

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ
MODELİ İLE YAPILAN ŞEHİR HASTANESİ PROJE
SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ayşin TURGAY SOYDAN

Ankara, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ
MODELİ İLE YAPILAN ŞEHİR HASTANESİ PROJE
SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ayşin TURGAY SOYDAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL

Ankara, 2024

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİ İLE
YAPILAN ŞEHİR HASTANELERİ PROJE SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL**
- 2- Doç. Dr. Yıldız ABİK**
- 3- Dr. Öğr. Üyesi Ümit Vefa ÖZBAY**

Tez Savunması Tarihi

25 Temmuz 2024

TÜRKİYE CUMHURİYET
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Sayın Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL danışmanlığında hazırladığım “Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Yapılan Şehir Hastaneleri Proje Sözleşmelerinin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi (Ankara, 2024)” adlı tezli yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

06 /08/2024
Ayşin TURGAY SOYDAN

TEŞEKKÜR

Bu tez çalıőmasında, tezimi tamamlama süresince değerli bilgi ve deneyimleri ile desteklerini esirgemeyen kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Ahmet Nadi GÜNAL'a; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde eğitimimi tamamlamam ve mesleki kariyerimde bana daima güvenerek, başarılı olmam için her türlü çaba ve desteği ile daima yanımda olan değerli annem, babam ve ablama, tez çalıőmalarım sürecinde anlayışını, özverisini ve desteğini hiç esirgemeyen biricik canım Kızım'a ve kıymetli Eşim'e teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
ŞEKİLLER DİZİNİ.....	iv
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ MODELİNİN TANIMI VE TARİHÇESİ

I. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ MODELİ TANIMI	4
II. KAVRAM OLARAK KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ.....	6
III. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ MODELİNİN GELİŞİMİ.....	9
IV. KAMU ÖZEL ORTAKLIĞININ GENEL ÖZELLİKLERİ	12
V. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	20
VI. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİNİN KURUMSAL YAPISI	23
VII. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİNİN DİĞER MODELLER İLE İLİŞKİSİ.....	26
A. İmtiyaz Usulü Açısından	26
B. Joint Venture (Ortak Girişim) Usulü Açısından.....	27
C. Özelleştirme Usulü Açısından	28
D. Yap -İşlet Devret Usulü.....	29
VIII. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ VE ŞEHİR HASTANELERİ PROJELERİ.....	33
A. Sözleşmenin Kurulma Süreci	34
B. İhale Aşaması	35

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SÖZLEŞME KAVRAMI	39
A. Genel	39
B. Sözleşme Tiplerinin Kanun Tarafından Düzenlenme Sebepleri	40
C. Kendisine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler ve Karma Sözleşmeler	42
II. SÖZLEŞMELERDE UYGULANACAK HUKUK.....	50

A. Kendine Özgü Olan (Sui Generis) Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk	50
B. Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk	52
C. Kamu Özel İş Birliği Sözleşmesinin Hukuk Açısından Karşılaştırılması.....	52

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNDE KAMU YARARI

HUSUSU

I. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI.....	55
A. Sözleşme Süreci	55
B. Tarafların Sorumlulukları	57
II. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ UYUŞMAZLIKLARINDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI.....	72
A. Genel Hukuk İlkeleri Kapsamında Değerlendirme	72
B. Yapılması Gereken Yasal Düzenlemeler.....	73
C. Sözleşme ile Yapılması Gereken Düzenlemeler	75
SONUÇ	80
KAYNAKÇA.....	83
ÖZET	93
ABSTRACT	94

ŞEKİLLER DİZİNİ

Şekil 1. Modelin Tarafları ve Sözleşmeler	13
Şekil 2. KÖİ Modelinde İhale ve Onay Süreci	37
Şekil 3. KÖİ Modelinde Sözleşme İmzalanma Süreci	57

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BKK	: Bakanlar Kurulu
CSBB	: Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı
ÇŞB	: Çevre ve Şehircilik Bakanlığı
DVK	: Damga Vergisi Kanunu
DHMİ	: Devlet Hava Meydanları İşletme Genel Müdürlüğü
GDG	: Government Debt Guarantee
GP	: Green Paper
EIB	: European Investment Bank(Avrupa Yatırım Bankası)
FTR	: Fizik Tedavi ve Rehabilitasyon
JETRO	: Japan External Trade Organization (Japonya Dış Ticaret Örgütü)
HMB	: Hazine ve Maliye Bakanlığı
İHD	: İmtiyaz Hakkı Devri
KDV	: Katma Değer Vergisi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
KÖİ	: Kamu Özel İşbirliği
KÖO	: Kamu Özel Ortaklığı
OECD	: Organization for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)
ÖAŞ	: Özel Amaçlı Şirket
ÖİB	: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
PFI	: Private Finance Initiative (Özel Finansman Girişimi)

SHGM	: Sağlık Hizmetleri Genel M¼d¼rl¼ę¼
SPV	: Special Purpose Vehicle (zel Amaçlı Şirket)
SYGM	: Sağlık Yatırımları Genel M¼d¼rl¼ę¼
TBK	: T¼rk Borçlar Kanunu
TMK	: T¼rk Medeni Kanunu
TTB	: T¼rk Tabipler Birliği
TTK	: T¼rk Ticaret Kanunu
Yarg	: Yargıtay
YGAP	: Y¼ksek G¼venlikli Adli Psikiyatri
YD	: Yap Devret
YİD	: Yap-İŞlet-Devret
YPK	: Y¼ksek Planlama Kurulu

GİRİŞ

Dünyada ve ülkemizde kamu hizmetlerinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi amacı ile kamunun özel sektör ile iş birliği yapma yolundaki çalışmalarının sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Kamu özel iş birliği modelinin tercih edilmesinin nedeni, kamu hizmetlerinin kalitesinin, verimliliğinin ve hızının artırılmasıdır. Kamuda oluşabilen bütçe açığı ve kaynak sağlama zorluğunun yanı sıra kamu hizmetlerinin zamanında gerçekleştirilmesi zorunluluğu birlikte değerlendirildiğinde kamu özel iş birliği modeline olan ihtiyaç kendini göstermiştir. Bununla birlikte bu model ile özel sektörün deneyim ve çalışma yöntemlerinden kamu sektörüne aktarılması da hedeflenmiştir.

İnsan sağlığı, zaman içinde ortaya çıkan yeni hastalıklar ve önceki bilinen hastalıkların tedavi süreçlerinin iyileştirilmesi, bu yönde yapılması gereken tıbbi araştırmalar, günümüz dünyasında ve ülkemizde giderek önemli bir ihtiyaç ve giderilmesi gereken zaruri ihtiyaç ve sorun haline almıştır. Özellikle giderek artan nüfus, hastalıklara daha acil müdahale, daha fazla hastanelere ihtiyaç göstermiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 56'ncı maddesinde;

Herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu,

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek gibi edimlerin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu,

Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği,

Devletin, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği, düzenlenmiştir.

Anayasa'nın verdiği bu görevi gereği gibi yerine getirmek, Devletler için giderek zor ve maliyeti yüksek ama süratle gerçekleştirilmesi gereken görevler haline

geldiğinden İdareler, Anayasa'nın 65. Maddesinde düzenlendiği üzere, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayarak tek merkezden hizmet verilmesini sağlamak ve bu amaçla kamu ve özel kesimdeki sağlık kurumlarından yardım almak yolunu tercih etmişlerdir.

Bu amacın, şehir hastaneleri projelerinin, özel sektörle el ele verilerek, özel sektörün tecrübe, teknik ve finansal desteğini sağlamak suretiyle Kamu Özel İş birliği Modeli (KÖİ) ile gerçekleştirilmesi düşünülmüştür. Kamu Özel İş birliği Modelinin uygulanabilmesi için elbette hukuki düzenlemelere de ihtiyaç duyulmuştur. Ülkemizde bu amaç için 6428 sayılı Kanun yayımlanarak uygulanmaya başlanmıştır. Zaman içinde meydana gelen ihtiyaçlara göre bazı kanunlarda değişiklikler yapılmış, yardımcı mevzuat yayımlanmıştır.

