358.

giderleri yapma borcu başlığı altında projeler kapsamında daha ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

c) İşletmenin Gerektirdiği Olağan Giderleri Yapma Borcu

Ürün kirası sözleşmesinde TBK madde 365'e göre; kiracı, kiralananın bakımını gereği gibi yapmalı ve bunun için oluşacak olağan giderleri karşılamakla yükümlü olmaktadır. KÖİ projelerinde bu durum biraz daha geniş açıdan ele alınmalıdır. Bu projelerde idare işletme hakkının devrini alan özel hukuk kişisinden işletmenin verimliliğini artırmak amacıyla belli yatırımları yapmasını talep edebilir. Buda sözleşmenin karmaşık nitelik vasfına kavuşmasını gündeme getirmektedir.³⁹⁵ Bu yatırımların zamanı, hangi aralıklarla yapılması gerektiği sözleşmede ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. "*Yatırım şartı kaynakların verimli kullanılması ilkesinin doğal bir sonucudur.*"³⁹⁶ Danıştay 13. Daire, E.2005/7997, K. 2006/4380, T: 20.11.2006 kararında, özel şirketin faaliyetinin devamını sağlayacak üretim ve yatırıma ilişkin taahhütlerinin ihale şartnamesinde yer almaması hukuka aykırı bulunmuştur.

Bunların sözleşmede belirtilmesinin ana sebebi sözleşmenin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde işletmenin hangi vasıflarla idareye devrinin yapılacağını ortaya konması içindir.

KÖİ projesi olarak Türkiye'de son dönemde yapılmış olan şehir hastaneleri projesinde taraflar arasında uzun süreli akdedilen uygulama sözleşmelerinde özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis edilmiş, özel hukuk kişisinin ortaya koyduğu ve idare tarafından kamu hizmeti verilecek yapılar için idare tarafından kira bedeli ödenmesi kararlaştırılmış ancak esasen kamu hizmeti olmayan sadece kamu hizmetinin bağlantısı olan hizmetlerin özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi için işletme hakkının verildiği ve bu işletme hakkı verilirken de yapılan eserlerde, özel hukuk kişisi tarafından temin edilen araç ve gereçlerde yenileme, bakım, onarım şart koşulmuştur. Konuyla ilgili 6428 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliğinde hükümler mevcuttur. Örnek verecek olursak sağlık sektöründe yapılan KÖİ projesinde bir süre sonunda hastanenin 20 yıl önceki cihazlar ile hizmet veriyor durumda kalması makul olmayan bir hizmet sunumu

³⁹⁵ Keşli, a.g.e., s. 359.

³⁹⁶ Keşli, a.g.e., s.360.

olacaktır.³⁹⁷ Bu sebeple yapılacak projelerin ihalelerinde bakım onarım ve yenileme için ayrılacak bütçenin ihale dökümanında yer alması gerekir.

d) İşletmenin Geri Verilmesi Borcu

Ürün kirası sözleşmesinde sözleşme süresi sonunda kiracı kiralananı kiralanda bulunan tüm eşya ile birlikte kiralayana teslim etmekle yükümlüdür.³⁹⁸ KÖİ projelerinde de uygulama sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte işletme idareye devredilecektir. İdarenin talebiyle süresinden önce yapılan haksız devirlerde ise özel hukuk kişinin, yapmış olduğu bakım onarım yenileme masrafları için sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak masraflarını isteme hakkı vardır.

5. İşletme Hakkı Devri Sözleşmesinin Sona Ermesi

Ürün kirası sözleşmesinin üç şekilde sona ermesi mümkündür. Bunlar belirli sürenin³⁹⁹ sona ermesi, olağan fesih ve olağanüstü fesihdir.⁴⁰⁰ TBK madde 367 gereği belirli süreli sözleşme süre sonunda kendiliğinden son bulmaktadır. Tarafların sözleşmeyi örtülü şekilde devam ettirmesi durumunda ise kira sözleşmesi birer yıl uzamaktadır. Bu bir yıllık uzamaların birden çok defa olması mümkündür.⁴⁰¹

Belirli süreli sözleşmelerde sürenin bitmesinden evvel sözleşmenin sona erdirilmesi imkânı yoktur. Ancak TBK m.369 gereğince taraflardan biri kira sözleşmesini çekilmez hale getiren önemli sebeplerden dolayı sözleşmeyi yasal fesih süresine uyararak her zaman fesih edebilir.⁴⁰² Bu durum olağanüstü fesih olarak değerlendirilir. Olağanüstü fesih koşulları ahde vefa ilkesi esas alınarak ağır şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar;

- Önemli nedenle sözleşmeyi sona erdirebilmek için öncelikle, kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren önemli sebeplerin ortaya çıkması gerekmektedir. Önemli sebepler, sözleşmenin kurulması anında tarafların sözleşmede temel olarak kabul ettikleri kişisel ve maddi şartlarla ilgili nedenlerdir.⁴⁰³ Bu sebepler sözleşmenin başlangıcında görülebileceği gibi sözleşmenin devamı sırasında da kendini gösterebilir.⁴⁰⁴ Önemli sebeplerin neler olduğu konusunda kanunda açık

³⁹⁷ Keşli, **a.g.e.**, s.365.

³⁹⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 444.

³⁹⁹ Cansel Erol, **Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Ankara, 1953, s. 135

⁴⁰⁰ Eren, **a.g.e.**, s.445.

⁴⁰¹ Eren, **a.g.e.**, s.445.

⁴⁰² Cansel, **a.g.e.**, s. 135

⁴⁰³ Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1989, s.232.

⁴⁰⁴ Yavuz, **a.g.e.**, s. 344.

bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu hükümlerin tespitinde iyiniyet kuralını gözardı etmememiz gerekir.⁴⁰⁵ Ürün kiralari için sözleşmenin çekilmez hal alması durumu, taraflarin sözleşmeyi akdettikleri sırada güttükleri amaçlarına ulaşmalarına engel olan ve kısa sürede ortadan kalkması mümkün olmayan hallerin gerçekleştiği durumunu örnek olarak verebiliriz. Kirada, kira ilişkisine devamın çekilmez bir hal aldığını kabul edebiliriz. Sözleşmeyi erken fesheden tarafın ödeyeceği bir tazminatın olup olmadığı hususu konusunda TBK madde 369’da olağanüstü bir fesih olması halinde hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlayacaktır. Kanaatimizce bu hüküm gereği hâkim taraflarin kusur oranlarına göre parasal sonuçlara karar verecektir.

- Bir diğer önemli fesih sebebi olarak kiracının iflasını söyleyebiliriz. Bunun sebebi TBK madde 370’dir. İlgili hükme göre, kiracının iflası halinde sözleşme iflasın açıldığı anda kendiliğinden sona erer. Burada diğer nedenlerden farklı olarak herhangi bir bildirimde de gerek olmayacaktır.⁴⁰⁶ Ancak şu hususu da aktarmak gerekir ki kiracı işlemekte olan kira ve tutanağa geçirilen eşya için yeterli güvence vermesi halinde kiraya veren sözleşmeyi kira yılının sonuna kadar sürdürmekle yükümlüdür.⁴⁰⁷
- Son olarak kiracının ölümünü de olağanüstü fesih sebebi olarak söyleyebiliriz. Bu durumda TBK madde 371’de düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereği kiracının ölümüyle birlikte onun mirasçıları ve kiraya veren 6 aylık kanuni süreye uymak koşuluyla sözleşmeyi vaktinden önce fesih edebilir. Kiracının ölümüyle birlikte dememizin sebebi kanun koyucunun 6 aylık kanuni sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin bir hüküm koymamasından kaynaklanmaktadır. Eren bu konuda miras red süresi olan 3 aylık sürenin esas alınabileceğini belirtmiştir.⁴⁰⁸ Kanaatimizce de bu süreyi kiraya verene ve mirasçılara tanımak gerekir. Fesih yapılmaması durumu da söz konusu olabilir. Bu sebeple burada süre hususunun önemi büyüktür.

⁴⁰⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s.344.

⁴⁰⁶ Eren, **a.g.e.**, s.447.

⁴⁰⁷ Eren, **a.g.e.**, s.448.

⁴⁰⁸ Eren, **a.g.e.**, s.449.

Üçüncü Bölüm

§3. Kamu Özel İşbirliği Kapsamında Üst Hakkı Sözleşmesi

Türk Hukuku bazı sınırlı ayni haklara, tapu sicilinin bağımsız bir sayfasına kaydedilmeleri halinde, taşınmaz niteliği kazanmalarına müsaade etmiştir.⁴⁰⁹ Bir hakkın taşınmaz olarak sayılmasının nedeni ilk bakışta anlaşılması zor gibi gözüksede, kanun koyucunun bu kuralı getirirken ki amacına baktığımızda, bu durum, kabul edilebilir bir hal almaktadır. Burada kanun koyucu, iktisadi ve sosyal amaçları göz önünde tutmuştur.⁴¹⁰ Bu haklardan olan üst hakkı, tapu sicilinin bağımsız bir çift sayfasına geçirilerek taşınmaz niteliğine sahip olabilen, sınırlı bir aynî hak olup, kişiye bağımlı değildir. Ancak sözleşme ile kişiye bağımlı hale de gelebilir. TMK madde 826 gereğince; üst hakkı, kişiye bağımlı olmaması ve en az otuz yıl süreyle tanınmış olması halinde, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir.⁴¹¹ Bu süre ETMK’da yirmi yıl iken mevcut TMK’da otuz yıla çıkarılmıştır.

Kamu Özel İşbirliğinde üst hakkı kurumunun kullanılmasının sebebi kamunun finansal yetersizlik yaşadığı kamu hizmetlerinde özel hukuk kişileri lehine üst hakkı tesis ederek yetersiz kalan hizmetlerin verilmesini sağlamaktır. İdare bu işbirliklerinde kamu arazileri üzerinde üst hakkı tesis etmektedir. Tam da bu noktada kamu malları kavramının ve hangi şartlarda kamu taşınmazlarının üzerinde üst hakkı tesis edilebileceğine ilişkin açıklamaların yapılması gerekmektedir. Bu sebeple bu başlık altında öncelikle kamu arazileri üzerinde kurulan üst hakkının hangi şartlarda, hangi kamu taşınmazları üzerinde kurulabileceğine ve kamu malları kavramının ne ifade ettiğine ilişkin bilgilere yer verilecektir.

I. KAMU MALİ KAVRAMI

Çalışmamızın sağlam zeminde ilerleyebilmesi için, öncelikle tez konumuzun temel kavramlarından biri olan kamu malı taşınmazlarının neler olduğunu hangi şekilde sınıflandırıldığını ve hangi kamu mallarının üzerinde sınırlı ayni hak tesisinin mümkün olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Öncelikle şunu belirtmemiz gerekir ki hukukumuzda kavram kargaşasının egemen olduğu başlıca alanlardan biri olan ve

⁴⁰⁹ Oğuzman Kemal, Seliçi Özer, Oktay Özdemir Saibe, **Eşya Hukuku**, 2006, s.141.

⁴¹⁰ Gürsoy, T. Kemal/Eren Fikret/ Cansel Erol, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara,1978,s.196.

⁴¹¹ Hatemi Hüseyin, **Eşya Hukuku**, 2020, s.21.

ayrıntılı bir şekilde incelenmesi de esas olarak çalışmamızın amaç ve çerçevesini aşan “kamu malları” kavramını belli bir çerçevede açıklamaya çalışacağız.

Konuyla ilgili belirtmemiz gereken ilk husus çalışmamızda kamu malları terimi kullanılacak olmakla beraber kamuya ait taşınır ve taşınmaz malları ifade etmek için kullanılacak terim konusunda doktrinde, yargı kararlarında ve mevzuatta karışıklık ve tereddütlerin bulunduğu, terim birliğinin sağlanamadığı hususudur.⁴¹² Anayasanın 23. maddesinde “kamu malları” kavramı kullanılırken 43. ve 168. maddelerinde kamu malı niteliğindeki kıyılar, tabii kaynak ve servetler için “Devletin hüküm ve tasarrufu altında” ibaresi tercih edilmiştir.

Durum kamu malı için yapılan kanuni düzenlemeler için de farklı değildir. Örneklendirilecek olursa “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu”nun 715. maddesi; “6831 sayılı Orman Kanunu”nun 18. maddesi; “3213 sayılı Maden Kanunu”nun 4. maddesi; “3402 sayılı Kadastro Kanunu”nun 16. maddesi ve “6491 sayılı Türk Petrol Kanunu”nun 3. maddesinde “Devletin hüküm ve tasarrufu altında” kavramı tercih edilirken, “2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu”nun 5. maddesi; “2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu”nun 82. maddesi ve “442 sayılı Köy Kanunu”nun 8. maddesinde “Devlet malı” kavramı olarak kullanılmıştır. Kanun koyucu, “3402 sayılı Kadastro Kanunu”nun 16. maddesi ve “2577 sayılı İdari Yargılama Kanunu”nun 34. maddesinde ise “Kamu malları” kavramını tercih ederek terim kargaşasına neden olmuştur.⁴¹³

“Üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan ve kişi ve hayvanlar dışında kalan cismani varlıklar hukukta mal olarak tanımlanmaktadır.”⁴¹⁴ İdare de kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için taşınır ve taşınmaz mallara ihtiyaç duymaktadır. Bu anlamda idarenin sahip olduğu kamu hizmetinde kullanılan malların tamamı kamunun malvarlığını ya da geniş anlamda kamunun mallarını oluşturmaktadır.⁴¹⁵ Her ne kadar doktrinde ve içtihatlarda kamu malı kavramı zaman zaman geniş anlamda kullanılmakta ise de günümüzde çeşitli mal kategorilerinin, sahiplerinin niteliklerine ya da kullanıldıkları amacın özelliklerine göre diğer malların

⁴¹² Gülan Aydın, **Kamu Mallarının Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, 1999, s.9-10

⁴¹³ Bkz; <https://www.mevzuat.gov.tr/>

⁴¹⁴ Oğuzman Kemal, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2014, s.8.

⁴¹⁵ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Ankara, 2011, s.731.

genel rejiminden belli farklılıklar içeren hukuki düzenlemelere tabi tutulmaları ihtiyacı vardır. Bu sebeple, kamu malı kavramı bu geniş anlamıyla kullanıldığında çoğunlukla ihtiyaca cevap vermekte yetersiz kalmaktadır. İdare hukukunda geniş anlamda kamu malları kavramı iki bölüm şeklinde ele alınmaktadır. Bunlardan ilki kamusal mallar diğeri ise kamunun özel mallarıdır. Bu ayrım kamunun finansal desteğe ihtiyaç duyması ve kamu mallarını ekonomik olarak değerlendirmek istemesi halinde uygulanması gereken hukukun tespiti açısından önem taşımaktadır.

Dar anlamda kamu malı kavramı, idare hukuku kurallarına tabi olan, kamunun kullanmasına ve yararlanmasına tahsis edilmiş veya bir kamu hizmetinin unsuru sayılabilecek yahut da milli servet ve kültür bakımından yerine bir başkasının ikamesi imkânsız olan malların tümü anlaşılr.⁴¹⁶ Bu tanıma göre, dar anlamda kamu mallarını üç başlık altında toplayabiliriz. Birincisi hizmet malları ikincisi sahipsiz yerler ve üçüncüsü ise orta mallarıdır.⁴¹⁷

Hizmet malları; bir kamu hizmetine özgülenmiş olan yetkili makam tarafından kaldırılmadıkça özel mülkiyet konusu olmak üzere devredilemeyen mallardır.⁴¹⁸ Hizmet mallarının bir diğeri özelliği kamu hizmetinin yürütülmesi için zorunlu olup, hizmetle yakın ilgisi mevcuttur.⁴¹⁹ Anayasa Mahkemesi'ne göre de, "Kamu hizmetlerine hizmetin parçasını oluşturacak şekilde tahsis edilmiş mallar hizmet mallarıdır. Üniversiteler, okullar, hastaneler, askerî koruganlar, haller, adliye binaları, belediye binaları, kütüphaneler, ceza evleri, hükümet konakları, köy odaları" bu anlamda hizmet malları olarak kabul edilmektedir.⁴²⁰

Kamu malları kategorisinde bir diğeri mal türü olan sahipsiz malların tanımını kanun kurallarını gözönünde tutarak yapmamız gerekir. İlk olarak TMK'nın Sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar başlıklı 715. hükmünü ele alacağız. İlgili hükme göre; *"Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde*

⁴¹⁶ Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, 1966, s.1312.

⁴¹⁷ Hatemi, **a.g.e.**, s.15. , Atay Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Ankara, 2019, s.422.

⁴¹⁸ Hatemi, **a.g.e.**, s. 15.

⁴¹⁹ Atay, **a.g.e.**, s.423.

⁴²⁰ AYM, T. 02.06.2009, E. 2004/85, K. 2009/69, RG: 10.12.2011/28138, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir." Bu hükümden de anlaşılacağı üzere; sahipsiz mallar, özel mülkiyet konusu olamayan arazi bölümleri ve bunların bütünleyici parçalarıdır.

Sahipsiz yerlere ilişkin bir diğer yasal düzenleme olan; 3402 sayılı Kadastro Kanununun 16/C maddesinde ise; TMK ile benzer ifadelerle yer verilmiş, ayrıca tescil ve sınırlandırmaya tabi olmadığını ancak istisnalarının saklı tutulduğunu ifade etmiştir. Bu gibi yerler ileride tarıma elverişli hale dönüşmesi ya da ekonomik yarar sağlaması imkân dahilinde bulunduğu takdirde talep halinde veya resen Kadastro Kanununun 18'inci maddesi uyarınca Hazine adına tespit ve tescil olunabilir.⁴²¹ Bu gibi yerlerin imar düzenlemesi sahası içinde kalması halinde Medeni Kanunun 999'uncu maddesinde bahsi geçen tescili gerekli bir ayni hak doğmuş olacağından, imar plânında belirtilen amaç doğrultusunda hazine adına tescil edilmesi gerekir.

Orta malları ise; kamunun veya köy halkı gibi bir kişi topluluğunun yararlanmasına özgülenmiş ve yararlananların paydaş sayılamayacağı mallardır.⁴²² Bu mallara örnek olarak halkın doğrudan doğruya kullanımına sunulmuş olan yollar, sokaklar, meralar, köprüler, meydanlar, pazar yerleri, mezarlıklar gibi yerleri söyleyebiliriz.⁴²³ Orta mallarının tanımıyla ilgili Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, "Devlet ya da bir kamu tüzel kişisi tarafından herkesin veya bir kısım halkın, doğrudan doğruya yararlanmasına ve kullanılmasına özgülenen yerler;"⁴²⁴ ifadesine yer verirken Yargıtay 16. Hukuk Dairesi ve 13. Hukuk Dairesi ise, "Devlet ya da kamu tüzel kişisi tarafından kamunun doğrudan doğruya yararlanmasına tahsis edilen mallar;"⁴²⁵ ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise "Kamunun ortak kullanımına ve yararlanmasına açık olan mallar olarak tanımlamıştır."⁴²⁶

⁴²¹ Özmen İhsan, Çorbalı Halim, **3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi**, İstanbul, 1995, s.

⁴²² Hatemi, Eşya Hukuku Eki, **a.g.e.**, s.15.

⁴²³ Hatemi Eşya Hukuku Eki, **a.g.e.**, s.15.

⁴²⁴ Yarg. 20.HD, T. 15.11.2012, E. 2012/11312, K. 2012/12741, www.uyap.gov.tr/yargitay içerik ile arama/, (Erişim tarihi: 21.10.2021).

⁴²⁵ Yarg. 16.HD, T. 09.11.2010, E. 2010/5522, K. 2010/6495, www.uyap.gov.tr/yargitay (Erişim tarihi: 21.03.2021). Yarg. 13.HD, T. 15.12.2009, E. 2009/6712, K. 2009/14866, www.uyap.gov.tr/Yargitay, (Erişim tarihi: 21.10.2021).

⁴²⁶ CGK, T. 28.03.2017, E. 2015/8-936, K. 2017/190, www.uyap.gov.tr/yargitay, (Erişim tarihi: 21.10.2021).

Kamunun özel malları tanımı için yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece kamunun özel mülkiyetindeki mallar kamu hizmetine özgülenmemiş tahsis edilmemiş olan kamu mallarıdır denilerek, olumsuzluktan hareketle dolaylı bir tespit yapmak mümkündür.⁴²⁷ Doktrinde ise kamunun özel mallarına ait tanımlama yapılırken bazı kıstaslar ortaya konulmuştur. Bunlardan ilki, kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi olan mallarının kamunun özel malları olduğuna ilişkindir. Ancak özel hukuka tabi olma sadece bir sonuç olduğu için bu tanımın belirleyici bir işlevi bulunmamaktadır. İkinci kıstas olarak gelir getiren malların kamunun özel malları sayılması durumudur ancak bununda kriter olarak öne sürülmesi mümkün değildir. Çünkü kamu tüzel kişilerinin kamu hizmetine veya doğrudan ortak yararlanmaya tahsis ettikleri kamu mallarında da gelir elde edilmesi mümkündür.⁴²⁸

Kamu mallarının kamu yararı için kullanılması özelliği, kamu tüzel kişilerinin özel mallarının kamu yararı için kullanılamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim Anayasa mahkemesinin 1986/3 E. 1986/5 K.'da kamunun özel mallarından sağlanan gelirlerin de kamu hizmetlerine dolayısıyla tahsis edilmiş olduğunu belirtmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz doktrinde yer alan görüşleri ele aldığımızda şunu ifade edebiliriz. Kamunun özel malları; Devlet veya bir kamu tüzel kişisinin yani kısaca kamunun mülkiyetinde bulunan fakat kamu hizmetinin yürütülmesine doğrudan doğruya etkisi olmayan mallara denir.⁴²⁹ Bunlara örnek olarak idarenin adına üst hakkı tescil ettiği özel hukuk kişisinin üniversitenin de içinde bulunduğu kamu arazisi üzerinde yapılan sosyal tesisin kamusal mal değil kamunun özel malı olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun gerekçesi de doğrudan doğruya bu hizmetin kamu hizmeti sayılmamasıdır. Yine aynı örnek üzerinden gittiğimizde kiralama yoluyla özel hukuk kişisine devredilen sosyal tesisin işletilmesiyle ilgili bir hukuki uyuşmazlık söz konusu olduğunda uyuşmazlığa TBK hükümlerinin uygulanması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise bu malların tamamen özel mal gibi kabul edilmesi de mümkün değildir. Devletin tasarrufunda olan bu malların özel hukuk kişisine kiralama vb yollarla devredilmesi için idarenin ihale yapma zorunluluğu mevcuttur. Aksi halde taraflar arasında akdedilecek sözleşmenin bir hükmü olmayacaktır.

⁴²⁷ Gülan, **a.g.e.**, s. 30.

⁴²⁸ Gülan, **a.g.e.**, s.31.

⁴²⁹ Arslan, Kahan Onur, **Kamu Malı Niteliğinin Tespiti Ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları**, s. 60. Bkz; <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1670>

Kanaatimce ekonomik olarak değerlendirilebilen, kamu hizmetinin uzantısı olan veya özel bir kanunla kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülebildiği tüm mallar kamunun özel malları kapsamı dahilindedir. Burada ki en önemli kıstas bu malların ekonomik değer taşıyıp taşımadığıdır.