Esasen, dünyada ve ülkemizde sadece sağlık hizmetlerinin değil diğer kamu hizmetlerinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi amacı ile kamunun özel sektör ile iş birliği yapma yolundaki çalışmalarının sayısı gün geçtikçe artmıştır. Kamu özel iş birliği modeli ile kamu hizmetlerinin kalitesinin, verimliliğinin ve hızının artırılması amaçlanmış, bu model ile özel sektörün deneyim ve çalışma yöntemlerinin kamu sektörüne aktarılması da hedeflenmiştir. Bu nedenlerle ülkemizde kamu ile özel sektörün iş birliği modeli birçok kamu hizmeti alanında uygulanmaya başlamıştır.

Kamu özel iş birliği geçmişten günümüze kadar uygulandığı, başta İngiltere, Fransa olmak üzere, dünyada birçok ülkede sağlık, altyapı, enerji, ulaşım gibi farklı hizmet alanlarında tercih edilmektedir.

Sunduğum Tez ile sağlık sektöründe uygulanmakta olan KÖİ modelinin tarihsel gelişimi, ülkemizde başlama ve gelişme süreci, sağlık sektöründe ihale ve sözleşme süreci incelenirken, eser, hizmet, taşınmaz tahsisi, işletme unsurlarına haiz bu süreçlerin idari ve özel hukuk rejimimizdeki yeri, hukuk sistemimizde meydana gelen veya gelebilecek muhtemel sorunlar inceleme konusu yapılmıştır.

Kamu özel iş birliği konusundaki yerleşmemiş bir hukuk düzeninin veya kurallarının bu kadar öneme haiz bir konuda aksamalara, gecikmelere ve en önemlisi maliyet artışlarına sebebiyet verebileceği gözetilmiştir.

Ayrıca sağlık hizmetlerinin diğer alanlara göre daha karışık bir yapıya sahip olması sebebi ile sözleşmelerde yaşanan/yaşanabilecek olan hukuki riskler ve bu hukuki risklerin giderilmesi amacı ile alternatif hukuki çözüm yolları önerilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ MODELİNİN TANIMI VE TARİHÇESİ

I. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ MODELİ TANIMI

Kamu özel ortaklığının tanımı, dünyada tek bir tanımı bulunmamaktadır. Finansmanın özel sektör tarafından sağlanması ile kamu mal ve hizmetinin idare adına temin edilmesi modeline “Private Finance Initiative (PFI)” denilmektedir. Bu model dünyada önce İngiltere’de uygulama alanı bularak gündeme gelmiştir.

PFI, 1992 yılında ilk defa İngiltere’de özel sermaye fonlarının kullanılması ile hazine bakanının kamu idaresinin desteklenmesi amacıyla gerçekleşmiştir. PFI’ nin bütün çeşitlerini içeren “Public Private Partnerships (PPP)” terimi ise zaman içerisinde uygulama alanı bularak, model kendini bu uygulamalar ile geliştirmiştir¹. Türkiye’de ise PPP, Kamu Özel İş birliği (KÖİ) olarak uygulama alanı bulmuştur.

Soğuk Savaş sonrası dönemde dünyanın büyük bir bölümü, devletçi ve sosyalist ideallerin önemini kaybetmesi sonucu dünya ticaretinde pay sahibi olma çalışmalarına yönelik olarak serbest pazar ilkelerini uygulamaya ağırlık vermiştir.

KÖİ’ lere ilginin artmasında birçok faktörün rol oynadığı aşikardır. Dünyada kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi amacı ile uygulanan özelleştirme faaliyetlerinden başarılı sonuçlar alınmış ve pazar mekanizmasının önemi kavrandıkça KÖİ yöntemine olan ilgi birden artmıştır. Diğer bir deyişle, geleneksel kamu hizmetinde eksik olan dinamizme çare olarak KÖİ’ler uygulanmaya başlanmış ve KÖİ’ ler artık uygulamada çok fazla talep edilen, kurumsal bir model haline gelmiştir. Ayrıca bu modelin kamu

¹ HODGE, Grame A.GREVE, Carsten, *Public Private Partnerships: An International Performance Review Public Administrative Review*, Vol:67, No:3 (mat-Jun,207)

kaynakları üzerindeki yükü azaltacağı ve verimliliği artıracığı umutları ise sıkı mali politikaların uygulandığı ülkelerde, KÖİ' ye olan ilgiyi artırmıştır.

Kamu kurumlarında KÖİ' leri ilgi odağı haline getiren belli başlı diğer sebepler ise aşağıdaki gibidir;

- Kamu hizmetlerinin geliştirilmesi için özel sektör tarafından finansmanın temini ve bu kapsamda yeni fikirlerin geliştirilebilmesi,
- KÖİ' deki esneklik, daha net hedefler belirlenmesi ve daha iyi planlamanın yapılabilmesi,
- kamu hizmetine ait ihalelerinde olan rekabetin daha da arttırılması,
- kamu projelerinde value for money (yüksek harcama getirisine) ulaşılmasının hedeflenmesidir.

International Monetary Fund(IMF) ve Dünya Bankası(World Bank) gibi uluslararası kurumların, gelişmekte olan ülke hükümetlerine, özelleştirme ilkelerinin uygulama alanı bulması amacı ile yaptıkları baskı diğer bir etkidir. Genellikle IMF, Dünya Bankası gibi finansal kuruluşlar tarafından yapılan finansal destekler, devletin yapmakla görevli olduğu hizmetlerde bu kuruluşların direk iş birliği halinde olması ve hizmetin hızlı teminini kolaylaştırdığı da düşünülebilir ².

Kamu özel iş birliği modeli bu etkenlerle geliştirilen bir tür finansman modelidir. Bu model devletin uhdesinde yer alan hizmetleri, özel sektöre tamamen bırakmadan devletin kontrol ve garantörü olduğu bir alternatif finansman temin yolu olarak meydana getirilmesidir ³.

² JAMALİ, Dima, *Success and Failure Mechanisms of Public Private Partnerships (PPPs) in Countries*, The International Journal of Public Sector Management, Vol.17, No.5, 2004, p.414-415

³ ACARTÜRK, Ertuğrul / KESKİN, Sabiha, *Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı*, C.17, 2012, s. 25-51.

II. KAVRAM OLARAK KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ

Kamu Özel İş birliği (KÖİ) kavram olarak; uygulamada birden fazla modele “çatı görevi” görevi görmekte, bir anlamda bütün uygulamaların genel bir tanımı niteliği taşımaktadır. Nitekim KÖİ, Avrupa Birliği de dahil dünyada alt ve üst yapı yatırımlarının hayata geçirilmesi ve işletmeye alınması amacı ile kamu ve özel sektör arasında akdedilen çeşitli türlerde sözleşmeyi bir araya getiren bir modeldir.⁴ Kaldı ki; uluslararası metinlerde ve literatürde farklı tanımlarda, farklı KÖİ tanımlarına da rastlanmaktadır. KÖİ teriminin tanımı, içeriği ve kapsamı konularında herhangi bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle modelin kesin bir tanımının yapılması oldukça güç olup, kavramın anlaşılmasında farklılıklara yol açmaktadır⁵.

“Kamu Özel Sektör İş birliği” ibaresinin İngilizcedeki karşılığı olan “Public Private Partnerships” ifadesinin Türkçe çevirisinde mutabakat sağlanamamıştır. “Public Private Partnerships” ifadesinin karşılığı olarak “ KÖSİ (Kamu Özel Sektör İş birliği)”, “KÖOM (Kamu Özel Ortaklığı Modeli)”, “Kamu Özel Ortaklığı (KÖO)”, “KÖSO (Kamu Özel Sektör Ortaklığı)”, “KÖİ(Kamu Özel İşbirliği)” KÖİ gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

Gerek 6428 sayılı Kanun’daki adlandırma gerekse Sağlık Bakanlığı’nın teşkilat yapısı göz önünde bulundurulduğunda çalışmamızda “*Kamu Özel İş Birliği*” terimi tercih edilecektir. Mevzuatımızda tanımlanmamış olan kamu özel iş birliği kavramının, doktrinde de tek ve genel kabul görmüş bir tanımına ulaşmak mümkün olmasa da aşağıda gerek dünya literatüründen gerekse de Türk doktrininden bazı tanımlamalara yer verilmektedir.