II. KAMU ARAZİLERİ ÜZERİNDE ÜST HAKKI KURULMASINA İLİŞKİN YASAL DAYANAKLAR

İdare hukukunda gerek "devir ve ferağ yasağı ilkesi"⁴³⁰, gerekse zamanaşımı ile iktisap edilemezlik ilkesi kapsamında, kamu malları üzerinde aynı haklar kurulamayacağına ilişkin görüş birliği mevcuttur. Fakat "*ekonomik faaliyetlerin ve finans imkanlarının zorlanması, özel kişilerin kamu hizmetlerinin kuruluşunda ve görülüşünde, büyük bayındırlık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde yer aldığı rol, finansman sağlaması için gösterilmesi gereken karşılık, yapılan yatırımın büyüklüğü, daha uzun süreli ve güvenceli yararlanma talepleri kamu malları üzerinde de aynı haklar kurulabilmesini zorunlu hale getirmiştir.*"⁴³¹ Ayrıca üst hakkının kamu taşınmazları üzerinde tesis edilecek olması, bu malların kamu malı olma özelliğini ortadan kaldırmayacağı gibi, üst hakkının konusunu da sadece inşaatın kendisi oluşturacaktır.⁴³² Bu sebeple de kamu taşınmazları üzerinde üst hakkı tesis edilmesi aşağıda yer vereceğimiz bir takım yasal düzenlemelerle mümkün kılınmıştır.

Günümüzde özellikle toplu konut ve turizm yatırımlarının gerçekleştirilmesi; büyük çaplı diğer inşaat ulaşım ve dağıtım gibi alt yapı projelerinin özel hukuk kişileri tarafından uygulamaya konması olayları hukukçuları, bu meseleyi açıklığa kavuşturmaya yöneltmiş ve nihayetinde mevzuatımızda kamu malları üzerinde irtifak kurulmasına imkân tanınmasına müsait hükümlere ve ihtimallere yer verilmiştir.⁴³³ Bu hükümlere yer vermeden önce bir hususu daha açıklamaya ihtiyaç vardır. Şöyle ki; ekonomik koşulların göz önünde bulundurulması sonucu kamu taşınmazları üzerinde irtifak hakkı tesisinin fayda sağlayacağı düşünüldüğünde kamu yararını tehlikeye maruz bırakmayacak, engellemeyecek, kamu yararına özgülemeyle bağdaşabilir nitelikte olan irtifakların kurulması mümkün olacaktır.

⁴³⁰ Devir ve ferağ yasağı kamu mallarının özel mülkiyete konu olmaması durumudur.

⁴³¹ Gülan, **a.g.e.**, s.135.

⁴³² Akıncı Şahin, **Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı**, s.776, Bkz; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261925>

⁴³³ Gülan, **a.g.e.**, s.137.

Türk Medeni Kanunu'nun madde 999/1 Kaydedilmeyen taşınmazlar başlığı altında "*Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir ayni hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz*" ibarelerine yer verilerek, bu kabil mallar üzerinde de kanunun izin verdiği durumlarda üst hakkı dahil diğer sınırlı ayni haklar kurulabileceğini ortaya koymuştur.⁴³⁴

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 74. maddesinde; "*Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde bu kanun hükümlerine uyularak sınırlı ayni haklar, (üst hakkı dahil) kurulabileceği şu cümlelerle aktarılmıştır. " Tarihi ve bediî değeri olanlar hariç Hazinesin özel mülkiyetindeki yerlerin satışı, kiraya verilmesi, trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi esasları Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir.*

Maliye ve Gümrük Bakanlığı'ndan 16.12.1984 tarih ve 18607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "*Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesis, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliği*" ile temelde dayandığı kanunun işlevine uygun olarak, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmaz mallar ile devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz mallar üzerinde yapılacak işlemler ve bu arada ayni hakların kurulması işlemleri hakkında ihale usulü düzenlenmiştir. (m.1)

2008 yılında çıkarılan 5761 sayılı "Turizmi Teşvik Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun" 8. maddesinde genel olarak hangi kamu arazileri üzerinde, bağımsız ve sürekli irtifak hakları kurulabileceğini ve bunun için gerekli şartları belirtmiş, yapılan planlar ile oluşan parseller, tahsis sözleşmesinde öngörülmüş olmak ve tahsis süresini aşmamak koşuluyla, adına tahsis yapılan ve lehine bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakkı tesis edilen yatırımcı tarafından üçüncü şahıslara kiralanabileceğine, işlettirilebileceğine veya lehine tapuda tesis edilen üst hakkını devredebileceğine yer verilmiştir. Buna göre; kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri ve turizm merkezlerinde Bakanlığın talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan Hazineye ait olan yerler Maliye Bakanlığınca, Kültür ve

⁴³⁴ Ertaş, **a.g.e.**, s.469. Ertaş'a göre, İsviçre'den alınan bu hükmün, Türk hukuk sistemi ile bağdaşa bilirliliği şüphelidir. Çünkü kamu tüzel kişilerinin bu taşınmazlar üzerinde bir malik gibi serbestçe tasarruf etme yetkileri yoktur. Bu konuda anayasal ve kanuni, örneğin ormanlar, kıyılarda olduğu gibi, engeller vardır.

Turizm Bakanlığına tahsis edilir. Hazine mülkiyetinde yeterli alanın bulunmadığı durumlarda orman alanlarının turizm yatırımlarına tahsis edilebilmesi mümkündür.⁴³⁵

Kıyı yatırımlarında en az yüz elli milyon ABD Doları karşılığı TL tutarında yatırım yapmayı ve yatırımın faaliyete geçmesinden itibaren en az iki yüz elli kişiye on yıl süreyle istihdam sağlamayı taahhüt eden yatırımcıya, ilan yapılmaksızın, doğrudan kullanma izni verilebilecek veya irtifak hakkı tesis edilebilecektir.⁴³⁶ Burada da ifade etmek istediğimiz husus, kıyılar orta malı niteliğine ağırlık verilmesi için; sadece yatırımcıdan sağlanacak kazancın ölçüt olmaması yerinde olurdu.

Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesine göre; "*Kamu kurum ve kuruluşlarının ellerinde bulunan tarihi eser niteliğini haiz bina ve müştemilatı, tarihi özelliklerine uygun olarak restore ettirmek ve/veya tarihi özellikleri korunmak ve mülkiyeti ilgili kamu kurum ve kuruluşunda kalmak suretiyle; eğitim, sağlık, kültür ve sosyal amaçlı olmak üzere kamu yararına çalışan dernekler, vakıflar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üniversiteler ile ticarî faaliyetler- de kullanılmak üzere gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine sınırlı ayni hak olarak tesis edilebilir*" ifadelerine yer verilerek tarihi ve kültürel yapılarımız için de yine kamu yararı güdülerek irtifak hakkının tesisi uygun görülmüştür.

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş birliğı Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değışiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında ; "*Bu kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliğı modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürölmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir*"

⁴³⁵ Ertaş Şeref, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018, s.534.

⁴³⁶ Demir Halit, **Hazine Ve Kamu Taşınmazlarının Yatırım Amaçlı Kullanımı**, Maliye Finans Yazıları, C.1, S.85, 2009, s.11. Bkz; <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mfy/issue/16295/170837>

ifadelerine yer verilmiş ve kamu yararı amacıyla bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin ve buna bağlı tüm hizmetlerin daha verimli şekilde işlemesi ve finansal anlamda da devlete yük olmaması amacıyla kamu arazilerinde irtifak hakkının tescili uygun görülmüştür.

Yine aynı kanunun madde 1/2/ö bendinde; Yüklenici ile idare arasında yapılan sözleşme ve eklerinin özel hukuk hükümlerine göre yapıldığını, 4/1. maddesinde ise; taraflar arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir. Tüm bu kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere kamu görevi olan sağlık hizmetleri için yapılacak tesislerin kamu özel işbirliği yöntemi ile hazineye ait taşınmazlar üzerinde özel sektöre üst hakkı tesis edilmesi yoluyla yaptırılması kabul edilmiş, taraflar arasında yapılan sözleşmelerden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkların özel hukuka tabi olacağı belirtilmiştir.

21 Temmuz 2017 tarihli 30130 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olan Kamu Taşınmazları Üzerinde Eğitim Ve Yurt Faaliyetleri İçin Üst Hakkı Tesis Edilmesine İlişkin Yönetmeliğin amaç başlıklı 1. maddesinde ; *"Bu Yönetmeliğin amacı, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflardan öğrencilere yönelik eğitim ve yurt temini faaliyeti bulunanlardan Gençlik ve Spor Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından müştereken belirlenen şartları sağlayanlar lehine, kuruluş amaçlarına uygun olarak kullanılmak üzere mülkiyeti Hazineye veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar üzerinde kırk dokuz yıl süre ile bedelsiz irtifak hakkı tesis edilmesi, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler üzerinde ise bunlar adına bedelsiz kullanma izni verilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir"* denmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere eğitim sektörü için yapılacak tesislerde hazine veya kamu kurumlarına ait taşınmazlar üzerinde üst hakkı kurulmasına imkan verilmiştir.

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 19/8 maddesinde *"İrtifak hakkı, kullanma izni ve kiralamaya ilişkin olarak aşağıdaki uygulamalar yapılır:*

a) Piyasada üretim veya dağıtım faaliyetinde bulunan lisans veya ön lisans sahibi özel hukuk tüzelkişileri, faaliyetleri ile ilgili olarak Hazinesin mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi, kullanma izni verilmesi veya kiralama yapılabilmesi için Kurumdan talepte bulunur. Bu talebin Kurulca uygun görülmesi hâlinde, Maliye Bakanlığı ile ön lisans veya lisans sahibi özel

hukuk tüzel kişileri arasında ön lisans veya lisans süresi ile sınırlı olmak üzere irtifak hakkı tesisi, kullanma izni veya kiralama sözleşmesi düzenlenir. Bu sözleşmelerde, sözleşmenin geçerliliğinin ön lisans veya lisansın geçerlilik süresi ile sınırlı olacağı hükmü yer alır. İrtifak hakkı, kullanma izni veya kiralama bedelini ödeme yükümlülüğü, ön lisans veya lisans sahibi özel hukuk tüzel kişisine aittir." ifadelerine yer verilmiştir. Kanun hükmünde yazılı lisans süresinin 49 yıla kadar uzatılabilmesi mümkün olmaktadır. Bu sebeple aynı süre için kurulan tesisler üzerinde 49 yıla kadar üst hakkı tesis edilebilecektir.

"3465 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişim Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı Ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'unda" özel hukuk sermaye şirketlerinin otoyollarının ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesine ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğü'ne devri düzenlenmektedir. Özel şirketlerinin görevlendirilebileceği konu "erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi" olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda imzalanacak sözleşmeler 49 yıla kadar süreli olarak düzenlenir.

Görevlendirme kapsamındaki işlerin gerçekleştirilmesi için gerekli bütün finansman görevli şirketçe sağlanır ve her türlü harcama görevli şirketçe yapılır. (93/4186 BKK'nın eki Yönetmelik m. 7) Yürütülen proje kapsamında gerekli kamulaştırma işlemleri Karayolları Genel Müdürlüğü'nce ve Genel Müdürlük adına yapılır. Kamulaştırılmış arsa veya arazi ile üzerinde yapılacak tesislerin mülkiyeti Karayolları Genel Müdürlüğü'ne aittir ve Devlet malı hükmündedir. Buna karşılık Ancak, otoyol ve tesislerin yapımı sırasında ve işletme süresinde her türlü hukukî, cezaî ve malî sorumluluk, görevli şirkete aittir. (3465 s. Kanun m. 8, 9) İlgili kanuna göre de otoyollarının yapımında işletilmesinde kamu özel işbirliği kullanılmış ve kullanılmaya da devam etmektedir.

Son olarak geçmişte verilen bazı yargı kararlarındaki ifadelerde hukukumuzda, kamu malları üzerinde sınırlı ayni hakların kurulabileceğine imkân tanınmış olduğunu göstermiştir. Danıştay 3. Dairesinin 1974/109 E. 1974/134 K. sayılı dosyasında Ankara Belediyesine ait Gençlik Parkı içinde bulunan lunapark sahası üzerinde özel kişi lehine intifa tesisine ilişkin istenen görüş üzerine Danıştay, " *Bu maddede (2490 sayılı Artırma, Eksilte ve İhale Kanununun 68. maddesi), belediyelerin mülkiyetinde bulunan*

gayrimenkuller üzerinde intifa hakkı tesis edilip edilemeyeceği hususunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber intifa hakkı, madde de sayılan işlemlerden nitelik itibariyle farklı olmadığı ve özellikle kiralama ile yakınlık ve benzerlik arz ettiği cihetle, belediyelerin kendilerine ait gayrimenkuller üzerinde intifa hakkı tesisine de yetkili olduklarını kabul etmek gerekir" şeklinde görüş açıklamıştır.⁴³⁷

Görüldüğü üzere muhtelif zamanlarda birçok kanun ve yönetmelikle kamu taşınmazları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kabul edilmiştir. Kamu özel işbirliği konusunda özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu sebeple sunulacak kamu hizmetine bağlı olarak hazırlanmış kanun yönetmelik gibi hukuki düzenlemelerden faydalanılmaktadır. Ancak yukarıda belirtmiş olduğumuz kanuni düzenlemelerin dışında kalan daha birçok alanda kamu özel işbirliğinin yapılması mümkündür. Burada önem verilmesi ve dikkatli olunması gereken husus kamu özel işbirliği başlığı altında düzenlenen ve yukarıda tek tek açıklanmış olan hususların ölçümünün taraflarca en doğru şekilde yapılarak hem en iyi hizmetin verilmesini sağlamak hem de özel sektörün kendi adına fayda sağlamasına imkân vermektir.

III. ÜST HAKKI RESMÎ SENEDİ ÖRNEĞİ İNCELEMESİ

Türk Medeni Kanunu m.780 hükmü gereğince üst hakkının kurulabilmesi için, yükümlü taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütüğünde tescil yapılmış olması gerekir. Bu tescilin hukuki sebebi ise taraflarca düzenlenmiş olan üst hakkı sözleşmesidir. Bu kapsamda bir irtifak hakkı olan üst hakkı, tapu memuru veya tapu sicil muhafızı tarafından resmi senet ile kurulmaktadır. Başka bir deyişle, üst hakkı sözleşmesi resmi senet ile düzenlenmektedir. Konuyla ilgili diğer bir hüküm de Tapu Kanununda'dır. Tapu Sicil Tüzüğü 21/1. maddesi “Sözleşme düzenlenmesi gereken işlemlerde resmî senet düzenlenir” hükmünü haizdir.

Kamu Özel İşbirliği kapsamında taraflar arasında akdedilen üst hakkı sözleşmesi yine bu işbirliklerinin düzenlendiği kanunlarda da ayrıca düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak tarafımızca da KÖİ modeli olarak kabul edilen şehir hastaneleri için düzenlenmiş olan 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliği ve eğitim sektörü için düzenlenmiş 652

⁴³⁷ Danıştay 3. Dairesinin 1974/109 E. 1974/134 K. sayılı dosyası, Danıştay Dergisi, s.44-45. Bkz: <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2021-02-24-11-17-1924195.pdf>

sayılı yönetmeliği verebiliriz. Bu yasal düzenlenmelerde bağımsız ve sürekli nitelikte olan bir üst hakkının özel kişi lehine resmi senetle kurulacağı hususu ortaya konmuştur.

Burada değineceğimiz diğer bir husus üst hakkı tesisi KÖİ teriminin çatı kavram olarak değerlendirildiği durumda da üst hakkının tesisini mümkün kılan tüm KÖİ projelerinde uygulanabilecektir. Tezimizin içeriğinde üst hakkı tesisi son yılların KÖİ projeleri olarak değerlendirilen şehir hastaneleri projesi ve KÖİ uygulaması ile ortaya konulacak eğitim sektöründe yapılacak işbirliği kapsamında ele alınacaktır. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki incelememiz üst hakkının kullanıldığı tüm KÖİ projeleri için geçerli olacaktır.

6428 sayılı Kanun'da üst hakkı sözleşmesinin tanımı; "Tesislerin ve ticari hizmet alanlarının Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yaptırılması için, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek şartıyla, bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmesi amacıyla düzenlenecek sözleşme ve eklerini," ifadeleri ile açıklanmış ve uygulama yönetmeliğinin 53. maddesinde de "*Bakanlığın talebi üzerine; a) Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan, b) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup tescili mümkün olan yerlerden, bu Yönetmelik kapsamında üzerinde tesis yapılmasına Bakanlıkça karar verilen ve Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşme süresi boyunca özel amaçlı şirket lehine bedelsiz olarak bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilir.*

(2) 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." denilerek üst hakkının niteliği konusunda tarafımızca hukuki açıdan değerlendirilmesi gereken hususlara yer vermiştir. Bu hükme ilişkin açıklamalar üst hakkının niteliği başlığı altında ayrıca değerlendirilecektir.

Eğitim sektöründe Kamu Özel İşbirliği için düzenlenen 652 sayılı KHK' de ise; üst hakkı sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Bu tanımda ; " Üst hakkı sözleşmesi: Eğitim öğretim tesislerinin Hazineye ait taşınmazlar üzerinde kesin projesinde belirtilen şekilde kiralama karşılığında yaptırılması hâlinde, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak kırk dokuz yıla kadar üst hakkı tesis edilmesi amacıyla düzenlenecek

sözleşme ve eklerini," ifade eder denilerek bedelsiz olduğu ve 49 yıllık bir süre için tesis edileceği bilgilerine yer verilmiştir.

A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Kamu Özel İşbirliği projelerinde proje sözleşmesi ve üst hakkı sözleşmesi tarafları birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin şehir hastaneleri projesinde kamusal hizmetin yürütülmesinde özel sektörden destek alacak kurum Sağlık Bakanlığı olsa da inşa edilecek yapılar Hazine'nin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yapılacağından özel sektör lehine tesis edilecek üst hakkı için imzalanan üst hakkı sözleşmesi Hazine ve Maliye Bakanlığı ile imzalanmaktadır. Bu sebeple, üst hakkı sözleşmesinin tarafları yüklü taşınmaz maliki olarak Maliye Hazine'si, hak lehdarı olarak özel sektördür. Bu yüzden sağlık sektöründeki kamusal hizmetin yürütülmesi amacıyla imzalanan uygulama sözleşmesi ile üst hakkı sözleşmesinin birbiri ile karıştırılmaması gerekmektedir. Üst hakkı sözleşmesi her ne kadar uygulama sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olsa da her iki sözleşmesinin tarafları, şartları ve şekli özellikleri birbirinden farklıdır.

Eğitim sektöründe yapılacak Kamu Özel İşbirliği projelerinde de aynı şey geçerlidir. Her ne kadar sunulacak kamu hizmetinden kaynaklı olarak taraflar arasında akdedilecek uygulama sözleşmesinde taraflar Milli Eğitim Bakanlığı ve özel hukuk kişisi olsa da projeye ait inşaat yapım işine gelindiğinde, bu yapıların kamu taşınmazları üzerinde yapılacağı düşünüldüğünde üst hakkı sözleşmesinde karşı taraf Hazine ve Maliye Bakanlığı olacaktır.

B. SÖZLEŞME BAŞLIĞI VE TANIMI

Üst hakkı sözleşmesi, aynî bir hak tesis ettiğinden dolayı resmi senet ile tapu müdürlüğünce tanzim edilmektedir. Tapu Müdürlüğü'nce düzenlenen belgenin başlığı ile evrakın içeriği belirtildiğinden başlıkta "Resmi Senet" ibaresi yer almaktadır. Başka bir deyişle, üst hakkı sözleşmesinin başlığı, "Resmi Senet"tir. Resmi senet başlığının bir alt kısmında ise, tapu müdürlüğü bilgilerine yer verilmiştir. Gayrimenkulun bulunduğu yere göre tapu müdürlüğü bilgileri değişiklik göstermektedir.

Bu bilgilerin akabinde işlemin tanımına ve işleme konu tapu sicil kaydına ait bilgilere yer verilmiştir. İşlem tanımında Daimi ve müstakil üst hakkı tesisi (malikin talebiyle) kısmı yer almaktadır. Resmi senedin şartlar kısmına geçmeden yazılan son husus ise

anlaşma sağlanan hususun kaleme alınması olmuştur. Anlaşma sağlanan kısım genellikle şu şekilde aktarılmaktadır.

- Taraflarca tapu kütüğü ve elektronik ortamda kayıtları incelenen ve yukarıda özellikleri belirtilen Mahallesi parselin tamamı Maliye Hazinesi adına kayıtlı iken, bu kez adı geçen Maliye Hazinesi adına Milli Emlak Müdürü 30.03.2017 tarih ve 1123 sayılı yazısına istinaden bizzat beyannamasinde gösterildiği şekilde 15.808,58 m2'lik kısmı üzerine lehine resmi senette yazan şartlar dahilinde ve yine resmi senedin devamında bulunan yılı bedelleri baz alınarak devam eden yıllar içinde şartlar bölümünün 6. maddesinde yazan hükümler çerçevesinde hesap edilecek değer ile 19.08.2059 tarihine kadar daimi müstakil nitelikli üst hakkı tesis ettiğini ve SANAYİ VE TİCARET ANONİM ŞİRKETİ 'ne Vekâleten 'de bu üst hakkını aynı şartlarla kabul ettiğini, tarafların geçmiş emlak vergisi borcundan müteselsilen sorumlu olduklarını, yurt içinden tebligat adresi gösterilmesi gerektiğini ve adres değişikliklerinin tapu müdürlüğüne bildirilmemesi halinde Tebligat Kanunu hükümlerine göre hareket edileceğini bilerek işlemin yapılmasını birlikte ifade ve beyan ettiler.

6428 sayılı Kanunun 1. maddesinde kanunun amacı şu ifadelerle açıklanmıştır."

Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir."

TMK'nın 827. maddesinde ise " Üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmî senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır."

Bu hükümlerden yola çıkarak KÖİ’de özel kişi lehine tescil edilecek üst hakkının amacının özel hukuk kişisi tarafından yapılacak veya yenilenecek tesislerin mülkiyet hakkının belirli bir süre için özel hukuk kişisinde kalmasıdır diyebiliriz. Ancak TMK madde 827’de de belirtildiği üzere yapılacak veya kullanıma hazır olan yapının konumu, şekli, niteliği, boyutları, özgülenme amacı, yapı bulunmayan alandan fayda sağlanması, süresi, niteliği, sona ermesi, uyuşmazlık halinde başvurulacak mahkeme gibi tüm hususların resmi senette yer alması gerekmektedir.

Üst hakkına ilişkin hususların taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesinde yer alması 3. kişiler nezdinde bir şey ifade etmeyecektir. Uygulama sözleşmesinde yer alan hususlar sadece tarafları bağlayacaktır fakat üst hakkı, sınırlı bir aynî haktır ve TMK’da yer alan düzenlemeye göre, içerik ve kapsamının herkese karşı ileri sürülebilmesi için geçerlilik koşulları mevcuttur. Yüklü taşınmaz maliki ile hak lehdarı arasında yapılan proje sözleşmesinde TMK 827. maddesinde belirtilen kayıtlar bulunsada bu belirlemeler resmi senette yer almadığında aynî nitelik taşımamaktadır ve herkese karşı ileri sürülememektedir.

TMK 827. maddesine göre resmi senette yer almayan ancak uygulama sözleşmesinde belirtilen özelliklere göre tesisin inşa edileceği hükmü yalnızca Sağlık Bakanlığı ve hak lehdarı arasında ileri sürülebilmektedir. Başka bir deyişle, yüklü taşınmaz maliki Maliye Hazinesi’nin dahi taraf olmadığı Proje Sözleşmesi’nde belirtilen ancak resmi senette yer almayan tesis ile ilgili özellikler aynî bir nitelik taşımamaktadır. Bunun sonucu olarak da üst hakkının devri halinde lehdara karşı ileri sürülememektedir.

Son olarak 6427 sayılı Kanun’un 8. maddesinde: *"Bu Kanuna göre gerçekleştirilecek kamu özel iş birliği projelerinin uygulanacağı yerlerin imar planları, Bakanlığın talep etmesi hâlinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca yapılır, yaptırılır, onaylanır."* Bu hükümde üst hakkı açısından değerlendirilmesi gereken husus imar planlarının değişebilecek olması hususudur. Değişmesi halinde imara açılan yeni yerlerde yapılacak yapılar üzerinde üst hakkı tescilinin mümkün olup olmadığı hususu ile ilgili şunu belirtmek gerekir ki resmi senetin düzenlendiği tarihte imara açık olmayan yerler için üst hakkının tescili mümkün değildir. Sonradan taraflarca imara açılan yerler için üst hakkı tescil edilmesi talep edilirse, mevcuttaki

üst hakkı resmi senedinin terkin edilerek yeni yapıları da kapsayan bir üst hakkı sözleşmesi yapılması gerekir.

C. SÖZLEŞMENİN KONUSU

Yukarıda da değindiğimiz üzere üst hakkı resmi senedi Kamu Özel İşbirliğinde akdedilen uygulama sözleşmesinin ayrılmaz bir parçasıdır ve sektörel bazda hazırlanan yasal düzenlemelerde de üst hakkı sözleşmesinin tanımı ve genel çerçevesi aktarılmaya çalışılmıştır. Bu aktarım yapılırken de bazı hususlarda direktifler verilmiştir. Evet üst hakkı sözleşmesi ilgili yasal düzenlemelerde yer almıştır fakat kanunlarda yer alan tanımlama oldukça yetersizdir. Şüphesiz üst hakkının konusunu, hazinenin özel mülkiyetinde yer alan yüklü taşınmaz oluşturmaktadır. Yüklü taşınmaz hazinenin özel mülkiyetinde olan kamu arazileridir. Yüklü taşınmaz üzerinde mevcut olan şerh, beyan, tahsis ve irtifak hakları da resmi senette belirtilmelidir. Yüklü taşınmaz üzerindeki şerh, beyan ve irtifak haklarının üst hakkının özü ile bağdaşacak nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin, yüklü taşınmazın bir kısmında irtifak hakkının mevcut olması, taşınmazda üst hakkı kurulmasına engel değildir. Ancak mevcut irtifak hakkının yüzölçümü, yüklü taşınmazın hangi kısmında olduğuna ilişkin kroki veya koordinat bilgileri ile beraber üst hakkının kurulduğu resmi senette yer alması gerekmektedir. Zira üst hakkı mevcut irtifak hakkı dışındaki yerlerde kurulabildiğinden, üst hakkının kurulduğu alanın hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi üst hakkının kurulma amacı ile yakından ilgilidir.

D. SÖZLEŞMENİN SÜRESİ, BAŞLAMA VE BİTİŞ TARİHLERİ

6428 sayılı Kanun'da özel kişi lehine kurulan üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu ve en çok 30 yıla kadar kurulabileceği ifade edilmiş 652 sayılı KHK ile yürürlüğe giren yönetmelikte ise özel hukuk kişisi lehine kurulan üst hakkı süresinin 49 yıla kadar olabileceği belirtilmiş fakat bağımsız nitelikte olacağına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu takdirde hak sahibinin istemi üzerine, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak yazılabilmektedir. Bu sebeple üst hakkı resmi senedinde sürekli ve bağımsız nitelikte olup olmadığının belirtilmesi önemlidir. 49 yıllık süre üst hakkının sürekli nitelik kazanması için yeterlidir fakat başkalarına aktarılabilmesi, mirasçılara geçebilmesi gibi konularda kısıtlamalar getirilmişse, bağımsızlık niteliğini kazanması mümkün değildir. Bu sebeple resmi senette bu konuyla ilgili yazılan hükümler önemlidir.

Bu konuyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus, sürenin başlangıcı ve bitişinin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Üst hakkı sınırlı aynî haklardandır ve aynî haklar herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Herkese karşı ileri sürülebilen bir hakkın başlangıç ve bitiş tarihinin de tapu kütüğünden, düzenlenen resmi senetten veya üst hakkının tesisine sebep olan işlemten anlaşılması gerekmektedir.

Sürenin başlangıcı resmi senedin imzalandığı tarihte başlamakta olup sona erme tarihi de resmi senede aktarılmalıdır. Ayrıca üst hakkının süresi de resmi senede eklenebilir. Üst hakkı süresinin başlangıcının taraflar arasında bilinebilecek bir şarta bağlanması mümkün değildir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz üzere üst hakkı sınırlı aynî haklardandır ve üst hakkı süresinin başlangıcı, sona ermesi ve süresine ilişkin uzatılma şartlarının belirsizliği hakkın özüne aykırılık oluşturacaktır.

Son olarak KÖİ’de taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesi ve üst hakkı sözleşmesi birbirlerinin ayrılmaz parçasıdır. Fakat uygulama sözleşmesi ile üst hakkı resmi senedinde süre yönünden farklılık olması halinde üst hakkı resmi senedinde yer alan süre geçerli olacaktır. Çünkü daha öncede açıkladığımız gibi proje sözleşmesi nisbi hak doğuran tarafları bağlayan bir sözleşmedir ve Sağlık Bakanlığı ile özel hukuk kişisini bağlamaktadır. Burada yazılı tüm hükümlerden dolayı taraflar sadece birbirlerine hak ileri sürebilirler fakat üst hakkı resmi senedi aynî bir hakkın varlığına dayanmaktadır ve herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Bu sebeple resmi senette yazılı olan başlangıç ve bitiş sürelerinin belirtilmesi zorunludur.

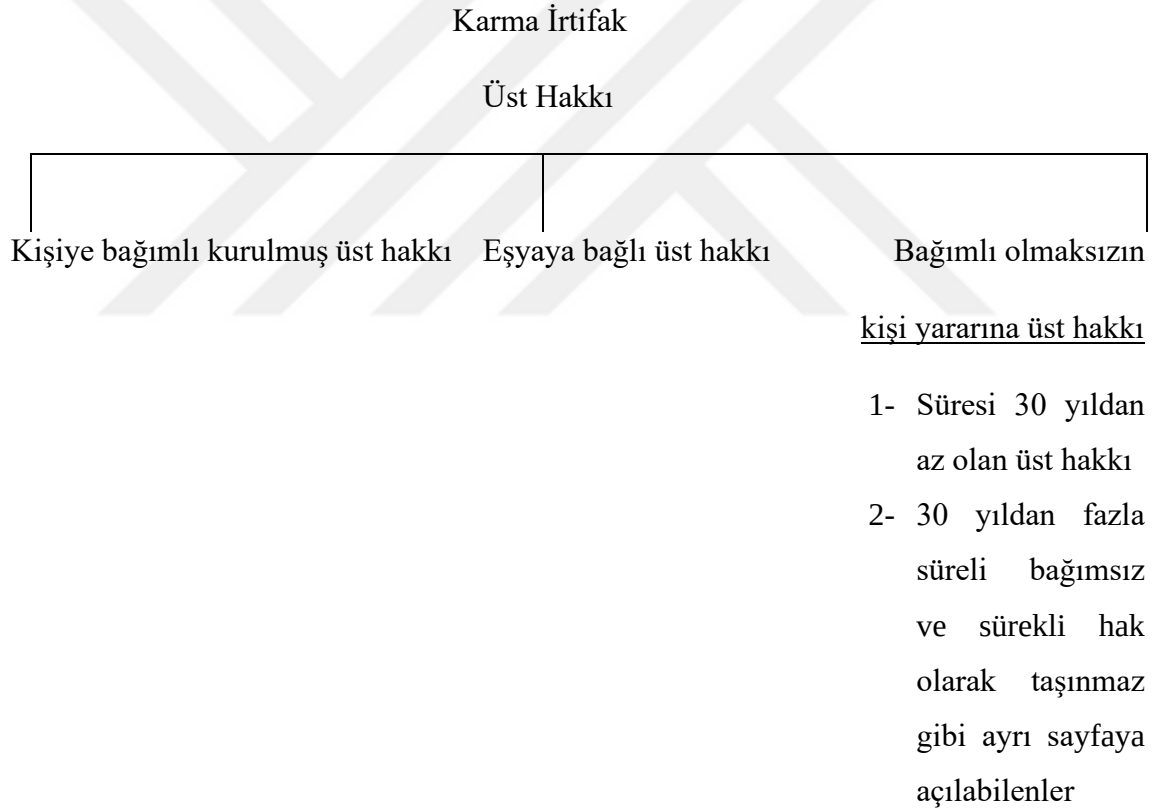
Üst hakkı sözleşmesinin süresinden önce bitmesi durumu aşağıda açıklanacağından burada tekrar aynı şeylere değinmeyeceğiz. Ancak şunu belirtelim ki üst hakkı her ne şekilde sonlansın, sonlandığında tapudan terkin edilecektir. Terkin ise, bir tescilin üzerinin çizilerek etkisiz hale getirilmesi işlemidir. Tasarruf işlemi değildir. Mülkiyet hakkı süreye bağlanamaz ise de sınırlı aynî haklar bağlanabilir ve süre dolunca hak kendiliğinden sona erer.

E. ÜST HAKKININ ÇEŞİDİ

Üst hakkı çeşitleri doktrinde birçok şekilde sınıflandırılmıştır. Hatemi,⁴³⁸ üst hakkının, sınırlı bir aynî hak olduğunu, sözleşmede kararlaştırılarak kişiye bağımlı olarak

⁴³⁸ Hatemi, *Eşya Hukuku* 2020 Eki, s.22.

kurulabileceğini, sözleşmede hüküm olmaması halinde ise kişiye bağlı olmadığını belirtmiş, bir taşınmazın mülkiyetine bağlı olarak, eşyaya bağlı, üst hakkının da kurulabileceğini ifade etmiştir. Akipek ise; devredilebilen üst hakkı başlığı altında, bağımsız ve sürekli üst hakkı, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilen üst hakkı, bağımsız ve sürekli üst hakkı, devredilemeyen üst hakkı başlığı altında ise, taşınmaza bağlı üst hakkı ve karışık kişiye bağlı üst hakkı olarak iki ana başlık altında sınıflandırma yapmayı tercih etmiştir.⁴³⁹ Sirmen; kişi lehine ve eşyaya bağlı üst hakkının kurulabileceğini ifade etmiştir.⁴⁴⁰ Biz Hatemi'nin belirtmiş olduğu şekilde üst hakkını bir tablo şeklinde gösterdikten sonra üst hakkı çeşitleri ile ilgili açıklamalarda bulunup, KÖİ sözleşmeleri kapsamında özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkının çeşidini ortaya koymaya çalışacağız.



⁴³⁹ Akipek Jale, Akıntürk Turgut, Ateş Derya , **Eşya Hukuku**, Ankara, 2018, s. 708-709.

⁴⁴⁰ Sirmen Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara, 2015, s.527.

1. Kişiyeye Bağlı Üst Hakkı

Üst hakkı TMK'ya göre kural olarak kişiyeye bağımlı hak olmasa da bu şekilde de kurulabilen bir sınırlı aynı hak; irtifak hakkıdır.⁴⁴¹ Şahıs lehine kurulan üst hakkı akdi bir kayıt olmadığı müddetçe kural olarak başkasına devredilebilir, mirasçılara intikal edebilir.⁴⁴² Ancak kişi lehine tanınmış üst hakkı taraflar arasında anlaşma sağlanması sonucunda devredilemeyecek ve mirasçılara intikal edemeyecekse, bu durumda üst hakkı bağımsız olma niteliğini kaybederek sıkı sıkıya bağı hak şahıs varlığı (kişi varlığı) hakkı olur. Burada kişiyeye bağı hak terimi kullanılmalıdır.⁴⁴³

Kişiyeye bağı üst hakkı süre ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı hususu doktrinde tartışma konusudur. Türk Medeni Kanunu'nda, bağımsız bir üst hakkının en çok yüz yıl için kurulabileceği düzenlenmiş ancak bağımlı haklar açısından üst sınır niteliğinde bir süre belirlenmemiştir. İsviçre doktrini'nden bir görüşe göre; bazı şahsa bağı üst haklarında yüz yıllık üst zaman sınırının geçerli olması gerekir.⁴⁴⁴ Bu görüş, özellikle tüzel kişiler lehine şahsa bağı olarak kurulan üst haklarında, yüz yıllık süre uygulanmazsa, tüzel kişilik devam ettiği sürece üst hakkı da geçerli olacağından, üzerinde üst hakkı kurulmuş arazi malikinin mülkiyet hakkının anlamsız hale gelebileceğini savunmaktadır.⁴⁴⁵ Diğer bir görüş ise Türk Medeni Kanunu m. 836 hükmünün zıt anlamından sadece bağımsız nitelikteki üst hakkının süre sınırına tabi olduğu ancak Türk Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenmediğinden şahsa bağı olarak kurulan bir üst hakkında böyle bir sınırlamanın söz konusu olamayacağını; süresiz olarak kurulan kişiyeye bağı üst hakkından genellikle arazinin küçük bir kısmını kaplayan benzin istasyonları, satış büfeleri vb. küçük yapılar yararlandığından süre konusunun uygulama açısından önem taşımadığını ileri sürmektedir.⁴⁴⁶

Kanaatimizce burada TMK madde 797 esas alınabilir. Hükümde; "*İntifa hakkı, gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü; tüzel kişilerde kararlaştırılan sürenin dolması, süre kararlaştırılmamışsa kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona erer. Tüzel kişilerin intifa hakkı, en çok yüz yıl devam edebilir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak üst

⁴⁴¹ Gürzumar, **a.g.e.**, s.36.

⁴⁴² Hatemi Ek, **a.g.e.**, s.22, Gürzumar, **a.g.e.**, s.37.

⁴⁴³ Hatemi Hüseyin, **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, 2020, s.150.

⁴⁴⁴ Gürzumar, **a.g.e.**, s.52.

⁴⁴⁵ Gürzumar, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁴⁶ Gürzumar, **a.g.e.**, s.53.

hakkında da tüzel kişiler için bu yüz yıllık süre göz önünde tutulmalı ve bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olmayan üst hakkı da en çok yüz yıl için kurulmalıdır.

2. Eşyaya Bağlı Üst Hakkı

Bir hakkın, sahibi ile arasındaki bağ bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkına bağımlı kuruluyorsa bu hak eşyaya bağımlı bir haktır. Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına göre eşyaya bağlı irtifak hakkı ancak taşınmaz üzerinde ve taşınmaz mülkiyetine bağlanmak üzere kurulabilir. Daha somut bir ifade ile eğer katlanan taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sahibi olan, yararlanan taşınmazın devri halinde yeni malik olacak ise, eşyaya bağımlı hak söz konusu olacaktır. Katlanan taşınmazın mülkiyeti devredilirse, katlanma yükü de yeni malike geçecektir. Hak da külfet de eşyaya bağımlıdır.

Eşyaya bağlı irtifak hakkı TMK madde 779'da düzenlenmiştir. İlgili maddeden çıkan sonuca göre; eşyaya bağlı irtifak hakkı, bir taşınmaza başka bir taşınmazın maliki lehine yüklenen öyle bir külfettir ki bu külfetle yüklü olan taşınmazın maliki, bu taşınmaz üzerinde doğan mülkiyet hakkından doğan bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınmak veya bu taşınmaza irtifak hakkı sahibi tarafından kullanma ve yararlanma amacıyla yapılacak olan bazı müdahalelere katlanmak zorunda kılacaktır.⁴⁴⁷

Eşyaya bağlı üst hakkının bağımsızlığı konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Doktrindeki ağırlıklı görüş bağımsız olmadığı yönünde ise de eşyaya bağlı üst hakkının da bağımsız olabileceği görüşü de mevcuttur.⁴⁴⁸ Bu görüşe göre; "yararlanan taşınmazın devri halinde üst hakkı da mecburen devredilmiş olacağından, eşyaya bağlı üst hakkının başkasına devredilmesi engellenemez." Eşyaya bağlı üst hakkının başkasına devredilmesinin engellenemeyeceği doğru olmakla birlikte, burada bağımsızlık özelliği saptanırken göz önünde bulundurulması gereken husus, üst hakkının yararlanan taşınmazla birlikte her zaman devredilebilir olması değil, bu taşınmazdan ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği olmalıdır. Nitekim üst hakkı eşyaya bağlı olarak kurulduğu zaman, yüklü taşınmaz üzerinde yapı inşa etme yetkisi ve yapının mülkiyeti yararlanan taşınmazın malikine aittir. Yararlanan taşınmaz devredilirse, yüklü taşınmazdan yararlanma hakkı da taşınmazla birlikte yeni malike devredilmiş olur. Bu sebeple, eşyaya bağlı üst hakkı yararlanan taşınmazın mülkiyetinden ayrı bir mülkiyete ve onun

⁴⁴⁷ Tereci, Hayal, **Üst Hakkı**, Terazi Hukuk Dergisi, İstanbul, C.6, S.58, 2011, s.40-48.

⁴⁴⁸ Ertaş, Şeref, **Eşya Hukuku**, İzmir, 2011, s.504.

kaderinden bağımsız bir tasarruf işlemine konu olamaz. Bu haktan yararlanan taşınmaz rehnedilirse üst hakkı da rehnin kapsamına girer."⁴⁴⁹

Doktrinde ki ağırlıklı görüş yukarıda da belirttiğimiz üzere üst hakkının eşyaya bağımlı olarak kurulması sonucunda bu hakkın bağımsızlığının tamamen ortadan kalktığını ifade etmektedir. Bu hak yararlanan taşınmazın mülkiyetinden bağımsız olarak devredilemez ve rehin edilemez. Taşınmaz mülkiyetinin başkasına geçmesiyle el değiştirir. Yararlanan taşınmazın taksim edilmesi halinde ise kural olarak taksim sonucu ortaya çıkan her bir parça için rehine devam eder.⁴⁵⁰

3. Bağımsız Ve Sürekli Üst Hakkı

Bir irtifak hakkının bağımsız olması demek, öncelikle belirli bir taşınmaz veya şahsa sıkı sıkıya bağlı olarak kurulmamış olması demektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu hak sürekli ve müstakil nitelik taşımıyorsa, üst hakkının tesisi sırasında izinsiz devredilemeyeceği, mirasçılara intikal edemeyeceği, üzerinde aynı hak tesis edilemeyeceğine veya bu tür tasarrufların izinli olarak yapılabileceğine karar verilmişse bu hak bağımlı bir hak olarak karşımıza çıkacaktır.

Burada belirtilen hakkın sürekli nitelikte olması 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 826'nın son fıkrasında yer alan taraflar arasında en az otuz yıl için kurulan üst hakkı ilişkisi sürekli niteliktedir. Bu nitelikteki bir üst hakkı en çok yüz yıl için kurulabilir (MK m. 836). Üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte olmak kaydı ile hak sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir ifadeleriyle açıklanmaktadır.⁴⁵¹

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu bağımsız ve sürekli olma şartını birlikte aramaktadır. Bu nedenle 30 yıldan az süreli bir üst hakkının, bağımsız ve sürekli olarak tapu sicilinin ayrı bir sayfasına tescili mümkün olmadığı gibi 30 yıldan uzun süreli olmasına rağmen mirasçılara veya 3. şahıslara devrinin mümkün olmaması, üzerinde herhangi bir aynı hak tesis edilememesi veya bunların tümünün izne tabi tutulması üst hakkının bağımsız nitelik kazanmasını engelleyecek ve tapu sicilinde ayrı

⁴⁴⁹ Ergüne, Mehmet Serkan, **Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 1, 2008, s.284. Bkz; <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9063/113026> Erişim Tarihi; 10.12.2021.

⁴⁵⁰ Tereci, a.g.e., s.44.

⁴⁵¹ Ergüne, a.g.e., s.276.

bir sayfaya tescil işleminin yapılması mümkün olmayacaktır.⁴⁵² Bu tür hak tesisi talepleri Tapu Sicil Tüzüğü'nün 30. maddesinde gösterildiği şekilde irtifak hakları sütununa tescil edilecektir. Ancak bunun için tapu sicil müdürlüğünde resmi senet düzenlenmiş olması gerekir; çünkü tescil sebebe bağlı bir işlemdir.⁴⁵³

Üst hakkının bağımsız ve sürekli olması durumunda taşınmaz olarak tapu sicilinin ayrı bir sayfasına kaydedilmesi onun bir taşınmaz gibi işlem görmesini sağlamaktadır.⁴⁵⁴ Bu sayede üst hakkı taşınmaz gibi el değiştirebilmekte üst hakkı sahibi de kolaylıkla kredi temin edebilmektedir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 15.06.2010 tarih ve 2010/12 sayılı Genelgesinin (G) maddesinde de ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı üzerinde taşınmazlara özgü tasarruf işlemlerinin yapılabileceği vurgulanmaktadır. İlgili düzenlemeye göre;" *Bağımsız ve sürekli niteliğe haiz üst hakkı, taşınmaz olarak sayıldığı ve ayrı bir sayfaya tescil edildiğinden bunların devir-temlik, mirasçılara intikali ve üzerinde her türlü ayni veya kişisel hak tesisi mümkün olduğu gibi kat irtifakı veya kat mülkiyeti ve yeni bir üst hakkı tesisi de mümkündür*".

Ayrıca bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkının tapu siciline taşınmaz olarak kaydı zorunlu değildir. TMK madde 751/3'te '*üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte ise, üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebilir*.' denilerek bu konuda istemde bulunulması hak sahibinin iradesine bırakılmıştır.

4. KÖİ Uygulamalarında Özel Hukuk Kişisi Lehine Tesis Edilen Üst Hakkı

KÖİ kavramını çatı kavram olarak değerlendirdiğimizde en çok kullanılan "*Yap İşlet Devret*", "*Yap Kirala Devret*" gibi modellerde üst hakkına sıklıkla başvurulmaktadır. Biz yine bu incelemeyi yaparken "*Yap Kirala Devret*" olarak isimlendirilen KÖİ uygulamalarından yola çıkacağız. Bunlardan ilki son dönemde oldukça fazla konuşulan ve Yap Kirala Devret modeli ile uygulamaya konulmuş şehir hastaneleri projesidir. 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliği ile düzenlenmiş olan şehir hastaneleri projesinde idare tarafından, özel hukuk kişinin kamu arazileri üzerinde eser meydana getirmesi ve

⁴⁵² Bkz. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 15.06.2010 tarih ve 2010/12 sayılı genelgesinin (A) maddesindeki açıklamalar.