⁴ UZ, Abdullah, *Kamu Özel Ortaklığı: Kavram ve Hukuksal Çerçeve*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, 11(1-2), s.1165-1182

⁵ DURAN ŞAHİN, Deniz, *Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Mali Riskleri Üzerine Değerlendirme*, Akademik Bakış Dergisi, sayı 65.Ocak-Şubat 2018, s. 318

KÖİ'lere ilişkin olarak bu model Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı Yeşil Kitap'ta; kamu hizmetinin hayata geçirilmesi, sunulması, yenilenmesi veya altyapı proje/projelerinin finansmanının temini veya bu proje/projelerin inşaatı, işletmeye alınması, projelerin bakımının özel sektör aracılığı ile yapılması amacıyla iş dünyası ile ilgili idareler arasında iş birliği sağlanmasına yönelik oluşturulan bir model olarak tanımlanmıştır (md.1).

Avrupa Yatırım Bankası'na göre kamu özel iş birliği ise, genellikle özel sektör kaynaklarını ve/veya uzmanlığını kullanma amacıyla, kamu altyapı ve hizmetlerinin sağlanmasına ve sunulmasına yardımcı olmak üzere, özel sektör ile idare arasında kurulan ilişkiler için kullanılan genel bir terimdir⁶. Özelleştirme faaliyeti, devletin sorumluluğunda olan ve sunmakla yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin özel sektör marifetiyle yerine getirilebileceğini ifade etmektedir. KÖİ ise özelleştirme yönteminin kendine has özellikleri içeren farklı bir model olarak meydana gelmiştir. Bu nedenle kamu hizmetini özel sektöre bütünüyle devretmeksizin, hizmetin gerçekleştirilmesinde özel sektörün etkin şekilde müdahil olduğu bir yapıdır. Bu kapsamda kamu özel modeli ne bir özelleştirme modeli ne de bir kamu alımları yöntemidir. Her iki modelden de farklı niteliğe sahiptir. Bütün bu açıklamalar ışığında KÖİ, özelleştirme uygulamaları ile geleneksel kamu ihaleleri arasında kalan bir modeldir.

Dünya Bankası (2012) tarafından bu model genel anlamda; kamu ve özel sektör arasında yapılan düzenlemeler sonucunda altyapı veya kamu hizmetlerinin tedarik edilmesi amacı ile özel sektör ve kamu tarafının ortak hedeflerin gerçekleştirilmesi için anlaşma sağladığı, genelde uzun ve orta vadede kamu sektörünün sorumluluğunda olan

⁶ KEŞLİ, Ahmet, *PPP Projelerinin Hukuki Rejimi (Kamu Özel İşbirliği)*, İstanbul, 2012, s. 46

hizmet veya hizmetlerin bir kısmının özel sektör tarafından sağlanması amacı ile tarafların akdettiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁷.

Kamu ile özel sektör taraflarının imzaladığı sözleşme olan bu model, özel sektörün sözleşmeye konu projenin meydana getirilmesi ve/veya projenin inşaatının tamamlanmasını müteakip hizmetin işletmeye geçirilmesi ve bu hizmetin sürekliliğinin sağlanması riskini aldığı bir yapı olarak tanımlanmaktadır. Kamu mal ve hizmetlerin kamunun katılımının yanında özel sektörün katılımının da sağlandığı söz konusu modelde, bütün risklerin özel sektöre devredilmeden, özel sektör tarafından sunulan hizmetten yararlananlar açısından kamunun sorumluluğunun vatandaşlara karşı devam ettiği bir yapıdır. İdarenin riski en iyi yönetecek tarafta bulunması ve sözleşmeleri imzalamadan önce bu kapsamda revize ederek akdedilen karma sözleşme modellerinin tamamı olarak da ifade edilmektedir⁸.

Geniş anlamda bu model tanımlanacak olursa, kamusal hizmetlerin ifası için kamu ve özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme ile kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi faaliyetine özel sektörün aktif katılımını sağlayan ve aslında devletin sorumluluğunda olan hizmetlerin gecikmesine neden olan engelleri ortadan kaldıran sözleşme ve eklerinin bütünüdür. Kamu özel iş birliği modeli dar anlamda ise; devlet tarafından yerine getirilmesi gereken kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün finansman ve risk ortağı olarak ortak edilmesidir⁹.

Bu model, kamu ile özel sektörün iş birliği ile bir kamu hizmetinin kamu ile özel sektörün arasında akdedilen anlaşma ve eklerine uygun olarak, kamu altyapı ve hizmetlerinin tasarlanması, finansman temininin özel sektör tarafından

⁷ AKTUNÇ,G. / ÖZSARAÇ, E., *Türkiye'deki Kamu Özel İşbirliği Modelinin İyileştirilmesine Ait Öneriler*, 3. Deprem Mühendisliği ve Sismoloji Konferansı(14-16 Ekim 2015), Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir

⁸ KEŞLİ, s.46

⁹ GÜRKAN, Mehmet Fatih, *Kamu Özel Ortaklığı*, Ankara 2014, s .10.

gerçekleştirilmesi, özel sektör tarafından projenin (tesis) inşa edilerek işletilmesi ve bakım-onarımının da özel sektör tarafından sağlanmasına yönelik kendine has bir model olarak tanımlanabilir.

III. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ MODELİNİN GELİŞİMİ

KÖİ modelinin ilk uygulama alanları, 1660'lı yıllarda İngiltere'de özel sektörün katılımı ile gerçekleşen yol inşaatı projeleri ile başlamıştır. Endüstri devrimi sonrasında 1860'lı yıllarda özellikle KÖİ modelinin en başta gelen örnekleri demiryolu ve kanal projeleri olmuştur. Ancak Avrupa'da meydana gelen ekonomik kriz sonucunda yatırımcıların birçoğu ekonomik anlamda yaşadıkları zorluklar nedeni ile sektörden çekilmiştir. İngiltere'nin KÖİ modelini uygulamasının akabinde, kamu özel ortaklığı modeli Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa'da uygulama alanı bulmuştur. Sadece Fransa ve ABD değil Mısır'da da KÖİ modeli uygulanmıştır. Süveyş Kanalı'nın yapımı Mısır valisi Said Paşa tarafından desteklenmiş ve Kanal'ın inşaatı, KÖİ modeli uygulanarak 1869 yılında tamamlanmıştır. Süveyş Kanalı, kamu özel ortaklığının bir uygulama alanı bulduğu ilk projelerdendir¹⁰.

Dünyada 1990'lı yılların sonunda KÖİ uygulamalarının yaygın olarak kullanılmaya başlandığı düşünülse de yukarıda belirtildiği üzere eski dönemlerde de uygulamaları mevcuttur. KÖİ alanında ilk uygulamaları dünyada, 17. ve 18. yüzyıl Avrupa'sına kadar uzanmaktadır. KÖİ uygulamalarının ağırlıklı olarak 17. ve 18. yüzyıllarda kanal ve köprü yapımında imtiyaz sistemi ile gerçekleşmiştir. Söz konusu dönem içerisinde ise devletlerin özel sektöre tanıdığı imtiyazlar çerçevesinde ile "Paris İçme Suyu Projesi" KÖİ modeli ile yapılmıştır. 19'uncu yüzyıla gelindiğinde ise KÖİ modelindeki uygulamalar umulanın aksine oldukça yaygınlaşmıştır. Hatta Dünya'da bu

¹⁰ ÇEKİRGE, Halis Levent, *Dünyada ve Türkiye'de Kamu Özel Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Lisans Tez, İstanbul Üniversitesi, 2006, s. 5

kapsamda bazı altyapı projeleri özel sektör tarafından hayata geçirilerek, işletmeye alınmıştır. Ayrıca bu projelere örnek olarak Avrupa'daki birçok demiryolu, su kanalı, Trans Sibirya Demiryolu, Süveyş Kanalı gibi projeler gösterilebilir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında özellikle 20. yüzyıl ile birlikte İtalya, Japonya, Fransa, Amerika başta olmak üzere, özellikle karayolu ağlarının inşasında KÖİ uygulamaları tercih edilerek, projeler hayata geçirilmiştir. Daha sonra yıllarda enerji, ulaştırma, çevre, eğitim, iletişim, sağlık, genel hizmetler vb. birçok alanda KÖİ modelinin kullanımı yaygınlaşmıştır¹¹.