⁴⁵³ Tereci, **a.g.e.**, s.45.

⁴⁵⁴ Turgut, Pinar, **Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimi Sorunu Çerçevesinde İntifa, Oturma ve Üst Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilere Alternatif Olup Olmayacağı Sorunu**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, S.1, s.371-390.

projenin bazı bölümlerini işletmesi amacıyla özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis edilmiştir.

Şehir hastanelerinin yapımının hukuki alt yapısını oluşturabilmek için düzenlenen 6428 sayılı kanununun 1/u maddesinde; "*Özel hukuk kişisi lehine tescil edilecek üst hakkının sürekli ve bağımsız nitelikte olacağı ve otuz yıl için kurulacağı*" belirtilmiştir. Bu bilgilerden anlaşılacağı üzere üst hakkı tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilebilecektir. Konuyla ilgili kanun hükümlerine değinmeden önce şu hususu yinelemek isteriz ki; bir irtifak hakkının bağımsız olması için, öncelikle belirli bir taşınmaz veya kişiye bağlı olarak kurulmamış olması, hakkın tesisi sırasında izinsiz devredilemeyeceği, mirasçılara intikal edemeyeceği, üzerinde aynı hak tesis edilemeyeceği veya bu tür tasarrufların izinli olarak yapılabileceğine karar verilmemiş olması gerekir. Aksi halde bu hak bağımlı bir hak olarak karşımıza çıkacaktır.

Konuyla ilgili olarak 6428 sayılı Uygulama Yönetmeliğinin 60. maddesinde; "*Yüklenicinin, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve ihale dokümanında belirlenen yeterlik şartlarına sahip başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişilere idarenin onayı ile devredebileceği, üst hakkı sözleşmesinin de devralan kişi adına ayrıca devredileceği*" belirtilerek aslında bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı düzenlenen üst hakkının devri hususunda idarenin onayı aranarak çelişki yaratılmıştır.

Bu konuyla ilgili söz konusu çelişkiyi ortadan kaldırmak adına öncelikle ilgili yasal hükümleri ele alarak genel hüküm özel hüküm ayrımına gidilip gidilemeyeceği, gidilebildiği takdirde ise; özel hükümlerin her şartta genel hükümleri bertaraf edip edemeyeceği sorusunun cevabını aramalıyız.

Her durumda özel hükmün genel hükmü bertaraf etmesi mümkün olmayacaktır. Ancak kanun koyucunun bir özel hüküm ortaya koyarken bunun kapsamına giren olaylara artık genel hükmün uygulanmayıp münhasıran özel hükmün uygulanmasını, özel hükmün genel hükmü bertaraf edici nitelikte olmasını arzu ve irade etmiş olması ve genel hükmün kıyasen de olsa uygulanması özel hükümle güdülen amacı engellemesi durumunda özel hükmün, genel hükmün uygulanmasını bertaraf edebileceğini ifade edilebiliriz.⁴⁵⁵

⁴⁵⁵ Çağa, Tahir, "**Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?**" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, Bkz; <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19913-1003>

KÖİ açısından bu konuyu değerlendirdiğimizde ise TMK’ da düzenlenmiş olan, bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkının devrinin onaya tabi tutulması bu hakkın bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırır mı sorusunun cevabını açıklamamız gerekir. Bu sorunun cevabını iki başlık altında ele alabiliriz. Birincisi durumun sözleşme tarafları açısından değerlendirilmesi ikincisi ise üçüncü şahıslar açısından değerlendirilmesidir.

Taraflar açısından değerlendirdiğimizde KÖİ projesi için düzenlenmiş 6428 sayılı kanunun uygulama yönetmeliğinde belirtilen üst hakkı sözleşmesinin devrinin idarenin onayına tabi tutulması kuralının genel hüküm özel hüküm ayrımına gidilerek çözülmesi mümkün değildir. Bunun ilk sebebi devrin onaya tabi tutulmasına ilişkin düzenlemenin 6428 sayılı kanunda değil bu kanun esas alınarak yapılmış uygulama yönetmeliğinde yer almasıdır. Devrin onaya tabi tutulması durumu 6428 sayılı kanunda düzenlenmiş olması halinde, bu kuralın bir düzen kuralı olarak kabul edilmesi mümkün olabilir. Zorlama bir yorumla; yönetmelik kuralını özel kanun kuralına dayandırabilirsek, bu kural yine ancak düzen kuralı olur. Tapu memuru bu düzen kuralından dolayı onaysız işlem yapmamalıdır. Ne var ki onay aramadan tescili yaparsa da devir kesin hükümsüz veya askıda hükümsüz sayılmayacaktır.

Üçüncü şahıslar açısından durumu değerlendirdiğimiz de ise devrin onaya tabi tutulduğu hükmün 6428 sayılı kanuna ilişkin çıkarılmış uygulama yönetmeliğinde olması sebebiyle yukarıda ifade ettiğimiz hususlar burada da geçerli olacaktır. Ancak ileride yapılacak projeler ve bu projelere ilişkin hazırlanacak yasal düzenlemeler için bir görüş olması amacıyla bazı hususları izah edebiliriz:

Üst hakkının devrinin idarenin onayına tabi tutulması kuralının 6428 sayılı kanunda düzenlenmiş olması halinde veya yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere zorlama bir yorumla bu yönetmelik kuralını özel kanun kuralına dayandırabilmemiz durumunda bu kuralın bir düzen kuralı olduğunu kabul edebiliriz. Tapu memuru bu düzen kuralına dayanarak devri reddedebilir. Fakat reddetmeyebilir bu halde TMK hükümlerine göre, iyi niyetli üçüncü kişinin malik olacağını ifade edebiliriz. Çünkü TMK hükümleri açıktır.

TMK madde 1023’te de "*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*" hükmüne yer verilerek taşınmazlardaki iyi niyetin Tapu Kütüğü’ndeki tescilin (yolsuz) olduğunu bilmemeye

ilişkin olması halinde iyi niyetli üçüncü kişinin iyi niyeti korunarak derhal iktisabın mümkün olduğu ifade edilmiştir.⁴⁵⁶

Sonuç olarak KÖİ uygulamalarıyla hayata geçirilmiş olan şehir hastaneleri projesi için sözleşme tarafları açısından durumu değerlendirdiğimiz de bu düzenlemenin gerek 6428 sayılı kanunda yer alması gerekse zorlama bir yorumla uygulama yönetmeliğinin özel kanuna dayandırılması halinde bu kuralın bir düzen kuralı olduğu ifade edilebilir. Fakat kanaatimizce uygulama yönetmeliği ile konulmuş bu kuralı düzen kuralı olarak düşünmek çok zordur. Bu sebeple üst hakkının devri konusu ile ilgili 6428 sayılı uygulama yönetmeliğine değil TMK hükümlerine başvurmalıyız.

Üçüncü kişiler nezdinde değerlendirdiğimizde ise iyi niyetli üçüncü kişilerin üst hakkını devir almasıyla birlikte bu kazanımının korunması gerektiğini düşünüyoruz. Bu konu aşağıdaki bölümlerde üst hakkının devri başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

F. ÜST HAKKI BEDELİ

Taşınmaz maliki üst hakkını karşılıksız olarak tesis edebileceği gibi, bu hakkı, kendisine belli bir ivazın verilmesi karşılığında da kurabilir.⁴⁵⁷ Bu bakımdan, üst hakkı tesisi karşılığında taşınmaz malikine ödenmesi kararlaştırılan bedel, üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin objektif açıdan esaslı bir unsurunu oluşturmaz.⁴⁵⁸ Bazı yargıtay kararlarında da üst hakkı sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız yapılmasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği ortaya konulmuştur. TMK madde 834; "*Arazi malikinin, üst hakkı karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılan edimleri güvence altına almak amacıyla, o tarihteki üst hakkı sahibinden en çok üç yıllık irat için tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkının ipotek edilmesini isteyebilir.*" İfadelerine yer verilmiştir.

Bedel konusu KÖİ'ne referans olan 6428 Sayılı Uygulama Yönetmeliğinin 53. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde şu şekilde açıklanmıştır. "*Bakanlığın talebi üzerine; a) Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan) Devletin hüküm ve tasarrufu altında*

⁴⁵⁶ Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, s.192.

⁴⁵⁷ Sirmen, **a.g.e.**, s.531.

⁴⁵⁸ Üst hakkını kuran irtifak sözleşmesinin şekil bakımından geçerli sayılması için resmî şekil şartına uyulması, diğer bir deyişle sözleşmenin resmî memur (tapu sicil müdürü) tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bkz. Yarg. 14. HD, 26.6.2007 tarih ve 7364/8384 sayılı kararı (Bkz. <http://www.kazanci.com> (Erişim tarihi: 08.08.2021)).

bulunup tescili mümkün olan yerlerden, bu Yönetmelik kapsamında üzerinde tesis yapılmasına Bakanlıkça karar verilen ve Maliye Bakanlığınca da uygun görülenler üzerinde, yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşme süresi boyunca özel amaçlı şirket lehine bedelsiz olarak bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilir." Hükümden de anlaşılabacağı üzere konuya ilişkin yönetmelik hükmü üst hakkının bedelsiz olarak tescil edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

G. ÜST HAKKI RESMİ SENEDİNİN İÇERİĞİ

Üst hakkı resmi senedinde düzenlenecek hususlar TMK ve "Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı" 15.06.2010 tarih, 1075 sayı ve Üst Hakkı Konulu 2010/12 Genelgesi'nde belirtilmiştir. Resmi senedin içeriğinde olmayan hiçbir husus için taraflar arasında imzalanmış olan diğer sözleşmelere atıf yapılması veya sözleşmeler arasında çelişkili hükümler olması durumunda resmi senedin dışındaki sözleşme hükümlerinin daha üstün görülmesi mümkün değildir.

Ayrıca resmi şekilde düzenlenmiş sözleşmelerin diğer muhtelif sözleşmelerden daha üstün olduğu aşîkârdır. Resmi senette belli bir konuda hüküm olmaması durumunda TMK hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Aksi TMK'ya aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak üst hakkına ilişkin çıkacak uyuşmazlık durumunda Kamu Özel İşbirliği kapsamında düzenlenen uygulama sözleşmesinde yer alan hükümlere başvurulması mümkün değildir. Üst hakkına ilişkin çıkacak uyuşmazlıkta öncelikle remi senet hükümlerinde daha sonra ise TMK hükümlerine başvurulabilir.

H. KAMU TAŞINMAZLARI ÜZERİNDE KURULAN ÜST HAKKININ DEVRİ

KÖİ projeleri kapsamında üst hakkı devri iki bölümde incelenecektir. İlk aşamada idarenin, süresinden önce özel hukuk kişisinden üst hakkının devredilmesini istemesi durumu ikinci aşamada ise özel hukuk kişinin üst hakkını üçüncü kişiye devretmesi.

1. Üst Hakkını Devrini İsteme Hakkı

Üst hakkının devrinin talep edilmesi hali eski TMK madde 751/e bendinde üst hakkı sahibinin üst hakkından doğan yetkilerini ağır şekilde aşmış veya sözleşmeden doğan borçlarını önemli ölçüde ihlal etmiş olmasından dolayı mümkün olurken bu durum mevcut TMK'da iki ayrı hükümde incelenmiştir. TMK madde 831'de üst hakkı sahibinin, bu haktan doğan haklarının sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması durumunda arazi malikinin, üst

hakkının ona bağı bütün hak ve yükümlölükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebileceğini belirtilerek eski TMK madde 751/e bendi ile benzer ifadeleri içerirken madde 832’de böyle bir gerekçelendirmeye gidilmeden arazi malikinin her zaman üst hakkının devrini isteyebileceğini ancak kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemesi gerektiğı hususu belirtilmiş ve üst hakkı sahibinin kusuru, bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önüne alınabileceğı ifade edilmiştir.

Doktrinde TMK madde 832 ile ilgili hükmün devir borcunun doğumunun değil ifasının talep edilmesinin bir bedele tabi tutulmuş olduğuna ilişkin bir hüküm olduğu ifade edilmektedir.⁴⁵⁹ Biz de bu görüşe katılmaktayız. TMK madde 831’de devir hakkının doğumu şartları, TMK 832’de doğan hakkın kullanılması şartları düzenlenmiştir. Bu sebeple üst hakkının devrini isteme hususunda eski TMK hükmü ile mevcut TMK hükmünün benzer nitelik taşıdığını ifade edebiliriz. TMK madde 831 ile yüklü taşınmaz malikinin üst hakkının devrini isteme hakkı ağır koşullara bağlanmış ve bu koşulların gerçekleşmemesi halinde üst hakkının devrini talep etme hakkının olmayacağı açıkça ortaya koyulmuştur. Ayrıca "üst hakkının kendine devrini isteme hakkının, bozucu yenilik doğuran bir alım(iştir) hakkı olduğunu da belirtmemiz gerekir."⁴⁶⁰

TMK madde 831’de yer alan şartların neler olabileceğine ilişkin bazı tespitlerimiz de mevcuttur. Öncelikle konuyu TBK açısından ele alacak olursak; TBK’da borçlu, borcu hiç ya da gereğı gibi ifa etmemesine bağı olarak her türlü kusurundan (hafif ihmal da dâhil olmak üzere) sorumlu iken; üst hakkının devri hususunda üst hakkı ilişkisinin süresi sebebiyle buradaki ilişki sürekli ilişki olduğu için kirada olduğu gibi, burada da haklı (önemli) bir sebep aranmaktadır.

TMK madde 831 hükmü açısından konuyu ele aldığımızda ise; Hükümde yer alan “veya” ifadesi sebebiyle iki süresinden önce devir talebi sebebinden birinin gerçekleşmesi yeterli olacaktır. Örneğın, geniş bir arazi üzerinde kurulu yapıya dayalı üst hakkı sahibi, üzerinde yapı bulunmayan alandan yararlanması halinde yetkisinin sınırını aşacaktır. Bu durumda yapı malikinin devir talebi haklı olacaktır. Bir diğ er durum özellikle KÖİ uygulamalarında üst hakkı bedeli tespit edilmesi halinde bu bedelin zamanında ödenmemesi durumunda da üst hakkı devri talebi mümkün olabilecektir.⁴⁶¹ Bu konuyla

⁴⁵⁹ Sirmen, **a.g.e.**, s. 530.

⁴⁶⁰ Hatemi, **Eşya Hukuku 2020 Eki**, **a.g.e.**, s.22.

⁴⁶¹ Demirsatan, Barış, **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, 2016, s. 90.

ilgili bir diğer örnek ise üst hakkını kredi teminatı olarak göstermiş olan üst hakkı sahibi kredisini ödeyememesi halinde idare TMK madde 832'e dayanarak üst hakkının kendi üstüne devrini isteme hakkına sahip olabilecektir.

Bazı durumlarda tarafların arasındaki ticari ilişkiden kaynaklı üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesine rağmen arazi malikinin kendisine geçecek mallar için herhangi bir bedel ödemediğini ve üst hakkı sahibinin de talep etmediğini görebiliriz. Bu durumda kendi lehine üst hakkı tesis edilmiş ve süresi dolmadan sona erdirilmiş taraf, zamanaşımı süresi içerisinde bu talebinin karşılanmasını isteyebileceğini ifade edebiliriz. Üst hakkından feragat etmiş olan üst hakkı sahibi meydana getirmiş olduğu eserlerin bedelinden de feragat etmiş sayılmamaktadır. Zamanaşımı süresinin dolması ile birlikte herhangi bir talepte bulunamayacak olan taraf burada sözleşmeden doğan alacaklarda olan zamanaşımına tabi olacaktır. Sözleşmeden doğan alacaklarda zamanaşımı süresi 10 yıldır.

Sonuç olarak KÖİ modellerinde taraflar arasında akdedilen üst hakkı sözleşmesinin süresinden önce devrinin talep edilmesi TMK madde 831'de yer alan belli şartlara tabi tutulmuştur

Üst Hakkının Üçüncü Kişiye Devredilmesi

Üst hakkı, belirli bir süre için kurulan bir haktır. Bu sürenin azami sınırı 100 yıl⁴⁶² iken, 30 yıl ve üzeri süreyle düzenlenen üst hakkı sürekli niteliktedir. Üst hakkının çeşidi⁴⁶³ başlığı altında da belirttiğimiz üzere bağımsız nitelikli olan üst hakkı, aksi belirtilmedikçe, devredilebilir ve mirasçılara geçebilir. Ancak hemen belirtelimki, üst hakkının devredilemeyeceğini veya mirasçılara geçmeyeceğini kararlaştırmak da mümkündür. Devir veya mirasçılara geçişin yasaklanması durumunda, hakkın bağımsız niteliği ortadan kalkmış olacağından, artık taşınmaz olarak işlem görebilecek bir haktan söz edilemeyecektir. Görülüyor ki üst hakkının bağımsızlıkları mutlak değildir. Aksinin kararlaştırılması mümkündür. Aksi açıkça öngörülmemiş ise, aslolan devredilebilirlik ve mirasçılara geçiştir.⁴⁶⁴

⁴⁶² Hatemi, **a.g.e.**, s.22.

⁴⁶³Bkz: Üst hakkının çeşidi başlıklı bölüm.

⁴⁶⁴ Kuntalp, Erden, **Bağımsız Ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak Görünmesi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991, s.535-538.

Bu başlık altında üst hakkının devri iki farklı açıdan ele alınarak incelenecektir. Bunlardan ilki bağımsız ve sürekli nitelikte olmasına rağmen ayrı bir sayfaya yazılmayan üst hakkının devrinin nasıl yapılacağı ikincisi ise bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkının devrinin onaya tabi tutulduğu KÖİ projelerinde, üst hakkının üçüncü kişilere devri için aranan onayın hukuken mümkün olup olmadığı ve uygulamada ki karşılığının ne olacağıdır.

"Bağımsız olmakla beraber süreklilik unsurunun eksikliği yüzünden tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilemeyen yahut bağımsız ve sürekli olmasına rağmen kendisine ayrı sayfa açılmamış olan üst hakkının, tasarruf işlemlerine konu olup olamayacağı öğretide tartışmalıdır."⁴⁶⁵ Bu hususlarla ilgili TMK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olarak İsviçre'de yaygın olan fakat ülkemizde ki hâkim görüş tarafından reddedilen bu görüşe göre bağımsız üst hakları alacağın devri hükümlerine göre yapılan bir yazılı devir sözleşmesi ile devredilirler.⁴⁶⁶ Bu hükme paralel olarak sürekli olup olmamasına bakılmaksızın bağımsız üst haklarının rehninin de adi yazılı şekil şartına uyan bir anlaşma ile kurulabilmesi mümkün olacaktır.⁴⁶⁷ Bir diğer görüş: "Taşınmaz gibi işlem görmeyen üst hakkı üzerinde, bağımsız niteliği haiz olsa dahi, tasarruf etmek mümkün değildir. Bunun sebebi tapu kütüğünde taşınmaz olarak kayıtlı olmayan üst hakkı üzerinde yapılacak tasarruf işlemleri, tapu sicili sistemimizin işleyiş biçimine uymamasından kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, sadece yüklü taşınmazın sayfasında yazılı olan üst hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerine yönelik olarak tescillerin yapılabileceği herhangi bir sütun tapu kütüğünde bulunmamaktadır; yüklü taşınmazın sayfasında sadece o taşınmazı doğrudan doğruya kısıtlayan aynî haklar için ayrı sütun yer almaktadır."⁴⁶⁸ Bu görüşe göre; üst hakkı tapu kütüğüne ayrı bir taşınmaz olarak kaydedildiği zaman tasarruf işlemlerine konu olabilecektir.

Aynî haklara hâkim olan aleniyet ilkesinden hareket eden bir başka görüşe göre ise, ayrı bir sayfaya yazılmamış olan üst hakkının devri hususunda kanunda boşluk vardır. Bu boşluk, TMK madde 780⁴⁶⁹ esas alınarak kapatılmalıdır. TMK.m.780/f.II'de sözü geçen

⁴⁶⁵ Ergüne, **a.g.e.**, s.285.

⁴⁶⁶ Gürzumar, **a.g.e.**, s.40.

⁴⁶⁷ Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, **Sınırlı Aynî Haklar**, İstanbul, 1982, s. 170. Gürzumar, **a.g.e.**, s.41.

⁴⁶⁸ Zahit, İmre, **Yeraltı Suları ve Hukukî Durumları**, İstanbul 1951, s. 77., Ergüne, **a.g.e.**, s.285.

⁴⁶⁹ *TMK madde 780; "İrtifak hakkının kurulması için tapu kütüğüne tescil şarttır. İrtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır. İrtifak hakkının zamanaşımı yoluyla kazanılması, ancak mülkiyeti bu yolla elde edilebilecek taşınmazlarda mümkündür."*

“kazanma” terimi irtifak hakkının hem kurulmasını hem de devrini içine alır. Ayrıca üst hakkına dayanılarak inşa edilen yapının taşınmaz niteliğinde olması nedeniyle, üst hakkı niteliği itibarıyla alacak hakkindan ziyade taşınmaz mülkiyetine benzemektedir. Dolayısıyla tapu kütüğünde taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya yazılmamış bağımsız üst hakkının devredilebilmesi için, resmî şekle tâbi sözleşmeyi takiben tapuda devralan lehine tescil yapılmalıdır. Yüklü taşınmazın sayfasındaki irtifaklar sütununda yapılacak tescil, irtifakı devredenın adının çizilmesi ve altına kazananın adının yazılması suretiyle gerçekleştirilmelidir.⁴⁷⁰

Kanaatimizce İsviçre’de baskın olan ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş üst hakkının devrinin adi yazılı şekilde yapılabilmesinin mümkün olduğu görüşün Türk Hukuku’nda geçerli olması mümkün değildir. Bunun sebebi aynı hak devrinin asla adi yazılı şekilde yapılamayacak olmasından kaynaklanmaktadır.

İkinci görüş olarak paylaştığımız tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş olan üst hakkının devrinin mümkün olmadığı görüşünün ise ne TMK hükümlerince ne de tarafımızca kabulü mümkün değildir. Bunun sebebi üst hakkının sürekli ve bağımsız nitelikte olması koşulu ile devrinin ve mirasçılara geçişinin mümkün olduğunu düzenleyen hükümde hakkın tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilmesi veya kaydedilmemesi ile ilgili bir ayrıma gidilmemiş olmasıdır. Ayrıca TMK madde 780 hükmünde irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple bu hükmü de gözönünde bulundurarak üst hakkının ayrı bir sayfaya kaydedilmemesi halinde dahi devrinin mümkün olduğunu ifade edebiliriz.

Son olarak aynı haklara hakim olan aleniyet ilkesinden hareket eden ayrı bir sayfaya yazılmayan üst hakkının devrinin mümkün olduğu ve irtifaklar sütununda yer alan ismin üstünün çizilerek altına kazananın adının yazılması yoluyla bu problemin çözümlenebileceği görüşünün doğru olduğunu düşünmekle beraber eksik olduğunu ifade etmek isteriz.

Kanaatimizce burada izlenmesi gereken yol iki aşamalıdır. Öncelikle yukarıda ikinci görüş olarak belirttiğimiz görüşte de açıklamış olduğumuz üzere üst hakkının devri her zaman mümkündür tıpkı üçüncü görüşte belirtildiği şekilde irtifaklar sütununda yer alan

⁴⁷⁰ Oğuzman, M. Kemal, **Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi**, İstanbul 1958, s. 55,

ismin üstünün çizilerek altına kazananın adının yazılması yoluyla bu problem çözümlenebilecektir. Fakat burada da bir husus gözden kaçırılmıştır. Başkasının taşınmazının sayfasının üstünde tescil ancak taşınmazın malikinin devre muvafakat vermesiyle gerçekleşebilir. Bu sebeple ayrı bir sayfaya yazılmayan üst hakkının devri mümkündür fakat bu devrin yapılabilmesi tapuda malik olarak gözüken kişinin onayına tabidir.

Esasen finansman modeli olan Yap İşlet Devret/Yap Kirala Devret vb. yöntemlerle ortaya konan KÖİ projelerinde üst hakkına oldukça fazla başvurulmaktadır. Bunun nedeni bu işbirlikleri kapsamında özel hukuk kişileri tarafından yapılacak tesislerin finanse edilmesi amacıyla üst hakkının teminat olarak gösterilmesi maksadıyla özel hukuk kişinin kolay şartlarda kredi temin edilebilecek olmasıdır.⁴⁷¹

*"Yatırımcı lehine tesis edilecek bağımsız, daimi nitelikteki üst hakkının ayrı bir sayfaya kaydı ile üst hak sahibi lehine üçüncü kişilere karşı mülkiyet hakkı düzeyinde bir koruma ve itibar yaratılmakta ve üst hakkının ipotek konusu yapılması suretiyle kredinin teminatlandırılması sağlanmaktadır."*⁴⁷² Bu bilgilerden de ortaya çıktığı üzere KÖİ projelerinde üst hakkı kurumunun kullanılmasının en önemli sebeplerinden biri KÖİ'nin de nedeni olan finans ihtiyacıdır. Bu sebeple üst hakkının finansal bir araç olarak kullanılması için sürekli ve bağımsız nitelikte olması büyük önem taşımaktadır. Çünkü ancak üst hakkı tapuya kaydedilmesi koşuluyla krediye konu olabilecektir.

KÖİ projelerini gerçekleştirmek maksadıyla ortaya konan muhtelif kanuni düzenlemelerde kamu taşınmazları üzerinde kurulan üst haklarının idare ve özel hukuk kişisi arasında akdedilen üst hakkı ve uygulama sözleşmelerinde bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı belirtilmiş olmakla beraber kurulan üst hakkının devri söz konusu olduğunda idarenin onayı olmadan devredilemeyeceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi ne KÖİ'ye ilişkin ne de kamu mallarından yararlanma usullerine ilişkin tek bir kanun yoktur ve bütün faaliyet alanları farklı kanunlar ve yönetmelikler ile düzenlenmiştir. Bu sebeple konuyla ilgili örnek teşkil etmesi amacıyla birkaç kanuni düzenlemeye yer verilecektir. Sağlık sektöründe şehir hastaneleri projesi

⁴⁷¹ Erekmekçi, Müge, **Türk Özel Hukuku'nda Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, Ankara, 2012, s. 91.

⁴⁷² Erekmekçi, **a.g.e.**, s.91.

için düzenlenmiş "6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun" 1. maddesinin 1. fıkrasında ; "Bu kanunun amacının; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle ilgili tesislerin yaptırılması esas alınmış" fakat üst hakkının devri söz konusu olduğunda 6428 sayılı kanunun uygulama yönetmeliğinin 60. maddesi düzenlenerek taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesi ile birlikte üst hakkı sözleşmesinin de idarenin onayı ile devredilebileceği ifade edilmiştir.

Yine konuyla ilgili olarak 26.04.2009 tarihli 27211 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 324 Sıra Nolu Milli Emlak Genel Tebliği’nin 15/1 maddesinde "Bakanlıkça adlarına kullanma izni verilen veya lehlerine irtifak hakkı tesis edilen yatırımcılar tarafından kullanma izninin veya irtifak hakkının üçüncü kişilere devrinin talep edilmesi halinde; belli koşullar altında irtifak hakkının üçüncü kişilere devredilmesine Bakanlıkça izin verilebilecektir" ifadelerine yer verilerek kamu arazisi üzerinde kurulan üst hakkının devredilebilme imkanını ortadan kaldırmamış fakat sınırlandırmıştır. İlgili hükmün 2. fıkrasında ise; İrtifak hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olması durumunda devir için Bakanlıktan izin alınmayacağını belirterek TMK hükümlerine uygun bir ifadeye yer verilmiştir. Burada çözülmesi gerekli problem, devir imkânına getirilen bu sınırlamaların, hakkın bağımsızlığını ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır.

Öğretide, tapuya kayıt edilen üst hakkının devredilebilir olma niteliğini tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte bunun sınırlandırılabilirliğinin kabul edilip edilmemesi tartışma konusudur. Akipek,⁴⁷³ üst hakkının ancak belirli kişilere devredilebileceğini ya da malikin rızasıyla devredileceği hususunda tarafların anlaşılabilmelerinin ve bu anlaşmanın herkese karşı ileri sürülebileceğine ilişkin sonuçlar yaratabileceği konusunda görüşlerini beyan ederken şu ifadelere yer vermiştir. "Tapuya kayıtlı bir üst hakkının devir kabiliyetinin sınırlanması bu hakkın bağımsız, müstakil bir hak olma vasfını ortadan

⁴⁷³ Akipek, Jale, Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağanı, **Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 303, s.38.

kaldırmayacak biçimde olması gerekmektedir. Örneğin üst hakkının belirli kişilere devredileceği, malikin muvafakatıyla devrin yapılabileceği fakat malikin ancak önemli sebeplerle muvafakatini veremeyeceği gibi. Böyle bir sınırlamanın üst hakkının kanunî muhtevasını daraltan bir niteliği olduğundan tapu kütüğünden anlaşılmak şartıyla aynı sonuçlar meydana getirir."

Bu görüşe benzer olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin üst hakkı yönünden vermiş olduğu 1946 yılına ait Solothurn kantonuna ait bir taşınmaz üzerinde kurulan üst hakkına ilişkin sözleşmede tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilen üst hakkının devredilebilmesi kanton hükümetinin iznine tabi kılınması konulu bir kararında; üst hakkının devrinin belli bir çerçevede kalmak koşuluyla sınırlandırılabilirliği ve böyle bir sınırlandırma hükmünün, üst hakkı sözleşmesinin aynı etkili hükümleri içerisinde yer alabileceği kabul edilmiştir. Mahkeme bu kabulün sebebini açıklarken şu ifadelere yer vermiştir: Taraflardan birinin idare olması ve bu izin keyfi olarak değil kamu yararı gözetilerek önemli bir sebebin gerçekleşmesi halinde devre izin verilmeyeceğini, keyfi olarak izin verilmemesi halinde üst hakkı sahibinin belirli mercilere başvurma imkanının olacağını ifade etmiştir.⁴⁷⁴

Yine aynı konuya ilişkin olarak Stocklin, tapuya kaydedilmiş olan bir üst hakkının bir gayrimenkul mahiyetini kazandığı görüşünden hareket eder ve gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet hakkının nakli nasıl bir üçüncü kişinin muvafakatine tâbi tutulamazsa, üst hakkının devrinin de bir üçüncü kişi durumunda olan malikin muvafakatına tâbi tutulamayacağını böyle bir anlaşmadan sadece şahsî sonuçlar meydana geleceğini ifade etmektedir.⁴⁷⁵

Kuntalp,⁴⁷⁶ bu konuya ilişkin olarak devir imkânına getirilen sınırlamanın üst hakkının bağımsızlık özelliği ile bağdaşmamakta olduğunu ifade etmiş, bağımsızlık özelliği ile kastedilen şeyin, hakkın sahibi tarafından serbestçe bir üçüncü kişiye geçirilebilmesi olduğunu aktarmıştır. Kuntalp'a göre;⁴⁷⁷ Devrin izne bağlanması hak sahibinin devir yetkisini büyük ölçüde sınırlandırmakta; böylece hak sahibinin kişiliğini

⁴⁷⁴ Atlan, Güner, Hülya, Tapu Kütüğünde Taşınmaz Olarak Kaydedilebilen Bağımsız ve Sürekli İrtifak Hakları, İstanbul, 2021, s. 205-206

⁴⁷⁵ Akipek, a.g.e., s.38.

⁴⁷⁶ Kuntalp, Erden, **Bağımsız Ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, s. 540, Bkz; <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19914-1000>

⁴⁷⁷ Kuntalp, a.g.e., s.540.

ön plana çıkarmaktadır, izin koşulunun devralacak olan kişi açısından getirildiğini, taşınmaz malikinin uygun görmediği kişi için bu izni vermeyeceği, ancak uygun gördüklerine hakkın devredilebilmesini kabul edeceğini bu durumun ise bu hakkı kişiye bağlı bir hakka dönüştüreceğini ifade etmiştir.

Kuntalp konuyla ilgili son olarak hem bağımsız olduğu ifade edilen, hem de bu türlü sınırlamalara yer verilmiş bir üst hakkının tescili ve tapunun ayrı bir sahifesine kaydı talebinin ilgili tapu müdürü tarafından da red edilmesi gerektiğini ifade etmiş örnek olarakta "*Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 19.3.1991 de yayınladığı 1508 sayılı Genelgesinde*", "Üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine veya bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde üst hakkı müstakil nitelik kazanamayacağından bu bir hak tesisi taleplerinin sadece üst hakkı olarak tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekeceğinin belirtilmiş olduğunu ifade etmiştir."⁴⁷⁸

Doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Uygulama da Akipek'in görüşünün daha uygulanabilir olduğu aşikârdır. Fakat diğer görüşlerde kanunun lafzına çok daha uygun düşmektedir. Konu tarafımızca bu görüşlerden daha farklı bir sonuç ortaya çıkaracak şekilde ele alınmıştır. Öncelikle şunu belirtmemiz gerekir ki KÖİ projelerine ilişkin tek bir kanun olmamakla birlikte ortaya konulacak projeler için ayrı ayrı kanuni düzenlemeler yapılmaktadır. Bunlara örnek olarak "*Yap İşlet Devret*" modeli için düzenlenmiş 3996 Sayılı "*Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun*", "*Yap Kirala Devret*" modeli ile yapılan şehir hastaneleri projesi için düzenlenen 6428 sayılı "*Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu*" örnek verebiliriz. Konuyla ilgili kanaatimizi ortaya koyarken tarafımızca da KÖİ olarak kabul edilen şehir hastanelerinin yapımı projesi için yürürlüğe konmuş 6428 Sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğini esas alınacaktır.

6428 Sayılı Kanunun amacı başlıklı birinci maddesinde daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere özel hukuk kişisi tarafından yapılacak tesislere binaen özel hukuk kişisi

⁴⁷⁸ Kuntalp, **a.g.e.**, s.541. Bkz; <https://tapu-kadastro.net/images/Resimler/mulkiyetdergisi/42.pdf>

lehine bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edileceği hususu düzenlenmiştir. Burada ki amaç finansman yöntemi olarak da kabul edilen KÖİ projelerinde tesisleri yapacak olan özel hukuk kişinin daha kolay kredi temin edebilmesidir. Bu sebeple de tesis edilen üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olması büyük önem taşımaktadır.

Gayrimenkul rehni ancak tapuya kayıtlı gayrimenkuller üzerinde kurulabilir. Dolayısıyla tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkullerin rehine konu olması mümkün değildir. Üst hakkının teminat olarak gösterilebilmesi için bir taşınmaz gibi tapu sicilinin ayrı bir sayfasına kaydedilmesi gerekir. Teminat hususu aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

Kanaatimizce; Bu tip durumlar için bazı soruların sorulması ve cevaplarının verilmesi gerekir. Bu sorular ve cevaplarını sıralayacak olursak ilk soru; üst hakkının devrinin onaya tabi tutulması özel bir kanunda düzenlenmiş midir? Daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere KÖİ modeli olarak esas aldığımız şehir hastaneleri projeleri için düzenlenen 6428 sayılı kanunda bu projelerde üst hakkının kullanılacağı ve bu hakkın bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu düzenlenirken üst hakkının devrinin onaya tabi olduğu hususu düzenlenmemiştir. Onay hususu kanunda değil kanuna dayandırılarak yapılmış 6428 sayılı yönetmelikte düzenlenmiştir. Kanun hükmü ile yönetmelik maddesinin kıyaslanması mümkün değildir. Bu sebeple şehir hastaneleri projesinde üst hakkının devrinin idarenin onayına tabi tutulması daha öncede belirtmiş olduğumuz gibi bir düzen kuralı dahi sayılamaz.

İkinci soru devir konusunun yönetmelikte değilde özel kanun olarak nitelendireceğimiz 6428 sayılı kanunda düzenlenmesi halinde durum ne olurdu? Burada ise TMK ve 6428 Sayılı Kanun'da yer alan yasal hükümleri ele alarak genel hüküm özel hüküm ayırımına gidip TMK'nın ilgili hükümlerinin genel hüküm 6428 Sayılı Kanunda yer alan hükümlerin ise, özel hüküm olduğunu kabul ederek devrin onaya tabi tutulduğu bu hükmün bir düzen kuralı olduğunu kabul ederek tapu memurunun bu düzen kuralına uyararak onay olmadan devri gerçekleştirmemesi gerektiğini ifade edebilirdik. Ancak yine de bu kuralın bir düzen kuralı sayılması sebebiyle tapu memurunun onay almadan yaptığı devir de geçerli olacaktır.

Konuyla ilgili söyleyebileceğimiz son husus ise; KÖİ projeleri kapsamında yapılmış uygulama sözleşmesinin devri ile üst hakkı sözleşmesinin devri konusunda ortak bir yola

başvurulup başvurulamayacağına ilişkindir. KÖİ’de üst hakkının devri hususunda sadece üst hakkı kapsamında açıklamalarda bulunduk ve uygulama sözleşmesinin dışında üst hakkının devrinin hangi şartlarda mümkün olup olmayacağına değindik. Ancak konu şu açıdan da değerlendirilebilir. KÖİ kapsamında yapılan uygulama sözleşmeleri karmaşık atipik sözleşmelerdir ve bileşik sözleşmelerde olduğu gibi karakteristik edimler sözleşme konusunun ayrılmaz bir unsurudur. Bu sebeple KÖİ kapsamında yapılan karmaşık atipik nitelikte olan uygulama sözleşmesinin devri ile üst hakkı sözleşmesinin devrinin aynı anda olması gerekmektedir. Sadece birinin devri hukuken uygun olmayacaktır.

Sonuç olarak üst hakkı sözleşmesinin devri ile birlikte KÖİ kapsamında akdedilen diğer tüm sözleşmelerinde devrinin olması gerektiğini ifade ettiğimizde üst hakkı sahibi sözleşmeyi devir etmek istediğinde idarenin, sözleşmenin tarafı (yüklenici) olabilmesi için öngördüğü yeterlilik koşullarına uygun olan bir kişiye devretmesi gerekir.

Bunun dışında KÖİ projelerinde sürekli ve bağımsız üst hakkına ayrı sahife açılması üst hakkının ipotek edilmesi imkanını sağlamalı ve bu husus bir kanun kuralı olarak belirlenmelidir.

İ. ÜST HAKKININ KREDİ TEMİNATI OLARAK KULLANILABİLMESİNİN ŞARTLARI

Üst hakkı, kamuya ait arazilerin, mülkiyet hakkı yitirilmeksizin değerlendirilmesi için olduğu kadar herhangi bir sebeple mülkiyeti devredilemeyen gayrimenkulleri ekonomik olarak değerlendirilmek bakımından da önem arz etmektedir.⁴⁷⁹ Ancak özellikle, kamuya ait arazilerin üst hakkı yoluyla değerlendirilmesi, hem mülkiyet devrinin özel mülkiyete nazaran, gerek hukuki gerekse sosyal bakımdan, daha zorlaştırılmış olduğu kamu arazilerinin atıl kalmasını engellemekte hem de devlete mülkiyet hakkını kaybetmeden gelir sağlama imkânını sunmaktadır.⁴⁸⁰ Bunun yanında, kamu arazisine yatırım yapacak olan üst hakkı sahibi de mülkiyeti devir alma gibi bir maliyetten kaçınarak tasarruf sağlamaktadır.⁴⁸¹

Üst hakkının, araziden bağımsız bir şekilde teminat olarak değerlendirilmesi de mümkündür. TMK madde 850’de üç tür taşınmaz rehni kabul edilmiştir. İpotek başlıca

⁴⁷⁹ Gürzumar, **a.g.e.**, s.23.

⁴⁸⁰ Ünal, **a.g.e.**, s.16.

⁴⁸¹ Tekinalp, Ünal, **Banka Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2009, s.455.,

türdür. Diğer iki tür de "ipotekli borç senedi" ve "ırat senedi"dir.⁴⁸² Konumuz itibariyle sadece ipotek incelenecektir. Bu yazılanların dışında, kişilerin taşınmaz rehin türü yaratması mümkün değildir.⁴⁸³ TMK bunlardan öncelikle ipoteği düzenlemiştir.

*"İpotek, sahibine alacağını rehin konusu taşınmazın değerinden elde etme yetkisini veren, bir alacağa aynı güvence oluşturan rehin hakkıdır."*⁴⁸⁴ İpoteğin varlığı bir alacak hakkına bağlıdır ve diğer taşınmaz rehni türlerinden farklı olarak sadece teminat sağlama amacı⁴⁸⁵, güvence görevi⁴⁸⁶ vardır. İpotek de diğer taşınmaz rehni çeşitleri gibi tapuya tescil edilmekle doğar. Bununla birlikte ipoteğe konu olacak taşınmazın borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez. Borçlu ile malik ayrı kişiler olabilir. Borçlu ile malikin ayrı kişiler olması durumu sözleşmenin başlangıcında olabileceği gibi ipotek kurulduktan sonra da ortaya çıkabilir.⁴⁸⁷

TMK'nın 998. maddesi; *"Arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin tapuya siciline taşınmaz olarak kaydedilebileceği, bağımsız ve sürekli hakların kaydedilmesi için gerekli koşulların ve usulün Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenebileceği"* belirtilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak şunu ifade edebiliriz ki; Gayrimenkul rehni ancak tapuya kayıtlı gayrimenkuller üzerinde kurulabilir.⁴⁸⁸ Bu sebeple üst hakkının da teminat olarak gösterilebilmesi için bir taşınmaz gibi tapu sicilinin ayrı bir sayfasına kaydedilmesi gerekir. Dolayısıyla tapuya kayıtlı olmayan gayrimenkullerin rehine konu olması mümkün olmayacaktır. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, bağımsız ve sürekli üst hakkının tapuya gayrimenkul olarak kaydedilmesi, üst hakkını taşınmaz eşya niteliğine sokmaz, sadece üst hakkının bazı bakımlardan taşınmaz olarak işlem görmesini sağlar.⁴⁸⁹

Tapuya gayrimenkul olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkı sahibinin talebi ile söz konusu gayrimenkul üzerinde ipotek kurulabilecektir.⁴⁹⁰ *TMK madde 883'e*

⁴⁸² Hatemi, **a.g.e.**, s.139. , Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 785., Gürses, Davut, **Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpoteği**, Bankacılar Dergisi, 2011, s.4. Bkz:

https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/bankacilar_76.pdf

⁴⁸³ Hatemi, **a.g.e.**, s.139.

⁴⁸⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 786.

⁴⁸⁵ Hatemi, **a.g.e.**, s.140.

⁴⁸⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 786.

⁴⁸⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 786.

⁴⁸⁸ Hatemi, **a.g.e.**, s.146.

⁴⁸⁹ Oğuzman, M. Kemal /Seliçi Özer/Oktay, Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2002, s.643

⁴⁹⁰ Gürses, **a.g.e.**, s. 5.

göre fer'ilik⁴⁹¹ ilkesi gereğince alacak, sona erdiğinde ipotekte sona ermektedir.⁴⁹² Ancak, "Yürürlük tarihi 01.01.2020 olarak belirlenmiş olan ve 10.07.2019 tarihinde 30827 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan 7181 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesi ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine; İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerinde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması hâlinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğünce terkin edilir" ve 3. maddesi ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'na "22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 883.Maddesinin ikinci fıkrasının yürürlüğe girdiği tarihten önce süresi dolmuş olmasına rağmen terkin edilmeyen süreli ipoteklerde anılan fıkra da belirtilen otuz günlük süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte başlar" hükümleri eklenmiştir."⁴⁹³ Bu hükümden çıkaracağımız sonuç şudur ki; alacağını süreli ipotek tesisi yolu ile teminat altına alan alacaklıların, ipotek süresinin sona ermesini takiben 30 (otuz) günlük süre içerisinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe başlayarak, takibe başlandığının icra müdürlüğü tarafından tapuya bildirilmesini sağlaması gerekmektedir. Aksi takdirde taşınmaz malikinin tek taraflı olarak ipoteği terkin ettirme imkânı doğacaktır.⁴⁹⁴

İpotek, doğmuş bir kredi alacağını teminat altına alabileceği gibi doğmamış bir kredi alacağını da teminat altına alabilir. Ancak mutlaka bir alacağın varlığının olması gerekir.⁴⁹⁵ Örneğin, üst hakkı üzerinde ipotek tesisi ile üst hakkı sahibine veya başka bir üçüncü şahsa banka tarafından bir kredi limiti tahsis edilmiş olması durumunda, henüz kullanılmış bir kredi söz konusu olmamakla birlikte banka açısından müstakbel bir kredi alacağı söz konusudur. Bu nedenle kredi teminatı olarak, üst hakkı üzerinde kurulacak olan ipotek anapara ipoteği şeklinde kurulabileceği gibi üst sınır ipoteği şeklinde de kurulabilir.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ İpotek hakkı fer'i bir taşınmaz rehni olup varlığı ve sona erişti bakımından alacak hakkına bağlıdır. Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.786.

⁴⁹² Hatemi, **a.g.e.**, s.149.

⁴⁹³ Bkz: <https://aksan.av.tr/tr/blog/detail/1062>

⁴⁹⁴ <https://aksan.av.tr/tr/blog/detail/1062>

⁴⁹⁵ Hatemi, **a.g.e.**, 149., Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s.786.

⁴⁹⁶ TMK' nın 851. maddesinden de anlaşıldığı üzere ipotek, güvence altına alınması düşünülen alacağın miktarının belirli olup olmamasına göre iki şekilde kurulabilir. Buna göre, ipotekle güvence altına alınması düşünülen alacağın miktarı belirli ise anapara ipoteği, belirli değilse üst sınır ipoteği kurulur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı E. 2017/12-356 K. 2019/711T. 18.6.2019.