Avrupa Birliği ülkelerine bakıldığında ise bu durumun biraz farklı olduğu görülmektedir. KÖİ modeli İngiltere'de Private Financial Initiative (PFI) olarak diğer bir deyişle Özel Finansman Girişimleri ile öne çıkmıştır. AB ülkelerinde KÖİ yöntemi ile gerçekleşen yatırımların, kamu yatırımlarına oranı % 5 düzeyinde iken, İngiltere'de söz konusu oran % 10 -15 kadar ulaşmıştır. KÖİ uygulamalarında sayısal olarak ilk sırada en önemli oranla yer almaktadır. Söz konusu uygulamalarda İngiltere'yi, İtalya ve Fransa izlemektedir.

KÖİ projelerinin ülkeler bazında sektörel dağılımına bakıldığında, 1990 – 2011 yılları aralığı için Avrupa Yatırım Bankası'nın (EIB) Raporuna göre AB ülkelerinde KÖİ modeli ile yapılan projelerin % 80'ini ulaştırma projeleri oluşturmaktadır. KÖİ Projeleri içinde Karayolları işleri en büyük sektörel paya sahiptir.

Rapora göre; KÖİ projelerinin ulaştırma alanındaki sayısı 2009, 2010, 2011 yıllarında sırası ile 118, 112 ve 84'tür. Meydana gelen bu sayısal düşüşün nedeni ise ulaştırma alanının liderlik etkisinin yerini diğer kamu alanları olan hastane, okul, ekipman, bina yapımı gibi çevre ile ilgili yatırımların almasıdır¹².

¹¹ DURAN ŞAHİN, s. 322-323

¹² YALÇIN, Fatma Ceren, *Kamu Özel İşbirliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2014, 13(25), s.133-162

Avrupa’da gerçekleştirilen KÖİ projelerinin toplam değeri ise Avrupa Kamu-Özel İşbirliği Uzmanlık Merkezi’nin (EPEC) verileri incelendiğinde;

-2015 yılında 15,6 milyar Euro,

-2016 yılında ise 12 milyar Euro olduğu tespit edilmektedir¹³.

Dünyada meydana gelen savaşlar ve savaşların sonrasında politik açıdan oluşan değişiklikler (komünizm ve sosyalizmin etkileri) devletlerin ekonomik anlamda değişmelerine sebep olmuştur. Devletlerin ekonomiye müdahale zorunluluğunun sonrasında, ekonomik politikalarındaki revizyonlar ile kamu hizmetlerinin etkin ve hızlı şekilde hayat geçirilmesi sonucunda devletin özel sektör ile iş birliği çabası yirminci yüzyıldan itibaren artmıştır. Bu durum devletlerin uyguladığı ve devam eden imtiyaz sözleşmelerinin sonlandırılmasına yol açmıştır¹⁴.

1980 ve sonrasında dünyada özelleştirme her alanda aktif olarak uygulanmıştır. Ancak özelleştirme faaliyeti *altyapı hizmetlerinde* etkin bir şekilde varlık göstermemiştir. Kamu özel iş birliği; özelleştirmenin tercih edilmediği 1990’lı yılların sonuna doğru yöntem olarak benimsenmesi ve özel sektörün çevikliğinden ve finansal kaynaklarından yararlanma özelliklerini taşıması nedeni ile dünyada kamu özel iş birliği kısa sürede tercih edilir hale gelmiştir¹⁵. Bilindiği üzere ABD’de oldukça yaygın kullanılan Ortak Girişim (Joint Venture) modeli kamu özel ortaklığı modelinin dünyadaki ilk örneğidir. İngiltere’de başlayan projeler ise Özel Finansman girişimi (Private Finance Initiative) modeli şeklindedir.

¹³ TASAV, 2017, (Türk Akademisi Siyasi Sosyal Stratejik Araştırmalar Vakfı) , *Kamu özel İşbirliği Projeleri: Türkiye ve Diğer Ülke Örnekleri*.

¹⁴ GÜNGÖR, Harun, *Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Değerlendirme*, T.C. Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ekim 2012, s.4

¹⁵ GÜNEŞ, Ahmet M., *Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem Kamu Özel Ortaklığı*, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2009, s.59.

IV. KAMU ÖZEL ORTAKLIĞININ GENEL ÖZELLİKLERİ

KÖİ projeleri genel olarak dünyada kiralama, yönetim ve imtiyaz sözleşmeleri vb. farklı modellerde uygulama alanı bulmaktadır. Diğer bir deyişle, ücret karşılığında performans hedefine odaklı bir kamu hizmetinin ifa edilmesi amacı ile kamu hizmetinin yönetimini özel sektör marifeti ile yapılmasına Yönetim Sözleşmesi modeli denilmektedir.

Bir kamu hizmetinin gerek yönetimi gerekse hizmetten dolayı meydana gelebilecek risklerin özel sektör üzerinde kalması modeline ise kiralama yöntemi denilmektedir¹⁶. İmtiyazlarda söz konusu olan modellerin en yaygın kullanılanları İmtiyaz Hakkı devri (İHD), Yap-Devret (YD), Yap-İşlet (Yİ), Yap-İşlet-Devret (YİD), Yap-Kirala-İşlet-Devret (YKİD) olarak sıralanabilir¹⁷. Bu modeller ile KÖİ modeli arasında temel bazı farklılıklar vardır. Söz konusu bu farklılıklar ise aşağıdaki şekildedir:

- Risk paylaşımı karmaşık bir yapıdadır.
- Sözleşmesel içerikleri kendine özgüdür.
- Sözleşme süreleri diğer modellere göre uzundur.
- Bütçesel ve finansal anlamda özel sektör tarafından desteklidir.
- Dolayısıyla geleneksel modellere göre KÖİ projelerinin yönetimi farklı ve özel yetkinlikler zinciri içermektedir¹⁸.

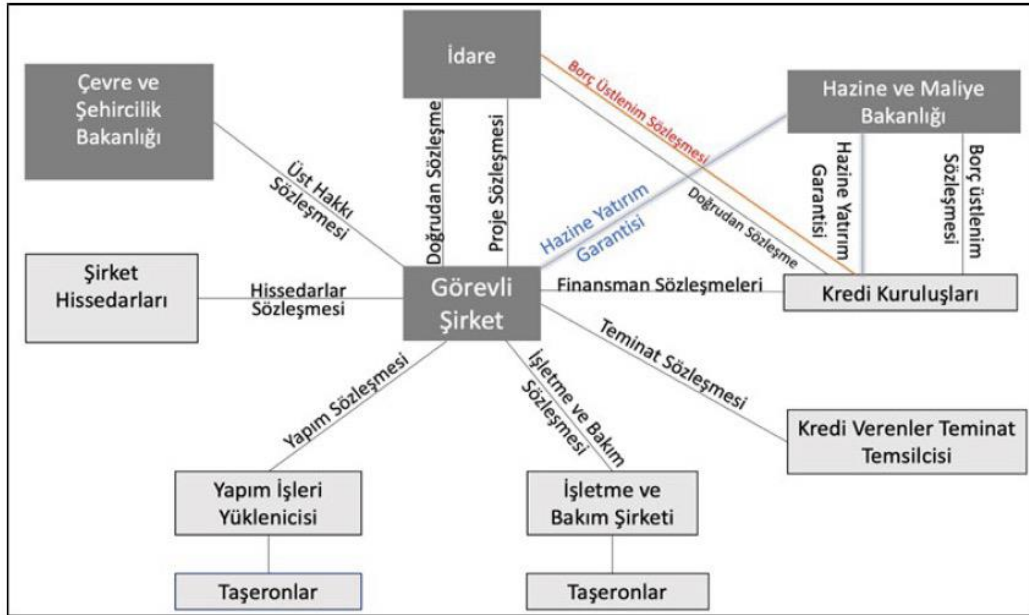
TEPAV, 31 Ocak 2022 tarihinde yayımladığı Türkiye Kamu Özel Ortaklığı Projeleri Uygulamaları, Etkin Risk Paylaşımına Yönelik Model Önerisi adlı raporunda Kamu Özel İşbirliği Modelinin genel özelliklerini aşağıdaki şekilde sıralamıştır;

¹⁶ MARTINS, A.C/MAARQUES, R.C / CRUZ., C., *Public Private Partnership for Wind Power Generation; Potuguese Case, Energy Policy* , 2011, s. 35

¹⁷ EMEK, Uğur, *Kamu Özel İş birliği Sözleşmelerinde Yatırım ve Garanti Büyüklüğü*, 2016 <http://uemek.blogspot.com/2016/10/kamu-ozel-isbirligi-koi-sozlesmelerinde.html>,

¹⁸ AKTUNÇ / ÖZSARAÇ, 2015

- a) Sürecin başından sonuna kadar koordinasyonunu sağlayan merkezi bir birim bulunmamaktadır.
- b) Sürecin tamamı ilgili kamu kuruluşu tarafından yürütülmektedir.
- c) KÖİ modelinin gerçekleştirilmesi için “yetkilendirme” kararı Cumhurbaşkanı tarafından verilmektedir.
- d) Bu aşamada;
- Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı (CSBB),
 - T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı (HMB) görüşlerine başvurulmaktadır.
- e) İzleme, değerlendirme, muhasebeleştirme, raporlama konusunda ciddi sorunlar
- f) Tecrübeli insan kaynağı eksikliği mevcuttur ¹⁹.



Şekil 1. Modelin Tarafları ve Sözleşmeler

¹⁹ TEPAV, 31 Ocak 2022 tarihinde yayımladığı Türkiye Kamu Özel İşbirliği Projeleri Uygulamaları, Etkin Risk Paylaşımına Yönelik Model Önerisi adlı raporu, slayt 13.

2004 yılında Avrupa Komisyonu tarafından yayımlanan Yeşil Kitapta ise kamu özel iş birliği modelinin nitelik bakımında haiz olduğu genel özellikleri şu şekilde belirtilmiştir²⁰.

- a. Planlanan bir KÖİ projesinin farklı evrelerinde kamu ortağı ve özel ortağın iş birliğini gerektirir, süresi ise uzun vadedir. Taraflar arasındaki ortaklık ilişkisi KÖİ modelinin en genel özelliği olup, bu ortaklık sözleşme süresince devam etmektedir.
- b. Bir projede, kısmen özel sektör tarafından gerçekleştirilirken, gerekli olması halinde sözleşmeye dahil olan birçok altyüklenici veya paydaşlar ile birlikte yapılmaktadır. Bu süreçte karmaşık düzenlemeler içeren sözleşmenin yanında finansmanın yönetiminin de özel sektör aracılığı ile yapılması genel bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır.
- c. Finansörler, projelerin farklı aşamalarında görev almaktadır. Ekonomik fayda sağlayan paydaş finansörün en önemli görevi; kamu yararının gözetilmesi için sunulan kamu hizmetinin sürdürülebilir, kaliteli ve fiyat politikaları bakımından ise projelerin başladığı zamanlarda belirlenen hedeflere ulaşmasını sağlamaktır. Bu hedefe ulaşmak için finansör, yapacağı denetimlerle aslında projenin hedeflere uygunluğunu sağlamayı amaçlamaktadır.
- d. KÖİ tarafları arasında risk dağılımını ağırlıklı olarak özel sektör üstlenmektedir. Ancak riskin kimin ve ne şekilde üstleneceğine ilişkin karar projeden projeye ve tarafların mutabakatlarına göre değişiklik göstermektedir. Bu farklılık ise riskin durumuna, riskin öngörülebilir ve kontrol edebilme yeteneğine göre değişmektedir.

²⁰ Green Paper on Public Private Partnership and Community Law on Public Contracts and Concession, paragraf 2, s.3.

Kamu özel ortaklığının genel özelliklerini Avrupa Komisyonu aşağıdaki şekilde açıklamıştır;

Birinci özellik; kamu özel iş birliğinde de bütün ortaklıklarda olduğu üzere iki veya daha fazla kişinin bulunması gereklidir. Taraflardan biri mutlaka kamudur.

İkinci özellik; söz konusu ortaklıkta taraflar kendi nam ve hesaplarına karar vermektedir.

Üçüncü özellik; ortaklar arasında dengeli bir ilişkinin oluşturulması en önemli husustur. İdare, sözleşmeye konu hizmetin devamlılığını ve mal tedarikini aynı özel tüzel kişisinden sağlar ise bu hukuki ilişki bir KÖİ ortaklığının oluşması için yeterli olmaz. Zira KÖİ projesinin özelliği gereği taraflar, akdettikleri sözleşme kapsamında uzun süreli ve kapsamlı bir hukuki ilişki kurmaktadırlar.

Son olarak ise kamu tarafı olan idare, sözleşmenin kurulması ile birlikte SPV ve SPV 'nin yaptığı faaliyetleri denetleme / denetleme yetkisine haizdir²¹.

Kamu özel iş birliği birçok konuda *tasarruf sağlayan* bir modeldir. Devlet bu model ile kamu hizmetini sunarken hayata geçireceği hizmeti gerçekleştirmek için gerekli olan finansmanı kendisi sağlamak zorunda kalmaz. Kamu hizmetinin sunulmasında özel sektörde aktif görev almasının nedeni, kamu varlıklarının daha verimli ve amaca hizmet edecek şekilde kullanılmasının hedeflenmesidir. Ayrıca özel sektörün yenilikçi yaklaşımı, bilgi ve tecrübesini kamu hizmetine aktarması ile kamu hizmeti daha kaliteli şekilde sunulmaktadır. Bununla birlikte özel sektörün, ticari tecrübesi, risk yönetimi ve maliyet artışı konusunda meydana gelebilecek sorunların büyük ölçüde azalmasına destek olması beklenilmiştir.

²¹ TEKİN, Ali Güner, *Kamu-Özel Sektör İşbirliği -Kamu Özel Ortaklıkları*, İdarecinin Sesi Dergisi, 2007, s. 2 ; ERSÖZ, Melis, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnerships Uygulamaları*, Y. Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010, s.14.

KÖİ' nin söz konusu genel özelliklerinin yanı sıra KÖİ uygulamalarının devlet açısından tercih edilen bir model olmasının belli başlı faydaları şu şekilde sıralanabilir²² .

Bütçe ve Maliyet Açısından Avantajları:

Kamuda bütçe açığı ve kaynak sağlama sıkıntısının her geçen gün artması ile birlikte kamu hizmetlerinin gerçekleştirilmesi zorunluluğunu, idarelerde sorunlara yol açmıştır. Meydana gelen bu sorunlara avantajlı çözüm ise KÖİ uygulamalarının olduğu görülmüştür. Zira bu avantajı ile KÖİ, gerçekleştirilen proje uygulamaları sonucunda kamu maliyesini veya borç limitlerini etkilemeden, bir anlamda kamu hizmetinin maliyet ve risklerini geleceğe transfer ederek, hükümete hızlı ve etkin şekilde kamu yatırımlarını gerçekleştirmesinde yardımcı olmaktadır. Yine KÖİ' nin yararlı olduğu başka bir konu ise, özel sektör tarafından kamu sektörü projelerinin finansmanının sağlanması ile mevcut kamu kaynaklarının da başka alanlara harcanabilmesine imkan tanınmasıdır. Bu nedenle akdedilecek KÖİ anlaşmalarının kamu menfaati yararına hazırlanması ve bu yöntemle tedarik edilecek/sunulacak hizmetlerin daha kaliteli ve düşük maliyetli olacağı varsayılmıştır.