Üst hakkının teminat olarak alınması durumunda, dikkat edilecek ilk husus üst hakkı resmi senedir.⁴⁹⁷ Burada yer alan hükümler ipotegin geçerliliğini etkileyecek hükümler olduğu için kredi veren üst hakkı sözleşmesini ve üst hakkının konduğu taşınmazın tapu senedini incelemesi sonucu bir karar verecektir. Bu sebeple ipotek başvurusunda bu iki belgenin incelenmesi gerekir.

İpotek ile ilgili konumuz çerçevesinde gerekli bilgiler verildikten sonra KÖİ projelerinde özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkının kredi teminatı olarak gösterilmesine ilişkin bazı sorunların ortaya konulması ve bunlarla ilgili çözümlerin tesis edilmesi gerekmektedir. Bu sorunlardan ilki; üst hakkına ilişkin resmi senette tasarruf sınırlaması bulunması halinde ipotek tesisinin mümkün olup olmadığına ilişkindir.⁴⁹⁸

Bağımsız üst hakkı üzerindeki tasarruf sınırlamaları ülkemizde özellikle, kamuya ait araziler üzerindeki üst haklarında söz konusu olmaktadır. Bu tür üst haklarına ilişkin resmi senetlerde yer alan genellikle üst hakkının tesisine ilişkin sözleşmelerde, üst hakkının ilgili bakanlığın izni olmadan başkalarına devredilemeyeceği, sınırlı aynı haklara konu olamayacağı yönünde hükümler bulunmakta fakat bu hükümlerin yanı sıra yapılan kamu özel işbirliğinin alanına bağlı olarak hazırlanan kanun veya yönetmeliklerde kamuya ait taşınmazlar üzerinde kurulan üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı da belirtilmektedir.

Bu sınırlayıcı hükümler Medeni Kanun'da yer alan üst hakkının bağımsız ve sürekli olmasının, tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesi ve devrinin mümkün olması koşuluna bağlanması ile ilgili çelişki yaratmakta, üst hakkının bağımsızlığı tartışmasını doğurmakta ve üst hakkının teminat olma vasfını da etkilemektedir.⁴⁹⁹

Bu konuya ilişkin olarak 22.01.2010 tarihinde yürürlükten kaldırılan fakat konunun doğru aktarılması adına önemli olduğunu düşündüğümüz 19.03.1991 tarih ve 1508 sayılı Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü genelgesinin 4. maddesinde ; *"...20 yıldan az süreli üst hakkının, müstakil ve daimi hak olarak ayrı bir kütük sahifesine tescili mümkün olmadığı gibi 20 yıl ve daha fazla süreli olmasına rağmen üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine ve bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik*

⁴⁹⁷ Gürses, **a.g.e.**, s.6.

⁴⁹⁸ Gürses, **a.g.e.**, s.6.

⁴⁹⁹ Gürses, **a.g.e.**, s.7.

*kısıtlamalar getirilmesi halinde (Kamu kuruluşlarınca getirilmek istenilen kısıtlamalar dahil) üst hakkı müstakil nitelik kazanamayacağından, bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz malın tapu kütüğü sahifesinin "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda irtifak hakkı şeklinde üst hakkı olarak tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekmektedir"*⁵⁰⁰

Söz konusu genelgenin kaldırılmasının ardından konuya ilişkin olarak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 15.06.2010 tarihli ve 1705 Genelge No.lu (2010/12) Genelgesi yayınlanmıştır. Söz konusu genelgede Genel Müdürlüğün konu hakkındaki görüşünü tekrar ettiği anlaşılmaktadır: " *Müstakil ve daimi nitelikte olan üst hakkının, bir taşınmaz mal gibi ayrı bir tapu kütük sayfasına kaydedilebilmesi için; üst hakkı sahibinin isteminin olması, en az 30-en fazla 100 yıl müddetle tesis edilmiş bulunması ve devir-temlik ile aynı hak tesisi konusunda herhangi bir kısıtlılık getirilmemiş olması gerekmektedir.*"⁵⁰¹ Genelgenin bu hükmüne göre, tasarruf sınırlaması bulunan bir üst hakkı bağımsız sayılamayacağından tapuya gayrimenkul olarak kaydedilmesi ve ipoteğe de konu olması da mümkün olmayacaktır. Doktrinde, tasarruf sınırlamalarının, hakkın bağımsızlığını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yolundaki ayrım ve kıstaslar, ilgili kurum tarafından göz önünde tutulmamış ve söz konusu genelgelerde toptancı bir anlayışla her türlü tasarruf sınırlamasının, hakkın bağımsızlığını ortadan kaldırdığı görüşü esas alınmıştır.⁵⁰² Bu konu üst hakkının çeşitleri ve üst hakkının devri başlıkları altında ayrıntılı olarak incelenmiş olup tekrara düşülmemesi adına kısaca burada değinilmesi gerekirse KÖİ kapsamında düzenlenen kanun metinlerindeki hükümlerin özel hüküm olarak değerlendirilerek sadece gerçekleştirilen KÖİ projesi kapsamında alınması gereken devir onayını bir düzen kuralı olarak kabul ederek tapu memurunun bu izni alması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak tapu memurunun bu izni almaması da devri geçersiz kılmayacak olup devir geçerli olacaktır. Üçüncü kişiler nezdinde ise durum aynıdır. Devir geçerli olacaktır.

Burada bir diğer önemli hususta şudur ki; üst hakkı sahibi kredi borcunu ödeyemediği takdirde ipotek alacaklısı icra takibi başlatabilir. Bu durumda icra dairesinin idareye bir

⁵⁰⁰ Gürses, **a.g.e.**, s.7.

⁵⁰¹ Bkz: <https://www.gib.gov.tr/node/129583>

⁵⁰² Gürses, **a.g.e.**, s.8.

bildirimde bulunması doğru olacaktır. İdare bu durumu öğrenmesi ile birlikte TMK madde 831'e dayanarak üst hakkının kendine devrini isteyebilir.

Bu başlık altında incelenmesi gereken üst hakkı ipoteği ile ilgili ortaya çıkabilecek bir diğer sorun tasarruf sınırlanmasından bağımsız olarak üst hakkının süresinden önce devri durumunda ipoteğin bu durumdan nasıl etkileneceği durumudur. Süresinden önce devir ve bu devirle birlikte ipoteğin durumunun ortaya konmasıyla ilgili TMK madde 831 ve 888 düzenlenmiştir. TMK madde 831'e göre; "Üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir." TMK madde 888'de ise; "İpotekli taşınmazın devri durumunda aksi kararlaştırılmış olmadıkça, borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmeyeceğini, yeni malikin borcu yüklenmesi halinde alacaklı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içinde yazılı olarak önceki borçluya bildirebileceği" düzenlenmiştir. Bildirmediği takdirde önceki malik borçtan kurtulacaktır. Burada eski malik borçtan şahsen sorumlu olmakta devam ederken, yeni malik, borçtan şahsen sorumlu olmaksızın sadece "ayni sorumlu" olacaktır.⁵⁰³ TMK madde 831 hükmüne tekrar dönecek olursak hükmün ikinci fıkrasında, üst hakkının ancak ona bağlı bütün hak ve yükümlülükler ile birlikte malike intikal edebileceği ifade edilerek kanunda geçen "üst hakkına bağlı hak" ifadesi kapsamına ipotek rehninin de girdiği düşünülmektedir.⁵⁰⁴

Üçüncü sorun ise; üst hakkı değerinin zaman içerisinde düşmesi durumunda ipoteğin durumunun ne olacağına ilişkindir. Bu konuya ışık tutacak olan TMK madde 866'da düzenlenmiş olan "*Güvence, eski hale getirme, kısmi ödeme isteme*" başlıklı madde de; "*Rehinli taşınmazın değerinde düşme meydana gelmişse alacaklı, alacağı için başka güvence göstermesini veya rehinli taşınmazın eski hale getirilmesini ayrıca alacaklının, rehinli taşınmazın değerinin düşmesi tehlikesinin mevcut olması halinde de güvence isteyebileceği ve yeterli güvence hakim tarafından belirlenen süre içinde verilmediği takdirde alacaklı, güvence eksikliğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini isteyebileceği*" belirtilmiştir. TMK madde 866'nın iki açıdan değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bunlardan ilki sürenin geçmesi ile birlikte taşınmazın uğradığı değer kaybı

⁵⁰³ Aybay, Aydın./Hatemi, Hüseyin, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2014, s.282.

⁵⁰⁴ Gürses, **a.g.e.**, s.8.

sonucu ipotek alacaklısının TMK madde 866'ya giderek ek teminat veya eski hale iade isteyip isteyemeyeceği problemidir. Gürses; *"Taraflar, üst hakkının zaman içerisinde, kurulduğu andaki durumuna göre değer yitireceğini bilmektedir. İpotek alacaklısı, şayet bu ipotek bir krediye teminat olarak veriliyorsa, kredinin vadesi ile üst hakkının süresinin uyumlu olması gereğini, en azından kredinin vadesi içerisinde, üst hakkının kredi miktarını karşılayabilecek bir değer ifade etmesi zaruretini bilmekte ve tüm bunları değerlendirdikten sonra kredi vermektedir"*⁵⁰⁵ diyerek ipotek alacaklısının TMK madde 866'dan yararlanamayacağını ifade etmiştir. Kanaatimizce de bu şartlarda TMK madde 866 hükmüne gidilmesi uygun olmayacaktır. Ancak sürenin geçmesi ile oluşan değer kaybının dışında başka bir sebeple ipotek konusu gayrimenkul değer kaybına uğrarsa işte bu durumda ipotek alacaklısı TMK madde 866'ya gidebilecektir.⁵⁰⁶

Bu başlık altında değinmek istediğimiz son husus; üst hakkının sona ermesi halinde ipoteğin akıbetinin ne olacağına ilişkindir. TMK madde 829'a göre; "Üst hakkının sona ermesi durumunda, taşınmaz maliki kendisine kalan yapılar için, aksi kararlaştırılmamışsa üst hakkı sahibine bir bedel ödemek zorunda değildir." Ancak, bu hükümden farklı olarak bir bedel ödenmesi kararlaştırılmış ise, bu durumda söz konusu bedel üst hakkı kendileri için rehnedilmiş alacaklıların henüz ödenmemiş alacaklarının güvencesini oluşturacak ve bunların rızası olmadan söz konusu bedel üst hakkı sahibine ödenmeyecektir. "Örneğin, üst hakkı üzerinde ipotek varsa, üst hakkının sona ermesi durumunda, taşınmaz maliki tarafından üst hakkı sahibine ödenmesi gereken bedel, ipotek alacaklısını alacağının güvencesini oluşturacak ve onun rızası olmadan, üst hakkı sahibine ödenmeyecektir. İpotek alacaklısının rızası olmadan söz konusu bedelin, üst hakkı sahibine ödenmesi durumunda, taşınmaz maliki ipotek alacaklısına karşı "bedel tutarında" sorumlu olacaktır."⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Gürses, **a.g.e.**, s. 10.

⁵⁰⁶ Gürses, **a.g.e.**, s. 10.

⁵⁰⁷ Gürses, **a.g.e.**, s. 10

J. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNDE ÜST HAKKININ SONA ERMESİ

Bağımsız ve sürekli hak olarak tapuda ayrı sayfaya kaydedilen üst hakkı, belirli bir sürenin sonunda, temelini oluşturan borç ilişkisine bağlı olarak varlığını kaybeder.⁵⁰⁸ TMK madde 828/1'e gereğince; üst hakkı süresinin dolması ile birlikte bütünüleyici parça olan yapı mülkiyetinin arsa sahibinde olmasını önleyen engel kalkarak yapı arsa sahibinin mülkiyetine geçer.⁵⁰⁹

Bu durumda üst hakkı, tapuda mevcut tescilin varlığına rağmen TMK m.1026 hükmünce hukuki değerini kaybedecektir. İlgili hüküm de; “*Bir aynî hakkın sona ermesiyle tescil her türlü hukukî değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki, terkin isteyebilir*” ifadelerine yer verilerek üst hakkının, irtifak hakkı olarak varlığını şeklen sürdürdüğünü yüklü taşınmaz malikinin terkin istemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak, bağımsız olmayan (kişiye sıkı sıkıya bağlı olan) üst haklarında gerçek kişi hak sahibinin ölümü ile üst hakkı da sona erecektir veya temelinde uyuşmazlık olan, yargılamayı gerektiren nedenin varlığında da mahkeme ilamı ile MK m.1026 hükmünce sona erme sicil dışı olarak gerçekleşecektir.⁵¹⁰

Sürenin bitimi ile birlikte üst hakkının sona ermesi haline ilişkin olarak söyleyeceğimiz hususlara geldiğimizde şunları ifade edebiliriz. Üst hakkının sona ermesi tarafların onayıyla düzenlenen resmi senette yazılı olan son bulma tarihi ile gerçekleşmektedir. Sona erme tarihi resmi senette yazılabildiği gibi, üst hakkı süresi de resmi senette yazılabilmektedir. Taraflar arasında üst hakkı sözleşmesinin haricinde fakat bağlantılı olarak yapılan sözleşmelerin içeriklerinde üst hakkı resmi senedine değinilebilmektedir. Ancak bu sözleşmelerde yer alan üst hakkı sözleşmesinin süresine ilişkin bilgiler ile üst hakkı resmi senedinde yer alan süreye ilişkin hükümler arasında süre yönünden farklılık olması halinde, resmi senetteki süre geçerli olacaktır. İki taraf arasında yapılan sözleşmeler nispi hak doğuran yalnızca tarafları bağlayan sözleşmelerdir. Resmi senette düzenlenen üst hakkı süresinin ise hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde tesis edilmesi gerekmektedir. Aynî haklar herkese karşı ileri sürülebilen haklar olması sebebiyle, tapu kaydında başlama ve sona erme tarihlerinin

⁵⁰⁸ Özmen, E. Sabâ/ Korkmaz Tuba, Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020/1, s. 165, Bkz: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1847167>

⁵⁰⁹ Hatemi, **a.g.e.**, s.21.

⁵¹⁰ Özmen Korkmaz, **a.g.e.**, s. 165.

açıkça yazılması şarttır. Sonuç olarak uygulama sözleşmesi ile resmi senet arasında sürenin uzunluğu, başlangıç ve sona erme tarihleri arasında farklılık olması halinde, resmi senede itibar edilmelidir.

Sona erme konusunda incelenmesi gereken bir diğer husus sözleşme süresinden önce üst hakkının sona ermesi durumudur. Süresinden önce sona erme hali için TMK'da üç ayrı madde düzenlenmiştir. Bunlar TMK madde 831/832 ve 833'tür. İlgili hükümler aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır.

TMK madde 831: "*Üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir.*"

TMK madde 832: "*Malik, üst hakkının devrini, kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemek kaydıyla isteyebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru, bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir. Üst hakkının malike devri, bedelin ödenmesine veya güvence altına alınmış olmasına bağlıdır.*"

TMK madde 833: "*Üst hakkı sahibinin yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde sözleşmede malik lehine saklı tutulan, üst hakkını süresinden önce sona erdirmeye veya devrini isteme yetkisi, süresinden önce devir istemine ilişkin hükümlere tâbidir.*"

Bu üç maddeyi incelediğimizde görüyoruz ki; TMK madde 831 ve 832 üst hakkının devrine ilişkin hükümler olmakla beraber madde 833'de süresinden önce sona erdirmeye hususunda madde 831 ve 832 hükümlerine gidilmesi gerektiğine yer verilmiştir. Buradan da anlaşıyor ki üst hakkının süresinden önce sona erdirilmek istenmesi, üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşması veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması sonucu mümkün olmaktadır. Üst hakkının süresinden önce sona ermesi ile ilgili TMK hükümlerine yer verdikten sonra konuyla ilgili belli hususları da ortaya koymamız gerekir. Öncelikle şunu ifade edebiliriz ki; "Taşınmaz maliki, süresinden önce sona erdirmeye hakkını üst hakkı sahibine karşı, bozucu yenilik doğurucu hak olarak bildirim ile kullanır. Herhangi bir dava açmasına gerek yoktur. Bu irade beyanının karşı tarafa varması ile üst hakkının terkinin veya açılan sayfanın kapatılması gereği doğar. Sürenin sona ermesi halinde ise, üst hakkı süresinin dolması ile hak da sona erer. Bu konuda kural olarak tüm bozucu

yenilik doğurucu haklarda olduğu gibi yenilik doğurucu (inşai) bir dava açma zorunluluğu yoktur."⁵¹¹ Ancak üst hakkı sahibi itiraz hakkı ile bu süreci yargıya taşıyabilecektir. Bu durumda adli yargı hakimi itirazı inceleyerek bozucu yenilik doğuran bir hakkın ortaya çıkıp çıkmadığını tespit ederek üst hakkının sona ermemiş olduğunu tespit edebilecektir.

İtiraz amacıyla üst hakkı sahibinin dava açması halinde tapu daireleri, TMK m.1026 hükmünce taşınmaz malikinin başvurusu ile üst hakkını terkine yanaşmayacaklardır. Çünkü uyuşmazlığın çözümünün yargı kararına bağlı olması nedeniyle malikin bu yöndeki talebini reddetmeleri gerekir.

Konunun KÖİ açısından incelenmesine geldiğimizde; öncelikle belirtmeliyiz ki idare ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen uygulama sözleşmelerinde yer alan üst hakkına ilişkin maddeler ile üst hakkı resmi senedi arasında farklılıklar olması halinde üst hakkı resmi senedi geçerli olacaktır. Bu iki sözleşme birbirini tamamlamaktasa da iki ayrı sözleşmedir ve üst hakkı sözleşmesinin tarafları, şekli, süresi, tarafları, üst hakkının niteliği buna bağlı olarak devri ve üst hakkının teminat olarak kullanılması hususunda uygulama sözleşmesinde yer alan hükümler değil üst hakkı resmi senedinde yer alan hükümler geçerli olacaktır.

İkinci olarak belirtmemiz gereken husus şudur ki; üst hakkı tesisi KÖİ uygulamalarında başvuru bir yöntemdir ve yine daha önce belirtmiş olduğumuz üzere uygulamaya konulan KÖİ projeleri için tek bir kanun bulunmamakta geliştirilen proje ile birlikte KÖİ modeline de karar verilmekte ve bu KÖİ modeline uygun yasal düzenlemeler ortaya konulmaktadır.

KÖİ projeleri kapsamında akdedilen uygulama sözleşmesi, sözleşme süresinin bitmesi haricinde, proje şirketinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle, idarenin kusurundan kaynaklanan nedenlerle, kamu yararının gerektirmesi nedeniyle ve son olarak mücbir sebep nedeniyle sona erebilmektedir.

KÖİ projeleri kapsamında üst hakkının sona ermesine ilişkin bilgilere yer vermek için öncelikle çalışmamızın temelini oluşturan hususlardan biri olan KÖİ (Yap Kirala Devret) uygulaması ile ortaya çıkan şehir hastanelerinin düzenlendiği 6428 sayılı kanunda yer

⁵¹¹ Özmen/Korkmaz, a.g.e., s.167.

alan düzenlemelere ve yine aynı modelle eğitim sektöründe yapılacak KÖİ uygulamalarına ilişkin düzenlenmiş 652 sayılı KHK’da yer alan ilgili hükümlere yer verilecektir.

6428 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 10. fıkrasında "*Uygulama sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır ve yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilir. Maliye Bakanlığınca Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin olunur. Bu durumda taşınmaz üzerindeki tüm yapı ve tesisler sağlam ve işler durumda Hazineye intikal eder. Taşınmaza veya üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilata yüklenici tarafından zarar verilmesi hâlinde, zarar bedeli de yükleniciden ayrıca alınır. Bunlardan dolayı, hak lehtarı veya üçüncü kişilerce üst hakkından kaynaklanan herhangi bir hak veya talepte bulunulamaz*". cümlelerine yer verilmiştir.

Söz konusu hüküm üst hakkının sona ermesi hususu esas alınarak incelendiğinde şunları ifade edebiliriz: Kanun metninde taraflar arasında akdedilen uygulama sözleşmesinin belli sebeplerden dolayı feshi halinde üst hakkının da iptal olacağı ve tapu dairesince resen terkin edileceği ifade edilmiştir. Kanun metninde yer alan uygulama sözleşmesinden dolayı çıkacak ihtilaflarda TBK hükümlerinin geçerli olduğunu üst hakkı sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda ise TMK hükümlerinin geçerli olduğunu kabul ettiğimizde süresinden önce üst hakkının sona ermesi durumunun TMK madde 833’de incelenmiş olduğunu ve madde 831’e de atıf yapıldığını ifade edebiliriz. Bu hükümlerde üst hakkının süresinden önce sona ermesi önemli sebep olarak nitelendirebileceğimiz şartlara bağlanmış ve bu şartların gerçekleşmemesi halinde üst hakkı sahibinin itirazı ile adli yargı mercilerinde dava açılabilceği ve TMK madde 831 dikkate alınarak hâkimin kendi taktir yetkisini kullanarak üst hakkını sona erdirecek olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin karar verebilecektir. Bu açıdan değerlendirdiğimizde 6428 sayılı kanun ve uygulama yönetmeliğinin ilgili hükümlerinde sadece uygulama sözleşmesinin feshine ilişkin hükümlere yer vererek üst hakkı sözleşmesinin de bu hükümler kapsamında sona erdirileceğini belirtilmesi hatalıdır. İdare tarafından üst hakkının sona erdirilmesi için TMK madde 831’de yer alan şartların oluşması gerekmektedir.

Üst hakkının sona ermesi hususu üst hakkının kredi teminatı olarak kullanılması açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Tıpkı KÖİ projelerinde olduğu gibi gayrimenkul olarak tapuya kaydedilen üst hakkı üzerinde bir ipotek varsa TMK. m. 1014 gereğince, bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda, terkin için ilgili ipotek alacaklısının da muvafakati gerekecektir.⁵¹² Bu durumda ipotek alacaklısının muvafakatini almadan söz konusu terkin işlemi yapılamayacaktır. İpotek alacaklısının muvafakati yoksa terkin işlemi en erken üst hakkının süresinin bitmesi durumunda gerçekleşebilecektir.⁵¹³

Yine Kamu Özel İşbirliği'nin kullanıldığı diğer bir alan olan eğitim sektöründe de kamu özel işbirliği için düzenlenmiş olan "Eğitim Öğretim Tesislerinin Kiralama Karşılığı Yaptırılması İle Tesislerdeki Eğitim Öğretim Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmeliğin 42. maddesinde "*Sözleşmenin Feshi*" başlığı altında yüklenicinin kusurunun olması halinde fesih işlemlerinin nasıl yürütüleceğine ilişkin olarak şu ifadelerle yer verilmiştir: "*Sözleşmenin feshi halinde yüklenicinin kesin teminatı ile alınması halinde ek teminat Hazineye gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenicinin borcuna mahsup edilmez yükleniciler kesin teminat için herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamaz. Hazineye yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmek suretiyle taşınmaz devredilmiş ise, üst hakkı kaldırılıp tapudan terkin edilerek, bu taşınmaz ile üzerinde bulunan yapı ve tesisler müstemilata ile birlikte bedelsiz olarak Hazineye intikal eder.*

Yükleniciler tarafından taşınmaza veya üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilata zarar verilmesi halinde, zarar bedeli de ayrıca alınır. Eğitim öğretim tesisinin yapıldığı taşınmazın yükleniciye ait olduğu hallerde sözleşmenin feshi durumunda, Bakanlık bu taşınmazı ve üzerindeki tesisleri, tesisatı, yükleniciye ait olan ihzaratı, diğer malzemeyi, makine, araç ve yedek parçaları, yüklenicinin razı olması halinde satın alabilir. Sıhhi tesisat, elektrik tesisatı, ısıtma, soğutma ve havalandırma sistemleri, çamaşır yıkama ve yemek pişirme tesisatı ve benzeri tesisata ait ihzarat, yapılabilmesi mümkün olan her türlü inceleme ve denemesi yapıldıktan sonra montajlı ve her türlü yardımcı parçaları dahil birim fiyatından, montaj bedeli çıkarılıp kalan montajsız fiyattan yüklenici karı ve

⁵¹² Gürzumar, a.g.e., s.183.