Riskin Azaltılması ve Paylaşılması Açısından Avantajlar:

KÖİ modelinin diğer modellerden bir diğer farkı ise, risk dağılımının tamamının kamu üzerinde değil, sözleşme taraflarının bu riskleri birlikte paylaşmalarıdır. Bilhassa KÖİ modeli uygulanarak hayata geçirilen projelerde, finans temini, tesisin yapımı- işletmesi, bakım-onarımı ile ilgili bütün risklerin kamu üzerinde kalmamaktadır. İdarenin üzerindeki risklerin bir kısmı, özel sektöre aktarılmaktadır. Ayrıca kamuda eksik olan fakat özel sektörde bulunması gereken ticari disiplin sayesinde, kamu projelerinin maliyetinin yükselmesini engellenerek, projelerde meydana gelebilecek

²² KHAN, M./RİLEY, T. / WESCOTT, C., *Public-Private Partnerships in Bangladesh's Power Sector: Risks and Opportunistic* ,World Bank WP 86078, 2014, s.1-25

gecikmelerden kaynaklanan risklerin azaltılması da modelin bir başka avantajı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özel Sektörün Diğer İmkânlarından Faydalanılması Açısından Avantajlar:

KÖİ modelinin cazip hale gelmesinde bir diğer avantaj ise, özel sektörün tecrübe, teknik inovasyon ve yönetsel becerilerinden faydalanılmasına imkânı sağlanmasıdır. Özel sektörün bu özelliklerinden yararlanılmak sureti ile kamu projelerinde daha yaratıcı daha yenilikçi yaklaşımların oluşturulmasına kapı açılmaktadır. Bu sayede kamu üzerindeki yüklerin azaltılarak, proje maliyetinin düşürülmesi, hizmetin daha düşük bedelle fizibilitelerin hazırlanıp inşaatın tamamlanması, hizmetin kaliteli ve hızlı şekilde istikrarlı bir düzende kamuya sunulmasını sağlanmaktadır.

Ancak bu modelin yukarıda belirtilen avantajlarının yanında bazı dezavantajlar da bulunmaktadır; KÖİ sözleşmelerinin kendine has karma yapısının yanında KÖİ modelini tercih eden ülkenin içinde bulunduğu şartlarına bağlı olarak, bazı (doğrudan veya dolaylı) öngörülmez riskler meydana gelmektedir²³.

KÖİ projeleri ile gerçekleştirilen kamu hizmetlerinde, kamunun çok az ödeme yaptığı veya hiç ödeme yükünün olmadığı düşüncesi veya algısı *yanlıştır*. Diğer bir deyişle KÖİ uygulamalarında meydana gelen sorunlar, hükümetlerin bazı risklerle karşı karşıya kalması nedeni ile maliyetlere katlanmasını da beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda kamuya maliyet getiren bu risklerden belli başlı olanlarına değinmekte yarar vardır.

²³ TUNÇ / ÖZSARAÇ, s.186.

Kamu özel iş birliği projelerinin kamuya getirdiği bazı riskler aşağıda sıralanmaktadır;

-Etik Değerlerin Uygulanmaması:

Bu model ile etik değerlerin uygulanmadan kalktığı konusunda çeşitli eleştiriler yer almaktadır²⁴.

KÖİ sözleşme süreçlerinin kamuya açık (şeffaf) olmayışı ve kamuoyuna proje süreçleri hakkında gerekli bilgilerin paylaşılmaması eleştirilmektedir. Ayrıca proje bütçelerinin bilinmemesi, KÖİ uygulamalarının demokratik sorumluluğu azaltması, bürokratik kirlenme, önyargılar gibi ²⁵ konularda da sorunlar yaşandığı düşünülmektedir. Bu model, bir taraftan yaygınlaşmakta iken bir yandan da bürokratik kirlenme, sorgulanabilirlik, şeffaflık, önyargılar, vb. tartışmaları da gündeme taşımaktadır²⁶. Aslında bu eleştiriler bu projelerin geleceği ve devlet için endişe verici niteliktedir. Zira KÖİ projelerinde, etik ilkelerin ihlal edilmesi nedeni ile kamuya yüklediği mali yükler artmakta ve en önemli avantajlı noktalar dezavantaja dönüşmektedir.

-Risklerin Yönetimi Sırasında Meydana Gelen Aksaklıklar:

KÖİ projelerinde bulunan çeşitli avantajların yanında birçok öngörülemeyen riskler de bulunmaktadır. Bu risklerden başlıcalarını inşaat, işletme, talep riski, idari, siyasi ve hukuki riskler olarak sıralamak mümkündür. Bu riskleri bertaraf etmenin en kolay yolu ise riskleri dengeli biçimde yönetebilecek tarafa aktarmaktır.

KÖİ modellinin yönetiminde en önemli etken; *risk yönetimidir*. Projelerde paydaşlar arasındaki risk dağılımı projenin ilk aşamalarında doğru tanımlanmalıdır. Risk dağılımının doğru tanımlanması en önemli başarı faktörüdür. Diğer bir ifade ile

²⁴ TUNÇ ve ÖZSARAÇ, s.188

²⁵ MEHRODRA ,S. / DELAMONICA, E., *The Private Sector and Privatization in Social Services: Is the Washington Consensus "Dead"*, Global Special Policy ,5(2), s.141-174

²⁶ KHAN/ RILEY/ WESCOTT, s.1-25

gerek kamu gerekse özel sektör açısından risk yönetimin doğru ve disiplin şekilde yapılması, risklerin açıklıkla, detaylı biçimde tanımlanması ve analiz edilmesi KÖİ modelinin ana hedefi ve en önemli unsurudur. Ancak diğer yandan KÖİ projelerinin yönetiminde risk analizi ve riskin kontrolü oldukça zordur. Bununla birlikte bir KÖİ projesi inşaatının proje takvimine uygun olarak bitirilememesi, dolayısıyla işletmeye alınamaması ve bu gecikmeden dolayı meydana gelecek riskin özel sektör tarafından üstlenilmesi beklenmektedir. Bununla birlikte kamu kaynaklı olduğu düşünülen riskler (siyasi, hukuki, idari riskler) idare tarafından yönetilmesi beklenmektedir²⁷. Ancak bunun aksine KÖİ' de söz konusu riskleri kamu menfaati düşünülerek tarafların birlikte üstlendiği görülmektedir²⁸.

Kamu maliyesi üzerindeki yüklerin azaltılması amacı ile gerçekleştirilen KÖİ uygulamalarının, beklenilenin aksine kamu bütçesine yük getirdiği tespit edilmektedir. KÖİ sözleşmelerinin kurumlar tarafından hazırlanması ve uygulanmasında, ihtiyaç nedeniyle sözleşmelerin tadil edilmesi sırasında menfaatler arası dengenin korunmaması sorunları arttırmaktadır. Ayrıca kamunun bu sorunları yaşarken yatırımcının KÖİ alanında çalışan ekiplerinin daha deneyimli ve istikrarlı olması gibi diğer yan hususlar proje ile ilgili yüklerinin artmasına neden olabilmektedir.

-KÖİ Projelerinin Finansman Sorunu:

Özel sektör, sözleşme ve hukuki düzenlemeler gereği finansman teminini sağlamakla yükümlüdür. Finansman temini sürecinde ise yatırımcı, KÖİ projelerinin karlılığını da arttırma çabası içerisine girmektedir. Devletin, Government Debt Guarantee (Devletin borç garantisi-GDG) olarak özel sektöre sağladığı finansal desteklerin uygulamada önemli yer tuttuğu görülmektedir.

²⁷ DURAN ŞAHİN, s. 322-323

²⁸ Uz, s.1180

Devletin, yatırımcılara karşı borç garantisi altına girmesi mali anlamda bazı yükleri de beraberinde getirmektedir. Bunlardan en önemlisi, garanti sağlayan devletin finansal durumunu, yani bütçesini açıklamış olmasıdır. Finansman sağlayacak özel sektör tarafının ise kamu yararını gözetmek yerine kârlılığını arttırma çabasıdır. Bütün bu durumlar ise kamu menfaatine olduğu düşünülen KÖİ projelerinin kamu maliyesine ek yük getirmesine sebebiyet vermektedir. Kamuya yük getiren unsurların azaltılması, ilerde meydana gelebilecek zararların önüne geçilmesi amacı ile alanında uzman kadrolarla koordineli olarak yapılacak çalışmaların en kısa sürede tamamlanarak gerekli hukuki, teknik, finansal bütün tedbirlerin alınması önem arz etmektedir.

V. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu özel iş birliği, kamunun sunmak zorunda olduğu hizmetlerin özel hukuk tüzel kişileri marifeti ve işbirliği içinde ile yapılmasını sağlayan bir modeldir. Bu kapsamda kamu özel iş birliğine ait sözleşmenin niteliğinin idare hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğu hususu tartışma konusudur²⁹.

Ülkemizde 2004 yılından sonra uygulama alanı bulan KÖİ modeli bir YKD modelidir. Bu model özellikle şehir hastaneleri projeleriyle gündeme gelmekle birlikte eğitim alanında da uygulanması yönünde çalışmalar mevcuttur.

Sağlık yatırımlarında 07.05.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 7 ile YKD modelinin uygulanmasına başlanmıştır.

EK Madde 7 düzenlemesinin uygulanma esas ve usullerine ilişkin Yönetmelik ise, 2006/10655 sayılı BKK³⁰ eki olarak yürürlüğe girmiştir. Günümüzde Ankara Etlik, Ankara Bilkent, Elâzığ Şehir Hastaneleri gibi işletmeye alınmış veya inşaat süreci devam eden sağlık tesisine ait KÖİ projelerinin bir kısmının ihalesi, 2006/10655 sayılı

²⁹ GÜRKAN, s.16

³⁰ Resmi Gazete, T.22.07.2006 tarih,K.2006/10665, S. 26236

BKK' na ve bu tek maddelik değişikliğin uygulanması ile gerçekleştirilmiştir. Yönetmeliğe dayanılarak gerçekleştirilen KÖİ projesi ihalelerinin iptali istemi ile Danıştay'da iptal davaları açılmıştır. Danıştay, söz konusu davalarda kanuna dayanılarak gerçekleştirilmesi gereken ihale ve uygulamalarının bir yönetmelik kapsamında gerçekleştirilmesi işlemine Anayasa'ya aykırı bularak, bu iddia ve savunma ile açılan davalarda, ihaleler hakkında yürütmenin durdurulması talebini kabul etmiştir. Diğer bir deyişle Danıştay, projelere ilişkin açılan iptal davalarına ilişkin işlemlerin yürütmesinin durdurulması talebini kabul ederek, davalara konu işlemlere dayanak olan düzenlemelerin iptal edilmesi istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne bařvurmuřtur³¹.

İhalelere karşı açılan iptal davaları sonucunda hukuki belirsiz meydana gelmiştir. Bu belirsizliği ortadan kaldırmak üzere Sağlık Bakanlığın tarafından 21.12.2013 tarihinde³² 6428 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir.

6428 sayılı Kanun ile 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanun'u ile yapılan düzenleme ise yürürlükten kalkmıştır. Mahkeme kararlarında bahsi geçen gerekçeler kapsamında, YKD uygulaması daha detaylı şekilde düzenlenmiştir.

6428 sayılı Kanun uyarınca söz konusu değişikliğin gerçekleşmesi sonucu Anayasa Mahkemesi, iptal talebi ile Danıştay tarafından açılan davanın konusuz kalması gerekçesi ile³³ iptal talebi hakkında karar verilmesinin yer olmadığı yönünde karar vermiřtir³⁴. İhtiyaçlara binaen 3996 sayılı Kanun da olduğu gibi, 6428 sayılı Kanun da çok defa değişikliğe uğramıştır.

³¹ Danıştay, 06.07. 2012, E. 2011/3392; Danıştay, 09.07. 2012, E. 2011/4233; Danıştay, 09.07.2012, E. 2011/4558.

³² 21.12.2013 tarih ve 6428 sayılı Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

³³ 5396 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek-7.madde, 6428 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle yürürlükten kaldırılması nedeni ile dava konusuz kalmıştır.

³⁴ AYM, T. 06.06. 2013, E. 2012/105, K. 2013/71

KÖİ modelinin uygulanmasına olanak sağlayan başlıca yasal düzenlemeler;

- Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunu (24.11.1994 tarihli 4046 sayılı Kanun): Katma bütçeli ve genel bütçeli idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların özelleştirilmesini düzenlemektedir³⁵.
- Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (27/4/2005 tarihli 25789 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5335 sayılı Kanun) : Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü (DHMI) tarafından işletilen hava meydanlarıyla bu havaalanlarının işletme dönemleri sürelerinin sonuna ermesinden itibaren, bu terminal ve tesislerinin YİD modeli kapsamında işletmelerinin özel sektöre devredilmesi, Özelleştirme mevzuatında düzenlenen tesislere ait işletme ve/veya kiralama hakkının verilmesi yöntemlerinin uygulanarak özel sektöre mevzuattaki düzenlemelere uygun şekilde devredilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.
- İl Özel İdaresi Kanunu (22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı Kanun):
YİD, Yİ sözleşmelerinin kullanılmasına olanak tanıyan ilgili Kanun ile Belediye sınırlarının dışında yer alan alanların çevre düzenlemesine ilişkin hizmetler, su, yol, imar, katı atık, kanalizasyon gibi hizmetlerde il özel idarelerine tanınan imtiyazlarını düzenlemektedir.

Bu kanunlara ek olarak, hükümetler arasında akdedilen anlaşmalar ile de bazı projeler KÖİ modeliyle hayata geçirilmektedir. İkili anlaşma ile gerçekleştirilen en bu konuda önemli örnek ise, TBMM tarafından 15.7.2010 tarihinde onaylanan 6007 sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti arasında

³⁵ Bu Kanun, mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları ile kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin işletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesini düzenlemektedir.

Akkuyu Nükleer Güç Santralının Tesisine ve İşletilmesine Dair İş Birliği Anlaşması olup, 12.5.2012 tarihinde imzalanarak yürürlüğe girmiştir³⁶.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşların Teşkilat ve Görevleri Hakkında düzenlenen kararname)³⁷ ile Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü Sağlık Bakanlığı teşkilatı içerisinde kurulmuştur. Sağlık Yatırımları Genel Müdürlüğü'nün kurulması ile ilgili organizasyon yapısı içerisinde ise Kamu Özel Ortaklığı (KÖİ) Daire Başkanlığı kurularak, sağlık hizmetinde kamu özel iş birliği anlaşmalarının yapılması ve uygulanması amaçlanmıştır³⁸.

VI. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİNİN KURUMSAL YAPISI

Kamu özel iş birliği modelinin sağlık projelerinde uygulanmasında birden fazla kurum ve kuruluş görev almaktadır.

Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı (CSBB), hem 3996 sayılı Kanun hem de 6428 sayılı Kanun gereğince projelerin kalkınma planlarının, programların, sektörel stratejilerle uyumunu sağlamak için gerekli tedbirlerin alınmasında, ilgili projelerin tarafları arasında uyumlu şekilde koordinasyonun sağlanmasında aktif şekilde görev almaktadır.

CSBB' nin görev tanımında, KÖİ projelerinin süreçlerinin yönetiminde aktif rol almadığı ve CSBB nin KÖİ'nin merkezi birimi olmadığı bilinmektedir.