⁵¹³ Gürses, a.g.e., s. 11.

genel giderler düşüldükten sonra bulunan bedel üzerinden alınır. Aynı bir birim fiyatı bulunmayan her türlü montaj malzemesi de piyasa rayiçleri dikkate alınarak yüklenici ile anlaşmaya varılacak fiyatlara göre değerlendirilip satın alınabilir."

Yine aynı yönetmeliğin 43. maddesinde "*Mücbir sebep hâllerinin ortaya çıkması veya yüklenici ile idarenin 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde karşılıklı anlaşması hâlinde sözleşme tasfiye edilebilir. Tasfiye hâlinde, Hazinece yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmek suretiyle taşınmaz devredilmiş ise bu taşınmazın üzerinde bulunan yapı, tesis ve müştemilatın Hazineye geçmesi gereken kısımları hakkında yüklenici herhangi bir hak ve tazminat talebinde bulunamaz ve bunlar için yükleniciye herhangi bir bedel ödenmez. Eğitim öğretim tesisinin yapıldığı taşınmazın yükleniciye ait olduğu sözleşmenin tasfiyesi hâlinde, Bakanlık bu taşınmazı ve üzerindeki tesisleri, tesisatı, yükleniciye ait olan ihzaratı, diğer malzemeyi, makine, araç ve yedek parçaları, yüklenicinin razı olması hâlinde satın alabilir."* denilerek mücbir sebep hallerinin ortaya çıkması halinde üst hakkı dahil sözleşmenin nasıl sonlandırılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılmıştır.

6428 sayılı Kanun'da olduğu gibi 652 sayılı yönetmelikte de uygulama sözleşmesinin feshi halinde üst hakkının da terkin edilmesi gerektiği madde içeriğinde yer almıştır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere üst hakkının sona ermesi TMK'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemede erken terkin için belli şartlar aranmıştır. Bu sebeple ileride yapılacak KÖİ projeleri için üst hakkı sözleşmesinin uygulama sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenmesi ve bu düzenlemeler yapılırken de TMK hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir.

Tezimizin içeriğinde yer vermiş olduğumuz 6428 sayılı Kanun'da ve 652 sayılı Yönetmelikte üst hakkının da sona ermesine ilişkin düzenlenen hükümlerde üst hakkının iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Üst hakkı iptal edilmemekte terkin edilmektedir. Terkin ise bir tescilin üzerinin çizilerek etkisiz hale getirilmesi işlemidir ve bir aynî hakkı sona erdirmek veya gerçek hak durumunu yansıtmayan tapu sicilini düzeltmek için yapılmaktadır. Aynî bir hak olan üst hakkı da teknik anlamda "iptal" edilmemekte "terkin" edilmektedir. Bu hususun da yapılacak diğer KÖİ projelerinde göz önünde bulundurulması daha uygun olacaktır.

Son olarak üst hakkı her ne sebeple sona ermiş olursa olsun, sona erme tarihi itibarıyla hak lehdarının yapıyı tahliye etmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile kural olarak, üst hakkının sona erme tarihi itibarıyla hak lehdarının malik veya zilyet olarak yapı üzerindeki hakları ortadan kalkmaktadır.

K. ÜST HAKKINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Bu başlık altında üst hakkı sözleşmesinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkemenin neresi olduğuna ilişkin bilgi verilirken uygulama sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklarda da yine görevli ve yetkili mahkemelerin neresi olacağına ilişkin bilgiler paylaşılacaktır. Bunun sebebi daha öncede belirtmiş olduğumuz üzere her ne kadar üst hakkı sözleşmesi uygulama sözleşmesinden ayrı olarak incelenmesi gereksede uygulama sözleşmelerinin içeriğinde yer alan hukuki kurumlardan biri de üst hakkıdır. Bu sebeple bu konuda yer alan ayrımı da ortaya koymak önemlidir.

Uygulama sözleşmeleri görevli ve yetkili mahkeme tespit edilirken bu tespiti iki ana başlık altında yapmak en doğrusu olacaktır. İlki ihale öncesinde yer alan ihalelerde başvurulacak merciinin belirlenmesi⁵¹⁴ ikinci olarak ise uygulama sözleşmesinin imzalanmasından sonra çıkacak uyuşmazlıklarda başvurulacak merciinin belirlenmesidir. Daha öncede belirtmiş olduğumuz ve birçok kanunda da yer verildiği üzere KÖİ projeleri kapsamında uygulama sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar özel hukuka tabi olacaktır. Tabi bu durum KÖİ projeleri için oluşturulmuş yasal düzenlemeler içinde de belirtilmiştir. Fakat ihale döneminde doğan uyuşmazlıklar için aynı şeyi söyleyemeyeceğiz. Sözleşme öncesi aşama kamu hukukuna tabi olması gerekir. Bunun sebebi ihale işleminin bir idari karar olması sebebiyle idari yargı denetimine tabi olmasından kaynaklanmaktadır.⁵¹⁵ Bu aşamada yapılacak kanuna görevli ve yetkili mahkemenin de açıkça dercedilmesi ve bu hususta Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla görevli olacağının belirtilmesinde fayda vardır.

Kamu hukuku alanın da Danıştay denetimi Anayasa madde 155'te iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki konusu imtiyaz olan sözleşmelerde Danıştay'ın düşünce

⁵¹⁴ Buz, **a.g.e.**, s. 84.

⁵¹⁵ Keşli, **a.g.e.**, s.487.

bildirmesi iken, konusu imtiyaz olmayan sözleşmelerde Danıştay'ın yetkisi Anayasa m.155/2'de idari uyuşmazlıkları çözmek olarak belirlenmiştir.⁵¹⁶

Bu konuyla ilgili değinilmesi gereken bir diğer hüküm Anayasa madde 125'tir. İlgili hükümde "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.*" İfadelerine yer verilerek idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ifadesiyle bir idari karar olan ihale işleminden doğan uyuşmazlıklarda idari mercilere, taraflar arasında akdedilen sözleşmeden sonra ise adli yargı mercilerine hatta tahkime başvurulabileceğini açıkça ortaya koymuştur.

Sonuç olarak ihale aşamasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda idare hukukuna başvurulacağına ve idare mahkemelerine başvurulacak olduğunu⁵¹⁷ uygulama sözleşmesinin akdedilmesinden sonra doğan uyuşmazlıkların özel hukuka tabii olduğunu bu sebeple bu uyuşmazlıkların adli yargının görevine girdiğini ve HUMK kurallarının burada uygulanabileceğini söyleyebiliriz.

Şimdiye kadar görevli ve yetkili mahkeme konusuyla ilgili aktardığımız bilgilerin tümü taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar için söz konusudur. Konuyla ilgili bilgi aktarılması gereken diğer bir husus hizmet kusurundan kaynaklanan davalarda görevli ve yetkili mahkemenin neresi olacağıdır. Bilindiği üzere PPP uygulamalarında bazı kamu hizmetlerinin özel sektöre gördürülmesi söz konusu olmaktadır. Ancak kamu hizmetinin özel sektör tarafından görülmesi bu konu ile ilgili idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeple bir kamu hizmetinin geç işlemesi ya da hiç işlememesi nedenlerine dayalı olarak idare aleyhine tam yargı davası açılması mümkündür.⁵¹⁸

Bu konuyla ilgili belirtilmesi gereken son husus ise idarenin kamu hizmetinin eksik görülmesinden veya hiç görülmemesinden dolayı idarenin tazminata mahkûm edilmesi halinde yükleniciye dava açma hakkı bakidir ve bu açılacak rücu davası özel hukuka tabi olacaktır.

⁵¹⁶ Keşli, a.g.e., 482.

⁵¹⁷ Sezginer, a.g.e., s. 823, Cebeci, Zeynep Ebru, **Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler**, Ankara, 2021.s, 171.

⁵¹⁸ Keşli, a.g.e., s.494.

Üst hakkı sözleşmesi ile ilgili taraflar arasında bir ihtilaf çıkması halinde ise ihale aşamasından bağımsız olarak yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmesi için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na gideceğimizi belirtebiliriz. HMUK madde 12/1 *"Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir"* diyerek yetkili mahkeme konusunda kesin yetki kuralı getirilmiştir.

18. madde de ise; yetki sözleşmesinin şartları belirtilmiş ve şu hususlara yer verilmiştir: *"Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz. (2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyumsuzluğun kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır"*.

Görevli mahkeme ise; HMUK madde 2/1'de düzenlenmiştir. İlgili hüküm gereği ; *"Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir."* İş bu maddeye göre; üst hakkına ilişkin uyumsuzluklarda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

L. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM MÜESSESESİ

Devlet yargısı yanında alternatif bir yargı müessesesi olarak hukuki uyumsuzlukları çözmek için geliştirilen tahkim⁵¹⁹, kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların çözümünde de başvurulacak yollardan biridir.⁵²⁰

Tahkim yolu uyumsuzluk konusunu uzman kişilerin çözmesini sağlamakla birlikte ticari anlamda da daha avantajlı olması ve daha hızlı sonuç vermesi ile de kendini göstermektedir.⁵²¹

Tahkim her ne kadar özel hukuk kurumu olarak ele alınsa da, geçmişten günümüze kamu hukukunda tahkim örnekleri ulusal ve uluslararası çapta karşımıza çıkmıştır. İdari uyumsuzluklara ilişkin olarak tahkim yolunun tanınmasında Amerika öncü olarak kabul

⁵¹⁹ Nomer, Engin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, 2017, s.55; Aslan Zehreddin/Arat Nilay, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyumsuzluklarda Tahkim Usulü**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y.4, S.8, 2005/2, S.2-3.

⁵²⁰ Cebeci, **a.g.e.**, s.201.

⁵²¹ Kantarcı, Esra, **İdare Hukukunda Tahkim Müessesesi**, Bkz: <https://www.academia.edu>.

edilse de "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 05.10.2001 tarihli İdari Otoriteler ve Özel Kişiler Arasında Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatiflere ilişkin tavsiye kararına göre üye devletler buna elverişli idari işlem ve sözleşmelere uygulanmak üzere yargı dışı alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi noktasında teşvik edilmelidir. İdareye başvuru, uzlaşma, alternatif çözüm yollarından biri de tahkim yoludur."⁵²²

Sonuç olarak, gelişen ve değişen dünya koşulları hukukun kendini geliştirmesine ve değiştirmesine, gelecek zamanda daha çok kamu hukukuna ilişkin konularda, tahkim kurumu ile karşı karşıya kalmamıza neden olacaktır. Hali hazırda idare hukukundaki imtiyaz usulünde tahkim nasıl reddediliştin anayasamıza kadar girdi⁵²³ ve mevzuatımız ona göre uyarlandı ise, gelecekte de hızlı ve verimli çözüm yolu olarak tahkime çok daha fazla gidilecektir.⁵²⁴

KÖİ kapsamında değerlendirildiğimizde de idarenin özel hukuk sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilmesinde herhangi bir engel yoktur. Bu konuyla ilgili bilgilendirmeler yapılırken yine 6428 sayılı kanun kapsamında düzenlenen şehir hastaneleri projesi esas alınacaktır.

Kamu Özel İşbirliği sözleşmelerinin özel hukuka tabi olduğu hususu 6428 sayılı kanunda, 652 sayılı KHK ile kabul edilen yönetmelikte ve Danıştay kararlarında da belirtilmiştir. Uyuşmazlık halinde tarafların yargı merci olarak nereye başvuracağı hususu ile ilgili yönetmeliğin Anlaşmazlıkların çözümü başlıklı 67. maddesinde yer almıştır. Bu hükme göre; "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." Bu hükme göre Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak 6639 sayılı Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 3. Maddesi ile "21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık

⁵²² Cebeci, **a.g.e.**, s.202.

⁵²³ Bkz. Anayasa madde 125 : " İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13.8.1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir."

⁵²⁴ Kantarcı, **a.g.e.**, s. 18.

Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin on birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “ve davanın Türkiye’de görülmesi” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu sebeple uyuşmazlık durumunda yargı merciinin Londra Tahkiminin yetkili olması da mümkün hale gelmiştir.

Bu değişiklikte birlikte bazı hususların ortaya konması gerekmiştir. Günümüzde, tahkim usulüne uygulanacak hukukun, tahkim yeri hukukundan ayrılması genel olarak kabul edilmektedir.⁵²⁵ Modern tahkim düzenlemeleri, tahkim usulüne, tahkim yeri hukukundan farklı bir hukukun ya da kuralların uygulanmasına izin vermektedir. Tahkim yerinin taraflarca seçilmiş olması, direk olarak tahkim yeri usûl kurallarının uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Bunun sebebi de, millî mahkemelerin aksine hakemlerin lex fori’lerinin bulunmamasıdır.⁵²⁶ Modern hukuk sistemlerinde, tahkim yerindeki emredici hükümler saklı kalmak kaydı ile tahkim usûlüne uygulanacak hukukun, taraflar veya hakem kurulu tarafından belirlenmesi kabul edilmektedir. Bununla birlikte UNCITRAL Model Kanunda, usûle ilişkin bazı konularda taraflara özellikle seçim hakkı tanınmıştır. Tahkim yeri (m. 20) veya tahkim dili (m. 22) konusundaki düzenlemeler buna örnek olarak verilebilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen hükümlere göre Türk hukukunda da, tarafların, tahkim usulüne uygulanacak kuralları, Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile serbestçe seçebilecekleri kabul edilmiştir. Dolayısı ile Türk hukukunda, tahkim usûlüne uygulanmak üzere, yabancı bir ülke kanununun veya milletlerarası kurumsal tahkim kurallarının seçilmesine imkân tanınmıştır.

Taraflar, hem mahkemelerde uygulanan usûl kanunları hem de tahkim kanunları olmak üzere, millî hukuk sistemlerini seçebilirler. New York Sözleşmesi’nin m. 5/1-d

⁵²⁵ Aygöl, Musa/Erdoğan, Ersin, **Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.4, 2020, s.79.

⁵²⁶ Gaillard, Emmanuel/ Savage, John: Fouchard, Gaillard, **Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, s. 636-637.

hükmünün liberal yorumu da, bu görüşü desteklemektedir.⁵²⁷ 6639 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ve gerekçesi dikkate alındığında, KÖİ Kanununu ile tahkim yeri neresi olursa olsun tahkim usûlüne MTK'nın uygulanmasının amaçlandığı kabul edilmelidir. Söz konusu hükmün emredici niteliği dikkate alındığında, 6428 sayılı Kanun gereğince yapılacak tahkim sözleşmelerinde, tahkim usûlüne uygulanacak hukukun MTK olarak belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla, taraflar tahkim yeri olarak başka bir ülkeyi seçebilmelerine rağmen, tahkim usûlüne uygulanacak hukuk açısından bir başka devlet hukukuna veya kurumsal tahkim kurallarına atıf yapamayacaktır.⁵²⁸ Tahkim yeri yurt dışında olan bir tahkim yargılamasında hakem mahkemesi, tahkim usûlüne tarafların seçtikleri hukuku ya da kuralları uygulayacaktır. Taraflar sözleşme yaparken MTK'nın uygulanmasını seçmişlerse ki KÖİ Kanunu gereğince bu seçim zorunludur, hakem mahkemesi tarafların seçimi ile bağlıdır.⁵²⁹ Hakemlerin bu seçime uymamaları, hakem kararının iptali ya da tenfizinin reddi sebebi olacaktır.⁵³⁰ Milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, tahkim usûlüne uygulanacak kurallar bakımından, tahkim yerinin emredici hükümleri ve kurumsal tahkim kuralları bir çerçeve belirlemiş olmasına rağmen, pek çok usûlî mesele, hem ad hoc tahkimde hem de kurumsal tahkimde, hakemlerin takdir yetkisine bırakılmıştır.⁵³¹

⁵²⁷ Schwarz/Konrad, **a.g.e.**, s. 8

⁵²⁸ Aygül/Erdoğan, **a.g.e.**, s.80.

⁵²⁹ Kalpsüz, Turgut, '**İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim**', **Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, C. 1, Bildiriler Tartışmalar, 1999, s. 2, Aygül/Erdoğan, **a.g.e.**, s.80.

⁵³⁰ Aygül/Erdoğan, **a.g.e.**, s.80.

⁵³¹ Heuman, Lars: **Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure**, Juris Publishing, USA, 2003. s. 264.

SONUÇ

Dünya genelinde, enerji, ulaştırma, sağlık, eğitim, turizm gibi hizmetlerin sağlanması amacıyla kamu özel işbirliklerine başvurulmaktadır. Bunun temel nedeni ülkelerin artan proje stoğunun bulunmasına rağmen yaşanan finansal yetersizlik sebebiyle kamu hizmetlerine ilişkin alt yapı yatırımlarının yapılamamış olmasıdır. Burada amaçlanan ise; enerji ve ulaştırma gibi alt yapı hizmetlerinin maliyetlerinin düşürülmesini sağlamak, sağlık eğitim gibi kamu hizmetlerinin de düşük maliyet ile daha iyi hizmet sunulacak tesisleri ortaya çıkarmaktır.

Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de kamu özel işbirliğine sıklıkla başvurulmaktadır. Kamu özel işbirliği kavramının tanımı ile ilgili doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden bir kısmı KÖİ kavramını bir çatı kavram olarak kabul ederken diğer kısmı da dünyada PPP olarak bilinen ülkemizde ise açılımının kamu özel işbirliği olduğu diğer sistemlerden farklı olan taraflar arasında risklerin paylaşıldığı ve asıl kamu hizmetini içine alan çekirdek hizmetin kamu tarafından verildiği bir sistem olduğu görüşündedir. Kanaatimizcede ülkemizde şehir hastaneleri projesinde uygulamaya konulmuş olan bu sistem KÖİ başlığı ile tanımlanmakla birlikte diğer sistemlerden farklılık arz etmektedir. Tezimizin içeriği de bu görüş esas alınarak hazırlanmıştır. Ülkemizde şehir hastaneleri yapımında kullanılan bu sistemde taraflar arasında doğru risk paylaşımı esas alınmış ve asıl kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin verilmesi görevi kamuda bırakılmıştır. Bu konuyla ilgili tereddüte mahal verilecek görüşler belirtilmişse de tezimizin içeriğinde de aktarmış olduğumuz Danıştay kararları bu tereddütü ortadan kaldırmıştır. Dünyada PPP olarak bilinen ve çıkış yeri İngiltere olan bu sistem farklı ülkeler tarafından kendi ülkelerinin yasal düzenlemeleri de esas alınarak değişik formlarda uygulamaya konulmuş ve halihazırda halâ kullanılmaktadır.

KÖİ projeleri, yapım, kiralama, işletme hakkının verilmesi, sınırlı ayni hakların tesisi ana unsurlarının bir araya getirilmesinden oluşmaktadır. Bu projelerde taraflar arasında TBK, TMK ve proje konusu için düzenlenmiş yasal mevzuat esas alınarak bir uygulama sözleşmesi akdedilmektedir. KÖİ modeline uygun olarak yapılmış şehir hastanelerinde ki yasal düzenleme ise *"6428 Sayılı Kanun Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanundur"*

Uygulama sözleşmesi kamu ile özel hukuk kişisi arasında akdedilen içeriğinde eser, kiralama, üst hakkı tesisi ve işletme hakkının devri gibi hukuki kurumları içinde barındıran bir sözleşmedir. Bu sözleşmelerin hukuki niteliği üç başlık altında incelenmesi gerekir. Bunlardan ilki idari sözleşme/özel hukuk sözleşmesi ayrımı açısından, ikincisi TBK’da düzenlenen isimli ve düzenlenmeyen isimsiz (atipik) sözleşme açısından, üçüncüsü ise uygulama sözleşmesinin üst hakkı sözleşmesi için bir ön sözleşme niteliği taşıyıp taşıyamaması açısından.

Öncelikle belirtmeliyiz ki uygulama sözleşmesinin hukuki niteliğini ortaya koyarken yapmış olduğumuz bu ayrımlar sözleşmenin akdedilmesinden sonra geçerlidir. Sözleşmenin akdedilmesinden önce yapılan ihale aşamasında herhangi bir uyuşmazlığın doğması halinde idare hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler geçerli olacak ve yetkili mahkeme olarak idare mahkemelerine gidilebilecektir.

İhale aşamasından sonra kamu ve özel sektör arasında akdedilen uygulama sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu söyleyebiliriz. Bunun sebebi, hem Anayasamızda hem de diğer muhtelif kanunlarda, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceği hususunun kanunla belirlenir ilkesine uygun olarak kamu özel işbirliği modelinde yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri olduğu ve sonuçlarının da buna uygun olarak doğması gerektiğinin açıklanmış olmasıdır.

Diğer bir ayrım ise bu sözleşmelerin isimli/isimsiz (atipik) sözleşme olup olmadığına ilişkindir. Uygulama sözleşmesi TBK’da düzenlenen isimli bir sözleşme değildir fakat TBK’da yer alan bazı isimli sözleşmelerin belli özelliklerini içinde barındıran tarafların karşılıklı birden fazla karakteristik ediminin olduğu bir atipik karmaşık sui generis sözleşmedir ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda uygun düştüğü ölçüde TBK’da yer alan hükümlerin uygulanması gerektiği aşıkardır. Son olarak üst hakkı açısından konuyu değerlendirdiğimizde uygulama sözleşmesinin bir ön sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin bir ayrıma gidilebilir. Her ne kadar uygulama sözleşmesinin üst hakkı sözleşmesi için bir ön sözleşme niteliği taşımadığını düşünsekte idarenin özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis etmekle ilgili yükümlülük altına girdiğini ifade edebiliriz.

Sonuç bölümümüzün başlangıcında KÖİ uygulamalarının unsurlarında da belirtmiş olduğumuz üzere uygulama sözleşmesinin içerisinde dört hukuki unsur yer almaktadır. Bunlar; eser sözleşmesi, kira sözleşmesi, üst hakkı tesisi ve işletme hakkının devri sözleşmesi. Bu aşamalarda ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda sözleşmenin bütünü de esas alınarak uygulanabileceği ölçüde belirtmiş olduğumuz dört hukuki unsura ilişkin yasal düzenlemelere gidilebilecektir.

Çalışmamızda kamu özel işbirliğinde kamu tarafından özel hukuk kişisi lehine tesis edilen üst hakkı tez konumuzun ana başlığını oluşturması sebebi ile ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Ülkemizde, üst hakkına KÖİ uygulamalarında sıklıkla başvurulmaktadır ve başvurulmaya da devam edecektir. Bunun sebebi bütçe yetersizliğinden dolayı yapılan bu projelerde kamunun bu yolla avantaj sağlamak istemesi özel sektöründe bu durumdan kazanç sağlamasıdır. Bu sebeple her iki taraf içinde avantajları olan bu uygulamanın devamı gelecektir.

KÖİ uygulamalarında, sözleşme tarafı, şekil, süre, devir, ipotek tesisi, üst hakkı çeşidi gibi bazı konularda üst hakkı sözleşmesi ile uygulama sözleşmesi birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Her ne kadar özel hukuk kişisi lehine üst hakkı tesis edileceği hususu uygulama sözleşmesinde yer alsın da üst hakkı aynı bir haktır, resmi senet şeklinde düzenlenir ve bu resmi senette yer alan tüm hususlar herkese karşı ileri sürülebilir. Bu sebeple üst hakkından kaynaklanan herhangi bir ihtilaf halinde uygulama sözleşmesine değil üst hakkı resmi senedinde yazılı olan hususlara riayet edilir.

Bir KÖİ uygulaması olan şehir hastaneleri projesinin hukuki düzenlemesi 6428 sayılı Kanun ve bu kanuna ilişkin düzenlenmiş olan uygulama yönetmeliği ile yapılmıştır. İlgili kanunda üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olacağı ifade edilmiş uygulama yönetmeliğinde ise; üst hakkının devrinin idarenin onayına tabi olacağı belirtilmiştir. TMK’da üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olması bu hakkın en az 30 yıl süreli olmasına ve 3. kişilere ve mirasçılara geçişinin herhangi bir izne tabi olmamasına bağlı kılınmıştır. Burada TMK’da yer alan hüküm ile 6428 sayılı kanuna bağlı olarak düzenlenmiş uygulama yönetmeliğindeki kural arasında çelişki oluşmuştur. Bu çelişki özel kanun ve genel kanun ayırımına gidilerek özel kanunda yer alan hükmün bir düzen kuralı sayılması gerektiği düşüncesi ile çözümlenmeye çalışılmışsa da bu mümkün olmamıştır. Bunun sebebi ise bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu belirtilen üst hakkının devrinin onaya tabi tutulmasına ilişkin kuralın kanunda değil yönetmelikte düzenlenmiş

olmasından kaynaklanmaktadır. Yönetmelikte düzenlenmiş olan bu kuralın zorlama bir yorumla özel kanuna dayandırılması halinde de onaya tabi olma durumu sadece bir düzen kuralı olarak kabul edilebilir. Tapu memuru düzen kuralına uyarak kamu tarafını bilgilendirerek onayını talep edebilir fakat aksini yaparak devri de gerçekleştirebilir ve bu işlem geçerli olur. Nitekim "*Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2010/12 sayılı*" üst hakkı konulu genelgesinin üst hakkının devir temlik başlıklı g maddesinde de bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkının devrinin ve mirasçılara geçişinin mümkün olduğu belirtilmiş ve onay mevzu ile ilgili herhangi bir hususa yer verilmemiştir.

Bu konuyla ilgili söylememiz gereken diğer bir husus ise; üst hakkı sözleşmesinin özel hukuk kişisi tarafından herhangi bir onay almadan 3. kişiye devretmesi halinde uygulama sözleşmesinin akıbetinin ne olacağına ilişkindir. Uygulama sözleşmesi karmaşık atipik bir sözleşmedir ve sözleşme içeriğinde yer alan hukuki unsurlar içerisinde üst hakkı unsurunda vardır. Üst hakkı sözleşmesi her ne kadar ayrı bir sözleşme olarak gözükmese de bileşik sözleşmede olduğu gibi karmaşık atipik sözleşme olan uygulama sözleşmesinin içerisinde yer alan karakteristik edimler de sözleşme konusunun ayrılmaz bir unsuru haline gelmiştir. Bu sebeple üst hakkını devreden özel hukuk kişisi aynı zamanda uygulama sözleşmesini de devretmiş olması gerekir.

İdare tarafından üst hakkının kendine devrini isteyebilmesinin hangi koşullara bağlı olacağı konusuna geldiğimizde ise TMK madde 831 bu konuya ışık tutmaktadır. Bu hükme göre "*Üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir.*" Bu hüküm uyarınca, kamu tarafının üst hakkının devrini isteyebilmesi TMK madde 831'de yer alan hususların gerçekleşmesi şartı ile mümkündür.

Üst hakkının kredi teminatı olarak kullanılması da bağımsız ve sürekli nitelikte olmasına bağlıdır. 6428 sayılı kanunda ve uygulama yönetmeliğinde üst hakkının bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu belirtildikten sonra devrinin idarenin onayına tabi tutulması üst hakkının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmıştır. Bu sebeple üst hakkının kredi teminatı olarak kullanılması mümkün gözükmemektedir.

Çalışmamızın içeriğinde de belirtmiş olduğumuz üzere KÖİ uygulamaları tek bir kanun üzerinden yürütülmemekte ve her bir proje için ayrı hukuki düzenlemelere yer

verilmektedir. Kanaatimizce bundan sonra KÖİ modeli ile yapılacak tüm projeler için tek bir yasal düzenleme yapılması ve bu yasal düzenlemenin de TMK ve TBK hükümleri ile uyumlu olması sağlanmalıdır. Aksi halde yukarıda belirttiğimiz problemler her zaman mevcudiyetini koruyacaktır.

KÖİ projeleri için hazırlanan özel kanunlar, bu projelerde ortaya çıkacak ihtilafların özel hukuka tabi olduğunu ve üst hakkının TMK’da düzenlenen bir irtifak hakkı olduğunu esas alarak düzenlenmeli ve bu düzenlemeler akabinde yapılan uygulama sözleşmesinin içeriği oluşturulurken üst hakkı unsurunun uygulama sözleşmesinin içersinde yer alan bir hukuki unsur olduğunu gözardı etmeden üst hakkına ilişkin konuların üst hakkı resmi senedinde düzenlenmesi gerektiği belirtilmeli ve üst hakkı ile ilgili herhangi bir uyuşmazlık halinde resmi senette yazılı hususların geçerli olacağının dikkate alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

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

ADB Business Center. **Public Private Partnership (PPP) Handbook**, 2008, (çevrimiçi)<https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf>

ABD. **Public-Private Partnership Operational Plan**, 2012, (çevrimiçi) <https://www.adb.org/documents/public-private-partnership-operational-plan-2012-2020>.

AKDAĞ, Recep. **Türkiye Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu**, 2003-2011,(çevrimiçi)<https://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/SDPturk.pdf>

AKEL, Yeliz Neslihan. “Kamu İhalelelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, **Vergi Sorunları Dergisi**, (2007), S.350, ss.130-140

AKINCI, Şahin. “Seracılığın Geliştirilmesi Amacıyla Kamu Arazisi Üzerinde Üst Hakkı Tesisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (1998), C.6, S.1-2, ss. 767-786.

AKINCI, Şahin. **Roma Borçlar Hukuku 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK İle Mukayeseli**, Konya: Sayram Yayınları, 2021.

AKİL, Cenk. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler”, **Ankara Barosu Dergisi**, (2012). S.2, ss.99-117.

AKİPEK, Jale. “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti, Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağanı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları**, No. 303, 1972. ss.25-69.

AKİPEK, Jale. Akıntürk, Turgut. Ateş, Derya. **Eşya Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

ALICI, Abdulkadir. BATTAL, Ünal. **Türkiye’de Havalimanı Proje Finansmanında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Üzerine Bir Araştırma**, Bilimsel Araştırmalar Kitabı- İktisadi ve İdari Bilimler II, Bölüm 8, Akademisyen Yayınevi,2018,(çevrimiçi)

https://www.researchgate.net/publication/329390203_turkiye'de_havalimani_proje_financemaninda_karsilasilan_sorunlari

ALİCAN, Nesrin. **Kamu Hizmetlerinin Finansmanında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları Yaklaşımı**, AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Bülteni, 2008, ss. 2-4.

ALTAŞ, Hüseyin. **Hasılat ve Şirket Kirası**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

ALTIN, Aytuğ. “Kamu Hizmeti Anlayışında Değişim”, **Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, (2013), C.1, S.2, ss. 101-118.

ALTINIŞIK, Resul. **Kamu İhale Hukukunun Türk Kamu Yönetimindeki Yeri, Temel İlkeleri ve İşlevi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2011.

ARAL, Fahrettin. AYRANCI, Hasan. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

ARSLAN, Kaan Onur. “Kamu Malı Niteliğinin Tespiti ve Kamu Mallarından Yararlanmanın Esasları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, (2017), C. 131, ss. 56-86. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-131-1670>

ASLAN, Zehreddin. ARAT, Nilay. “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, (2005), C.4, S.8, ss. 1-25.

ATAY, Ender Ethem. **İdare Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.

ATLAN GÜRER, Hülya. **Tapu Kütüğünde Taşınmaz Olarak Kaydedilebilen Bağımsız ve Sürekli İrtifak Hakları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

AVCI, Ali. “Türk Borçlar Kanunu’nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.119, (2019), ss. 368-394.

AYANOĞLU, Taner. “İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.65, S.1,(2007), ss. 3-38. (çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/08/20190802.htm>

AYBAY, Aydın. HATEMİ, Hüseyin. **Eşya Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2014.

AYGÜL, Musa. ERDOĞAN, Ersin. “Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Anlaşmalarından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Tahkim Düzenlemesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.24, S.4, (2020), ss. 61-100.

Ayhan, Fatma. **İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.

BARLAS, Nami. **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1998.

BAYAZIT, Bahar. **Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı**, Ankara: Turhan Kitabevi, (2018).

BAYRAM, Aziz Erman. Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.21, S.4, (2017), ss. 131-182.

BAYTAN, İlhan. **Özelleştirme**, Ankara, (1999).

BOUSSABAİNE, Abdelhalim. **Cost planing of PFI and PPP Buildings Project**, 2007.

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

BURNETT, Michael. **The Current Private Finance Initiative (PFI) Reform in the United Kingdom - How should it be measured**, 2021. (çevrimiçi) <https://doi.org/10.21552/EPPPL/2012/2/138>

BUZ, Vedat. “İş Sahibinin TBK madde 369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.21, S.2, (2001), ss. 209-265.

BÜLBÜL, Duran. “Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamasının Mali Saydamlık Açısından Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi**, C.2, S.7, (2017), ss. 93-108.

CANSEL, Erol. **İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Medeni Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası**, Ankara: Desen Matbaası, (1953).

CEBECİ ZEYBEK, Ebru. **Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler**, Ankara: Seçkin Yayınevi, (2021).

Commission Of The European Communities. **Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions**, Brussels. 2004, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en>

CONDE Ana Belen., BROWN, Christine., SUAREZ, Javier Rojo. **Public private partnerships: Incentives**, risk transfer and real options, 2007.

ÇAĞA, Tahir. “Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, (1991). S.3, ss.366-375.

ÇAKIR, Hüseyin. Melih. **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

ÇAKIR, Mehmet. Kadir. **6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı Ve Yeni Bir Model Yap Kirala Devret**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.

DEMİR, Alper. Yaşar. **Kamu İhale Kanunundan ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklar İle Çözüm Yolları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

DEMİR, Halit. **Hazine Ve Kamu Taşınmazlarının Yatırım Amaçlı Kullanımı**, Maliye ve Finans Yazıları, (2009), C.1, S.85, ss. 9-25.

DEMİRBOĞA, Dursun. Ali. **Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

DEMİRSATAN, Barış. **Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

EMEK, Uğur. **Altyapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri**, İstanbul: İktisadi Araştırmalar Vakfı , 2010.

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

ENDER, Ethem. Atay. **İdare Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.

ERCOŞKUN Şenol, Kübra. **Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı: Tbk m. 27** (Freedom To Determine The Content Of The Agreement And General Limitations To This: Turkish Code Of Obligations Article 27), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (2016). C.74, S.2, ss. 709-737.

EREKMEKÇİ, Müge. **Türk Özel Hukuku'nda Yap-İşlet-Devret (Yid) Modeli Çerçevesinde Üst Hakkı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

EREN, Hüseyin. **International PPP Platform Turkey Başkanlığı Sunumu**, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara- İstanbul, 2008.

ERGÜNE, Mehmet. Serkan. “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, (2008), C.66, S.1, ss.275-291.

ERİŞEN, Muhammet. **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara: Legal Kitabevi, 2011.

ERSÖZ, Melis. **Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnership Uygulamaları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

ERTAŞ, Şeref. **Eşya Hukuku**, İstanbul: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2018.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan. **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

European Commission. **Public - Private Partnerships, European Commission**, Public Private Partnerships, 2013, introduction.https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp/intro_fiche.pdf

EVREN, Can. Çınar. **Kamu Özel İşbirlikleri**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.

FIRUNCU KARABACAK, Semra. “Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi*(The Sequence Between The Limited Rights In Rem)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, (2016). C. 74, S.2, ss. 773-805.

GAİLLARD, Emmanuel., SAVAGE, John. FOUCHARD, Gaillard, **Goldman on International Commercial Arbitration**, Boston: Kluwer Law International, 1999.

GÖKTÜRK, Serhan. **Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap-Kirala-Devret Sözleşmesi**, Yüksek Lisans Tezi, 2019.

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

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

GÖYMEN, Korel. **Türkiye’de Özel Girişimin Yerel Kalkınmaya Katkısının Sağlanması**, Sabancı Üniversitesi İstanbul Politikalar Merkezi, İstanbul, 2009, (çevrimiçi) <https://research.sabanciuniv.edu/11963/>

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut. **İdare Hukuku**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.

GÜLAN, Aydın. “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, **İÜHFM**, (1998), C.56, S.1, ss. 97-107.

GÜLAN, Aydın. **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul: Alfa Yayıncılık, 1999.

GÜMÜŞ, Mustafa. Alper. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

GÜNEL, Mustafa. Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Taraf Olduğu Konut ve Çatılı ,İşyeri Kiralarına Uygulanacak Hukuk (TBK m. 339/f.II), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (2014). C. 72, S.1,ss. 831-850

GÜNDAY, Metin. **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2012.

GÜRSES, Davut. “Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpoteği”, **Bankacılar Dergisi**, (2011). C.76, ss.3-17 .
https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/bankacilar_76.pdf

GÜRSOY, Kemal. EREN, Fikret, CANSEL, Erol. **Türk Eşya Hukuku**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

GÜRZUMAR, Osman. Berat. **Türk Medeni Hukuku’nda Üst Hakkı**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008.

GÜZELSARI, Selime. “Sağlık Sisteminde Yeniden Yapılanma ve Kamu Özel Ortaklıkları”, **Amme İdaresi Dergisi**, (2012), C.45, S.3, ss. 29-57.

HATEMİ, Hüseyin. **Eşya Hukuku Eki**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

HATEMİ, Hüseyin. **Borçlar Hukuku Özel Bölüm** Ders Notları, İstanbul, 2021.

HATEMİ, Hüseyin., GÖKYAYLA, Emre. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.

HEUMAN, Lars. **Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure**, Juris Publishing, USA., 2003.

İMRE, Zahit. **Kaynak- Yeraltı Suları ve Hukukî Durumları**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1951.

KARAGÖZ, Dilek. **Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

KARAHANOĞULLARI, Onur.” Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz Kamu Özel Ortaklığı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, (2011), C.66, S.3, ss.177-215.

KARASU, Koray. “Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu- Özel Ortaklığı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, (2011). C.66, S.3, ss.217-262.

KASAPLIOĞLU Turhan, Mine. **Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi**, Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu, ss.101-127, 2011.

KEMAL, Gürsoy., FİKRET, Eren, EROL, Cansel. **Türk Eşya Hukuku**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.

KEŞLİ, Ahmet. Kamu Özel Sektör İşbirliği, **PPP Projelerinin Hukuki Rejimi**, İstanbul: Group Law Publishing , 2016.

KIRBAŞ, Sadık. **Devlet Malları**, Ankara: Adım Yayıncılık, 1988.

KOSTAKOĞLU, Cengiz. **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2005.

KÖPRÜLÜ, Bülent., KANETİ, Selim. **Sınırlı Ayni Haklar**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.

KUL, Eyüp. **Yapım Sözleşmelerinde Asgari Ekonomik Menfaat Taahhüdü**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

KUNTALP , Erden. “Bağımsız Ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak Görünmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, (1991),C.4, ss. 528-551.

KUTLU, Meltem. **İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997.

MARSHALL, Tom., BEATTY, Helen., CUNDALL, Sam., HERBERT, Smith. **Public Private Partnership Law Review in United Kingdom**, 2021, <https://thelawreviews.co.uk/title/the-public-private-partnership-law-review/united-kingdom>

NOMER, Engin. **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2017.

ODYAKMAZ, Zehra. Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S.2, (1998), ss. 1-63.

OĞUZMAN, Kemal. **Kat Mülkiyeti Meselesi ve Hal Çaresi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1958.

OĞUZMAN, Kemal., SELİÇİ, Özer., OKTAY ÖZDEMİR, Saibe. **Eşya Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011

OKTAY, Saibe. İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, (1996). C.55, S. 1-2, ss.263-296.

ONAR, Sıddık. Sami. **İdare Hukuku’nun Umumi Esasları**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.

ORGAN, Arzu., TEKİN, Bilge. “Şehir Hastanesi Kuruluş Yeri Seçimi İçin Gri İlişkisel Analiz Yaklaşımı: Denizli İli Örneği”, **Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, (2017), C.4, S.3, ss.256-278.

ÖZ, Turgut. **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

ÖZMEN, Etem. Saba., KORKMAZ, Tuba. Kamu Arazilerinde Turizm Amaçlı Kurulmuş Üst Hakkının Sona Ermesinde Yaşanan Problemler, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (2020), C.1, ss. 153-186.

ÖZMEN, İhsan., ÇORBALI, Halim. **3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi**, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 1995.

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin. **Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2007.

POROY, Reha., TEKİNALP, Ünal., ÇAMOĞLU, Ersin. **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2005.

RANGEL, THAIS., Vasallo, MANUEL. Jose., RAMÍREZ, Blanca. **Arenas plementation of safety based incentives in Public Private Partnerships (PPPs): an empirical analysis for the case of Spain**. 2011.

11-0616 Evaluationoftheeffectivenessofsafetybasedincentivesinpublicprivatepartnerships (2).pdf

SEROZAN, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2002.

SHRESTHA, Asheem., CHAN, Toong-Khuan., AİBİNU, Ajibade., CHUAN, Chen. **Efficient risk transfer in PPP wastewater treatment projects**, Australia, Utilities Policy. Efficient risk transfer in PPP wastewater treatment projects (isiarticles.com), 2017.

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

SİRMEN, Lale. **Eşya Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

SUIÇMEZ, Nevran. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kiracının ve Kiralaya Verenin Yükümlülükleri”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19 (2017, Özel Sayı), ss. 1597-1622.

ŞENER, Burak, Mustafa. **Kamu Özel İşbirliği Modellerinin Uygulanmasında Risk**, Ankara, TC Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, 2009.

ŞENOCAK, Zarife. **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

ŞİRİN, Ertunç. **Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Yönteminin Hukukî Altyapısı**, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 61. Seri, 2017.

T.C. KALKINMA BAKANLIĞI. **Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2018.

TAN, Turgut. “Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret"Modeline”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, (1992), C.47, S.3, ss.307-325.

TANDOĞAN , Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, (İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri) Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999.

TANDOĞAN, Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** (İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapevi, 2010.

Tanör, B./ Yüzbaşıoğlu N. **Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2009.

TEKİN, Ali, Güner.” Kamu Özel Sektör İşbirlikleri – Kamu Özel Ortaklıkları (Public Private Partnership Veya PPP Modelleri)”, **İdarecinin Sesi Dergisi**, (2007), C.21, S.122, ss.1-6.

TEKİNAY, Selahattin, Sulhi., AKMAN, Sermet., BURCUOĞLU, Haluk., ALTOP, Atilla. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016.

TERECİ, Hayal. “Üst Hakkı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, (2011). S.58, İstanbul.

TUĞ, Adnan. **Türk Özel Hukukunda Şekil**, Konya: Mimoza Yayınları, 1994.

TURGUT, Pınar. “Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimi Sorunu Çerçevesinde İntifa, Oturma ve Üst Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilere Alternatif Olup Olmayacağı Sorunu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (2006), (1), 371-390.

TUTAR, Elce. “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Şahsen İfa Borcunun İstisnaları ile Birlikte Değerlendirilmesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (2018), C.5, S.2, ss. 293-311.

UYGUN, Beyza. **Yeni Bir İlişki Türü: Kamu Özel Ortaklığı**, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi, (2013/2), Ankara, ss.23-27

UYGUR, Turgut. **Açıklamalı İhtahatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara: Adalet Matbaacılık, 1993.

UYSAL, Yusuf. “Kamu Özel İşbirliği Modelinde Özel Sektör Teşvik Faktörleri: Şehir Hastaneleri Örneği”, **MANAS Sosyal Araştırma Dergisi**, (2020), C.9, S.1, ss. 387-401.

UZ, Abdullah. **Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları** (Şikayet-İtirazen Şikayet-Yargısal Denetim), Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.

UZ, Abdullah.” Kamu-Özel Ortaklığı/Public-Private Partnership (Ppp)” (Kavram Ve Hukuksal Çerçeve, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (2007), C.11, S.1-2, ss. 1165-1182.

ÜNAL, Mehmet. **Türk Medeni Hukukunda Yapı Üst Hakkı**, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, 1988.

ÜNAL, Mehmet., Başpınar, Veysel. **Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.

ÜNÜVAR, Raşit. **Türkiye Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği Sunumu**, International PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri , Ankara-İstanbul, 2008.

YAĞCI, Pınar. “Mülkiyet Hakkı Kapsamında Kamu Mallarının Haczedilemeyeceği Üzerine Bir Değerlendirme”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (2020), C.11, S.2, ss. 600-616.

YALÇIN, Fatma Ceren. “Kamu Özel İşbirliği Ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimleri Dergisi**, (2015), C.13, S.25, ss. 133-162.

YASİN, Melikşah. **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, İstanbul: Beta Yayınları, 2007.

YAVUZ, Cevdet. **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

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

YILDIRIM, Turan., MELİKŞAH, Yasin., KAMAN, Nur., ÖZDEMİR, Eyüp., ÜSTÜN, Gül., ÇAKIR Melik. Hüseyin., Tekinsoy Okan, Özge. **İdare Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

YILMAZ, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**: Yetkin Yayınevi 2021.

YILMAZ, Osman. **Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması**, DPT, Uzmanlık Tezleri, Yayın No: 2493, Ankara, 1999.

YÜCEL, Ali, Rıza. **İdari Sözleşmeler ve İmtiyaz Sözleşmeleri**, Türkiye Mühendislik Haberleri,2005, ss. 73-77. (Erişim Tarihi: 1 Ekim 2021).
<https://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/72.pdf>

ZEVKLİLER, Aydın., GÖKYAYLA, Emre. **Borçlar Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