Günümüz uygulamalarında ilgili bakanlık herhangi bir kamu hizmeti veya yatırımının hangi yöntemi ile yapılacağına karar verilmektedir. Diğer bir deyişle ilgili bakanlık, hizmetin kamu kaynakları ile mi yoksa KÖİ modeliyle mi yapılmasına karar vermesi gereklidir.

³⁶ TEPAV, KÖİ Raporu, s.30, 31, 32

³⁷ Resmi Gazete, T. 02.01.2011, S. 28103

³⁸ GÜRKAN, s. 21

KÖİ modelini kullanarak bir kamu yatırımının hayata geçirilmesini isteyen ilgili idarenin, Cumhurbaşkanı tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir. Mevzuata göre idarenin yetkilendirilmesine ilişkin iş ve işlemler, CSBB tarafından sağlanmaktadır. Bu süreçte KÖİ projesinin planlaması aşamasında idarenin yetkilendirilmesi, ilgili bütün kamu kurum ve kuruluşları (Cumhurbaşkanı, CSBB, (HMB), Çevre ve Şehircilik Bakanlığı gibi) yetkili olup, görev almaktadır. Söz konusu süreçte kurum ve kuruluşların görevleri ise aşağıdaki gibidir:

- İlgili idarenin, 3996 ve 6428 sayılı Kanunlara göre Cumhurbaşkanı tarafından yetkilendirilmesi için ilgili kurumun veya bakanlığın projenin ön fizibilitesini Cumhurbaşkanlığına sunması gerekmektedir.

- CSBB kendisine sunulan ön fizibilite raporuna göre, gerekli görmesi durumunda HMB' nin de görüşünü de alarak nihai görüşünü oluşturur.

CSBB bu çalışması sonucunda proje için gerekli değişiklikleri ilgili idareden talep edebilir. CSBB' nin bu değerlendirme sürecine dair detaylar hakkında teferruatlı herhangi bir düzenleme (3996 ve 6428 sayılı Kanunlarda) bulunmamaktadır.

CSBB' nin görev ve yetkilerine göre ilgili projenin; ekonomik, finansal, sosyal katma değeri ile birlikte, sektörel, bölgesel ve milli politikalarla uyumlu olması önem arz etmektedir. Ayrıca CSBB, ilgili bakanlık tarafından proje için uygun görülerek teklif edilen söz konusu yöntemin, kamu menfaati gereğince en uygun tedarik model olup olmadığını değerlendirmelidir.

- HMB' ye , gerek duyulması halinde, ön fizibilite aşamasında görüşü almak üzere başvurulmaktadır. Bu aşamada HBM' nin değerlendirmesine dair usul ve esaslar ilgili mevzuatında düzenlenmemiştir.

HMB, ilgili idare tarafından kendisinden talep edilen proje özelindeki söz konusu garantiler ve diğer taahhütler hakkında değerlendirmelere yönelik

çalışmalar yapmaktadır. Söz konusu taahhütlerin kamunun bütçesine olan getireceği mali yük ve bunlara bağlı riskleri (mali - finansal riskler) , bu risklerin paylaşımı ile Hazine garantileri veya borç üstlenimi konuları hakkında detaylı analiz ve teknik değerlendirmelerini gerçekleştirmektedir.

- İlgili idare, söz konusu projeler özelinde yapılan tüm değerlendirmelerin sonuçlanmasını müteakip herhangi bir sorun olmaması halinde Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yetkilendirilmektedir. Söz konusu yetkilendirme kararı ile bütçeden katkı payı ödemesi yapılıp yapılmayacağı, sözleşmenin tarafları arasındaki (kamu ve özel sektör) risk paylaşımının şartları, talep garantisinin özel sektöre idare tarafından verilir verilmeyeceği konusu ve talep garantisinin verilmesi halinde, garantinin üst sınırının belirlenmesi konusunun belirlenmektedir.
- İlgili idarenin görevlendirilmesinden sonra ise ihale süreci başlamaktadır. Proje konusu hizmeti gerçekleştirecek ve yatırımı yapacak olan şirketin seçimine ilişkin düzenlemeler, 6428 sayılı Kanunda “ihale”, 3996 sayılı Kanunda “görevlendirme” başlıkları ile yönetmeliklerde ise görevlendirme/ihale konusunda düzenlemeler yer almaktadır. Bu süreçler 6428 ve 2996 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeler nedeniyle e4734 (Kamu İhale Kanun) ve 2886 sayılı (Devlet İhale Kanunu) Kanun hükümlerine tabi bulunmamaktadır.
- İdarelerin proje ile ilgili olarak görevlendirme ve ihale ile ilgili Proje detaylarının içerir şartnameleri ve eklerini hazırlaması gerekmektedir. Söz konusu şartname, idari ve teknik şartları içermelidir. Ayrıca şartnamede; ücret belirleme yöntemleri, kamulaştırma hususu, talep garantisi verilecek ise garanti üst sınırı ve süresi, borç üstlenimi, 6428 sayılı Kanun kapsamındaki

hizmet ve işlerde bakım -onarım-yenilenmesi hususları ayrıntılı biçimde düzenlenmelidir³⁹.

- İdare tarafından hazırlanan görevlendirmeye ait düzenlemelerde, Hazine'nin borç üstlenim konusu Hazine tarafından netleştirilmiş ise bu konuda belirlenen hizmet ve yatırımlar konusu detaylı olarak projenin sözleşme ve eklerinin taslak metninde düzenlenmelidir. Diğer önemli bir konu ise HMB' nin, ihale şartnamesinin taslağının hazırlanması aşamasında, ihale sürecinin tamamlanmasıyla ve sözleşmenin taraflarca imzalanmasından önce uygun görüşünün yazılı olarak alınması zorunluluğudur.

ÇŞB, KÖİ modeli kapsamında yatırımların gerçekleştirilmesi için ihaleyi kazanarak ÖAŞ' ini kuran tüzel kişiye hazineye ait olan proje alanı üzerinde üst hakkı tesis etmektedir. ÇŞB ise üst hakkı tesis edilecek projeye tahsis edilen taşınmazların imar planı çalışmalarını yapmaktadır.

VII. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİNİN DİĞER MODELLER İLE İLİŞKİSİ

A. İmtiyaz Usulü Açısından

19'uncu yüzyılda Avrupa'da sıkça kullanılan imtiyaz yöntemi Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde de yaygın biçimde uygulandığı görülmektedir. İmparatorluğun, özellikle 1849-1909 yılları arasında, içinde bulunduğu sıkıntılar ve mali yetersizlikler sebebi ile elektrik, telgraf, ulaşım, liman hizmetleri, tramvay, tünel, posta, telefon, gibi kamu hizmetlerinin pek çok tesisi özellikle yabancı girişimcilere imtiyaz yöntemiyle bırakılmıştır. Bu dönemde Osmanlı İmparatorluğu'nda imtiyaz yöntemini düzenleyen herhangi bir kanun veya mevzuata dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bahsi geçen imtiyazlardan sonra ise 1910 yılında çıkarılan, halen

³⁹ TEPAV, KÖİ Raporu, s.33,34

yürürlükte olan, konu ile ilgili yasal ilk düzenleme ve Menafi-i Umumiye Mütteallik İmtiyazlar Hakkında Kanun yayımlanmış ve uygulanmıştır⁴⁰.

İmtiyaz modeli, bir özel sektör kişisi ile idare arasında akdedilen sözleşme ile gerçekleştirilmiştir. Bu sözleşmeye göre yatırımcı, kullanıcılardan tahsil edeceği bedel ile karşılığında kendi kâr ve zararını belirlemek sureti ile idarenin sorumluluğunda olan kamu hizmet veya hizmetlerinin yatırımını yapmakta ve işletmesi sağlamaktadır. İmtiyazın verildiği özel kişiye imtiyazcı veya imtiyaz sahibi, kamu tüzel kişisine "imtiyaz veren" denilmektedir.

İmtiyaz sözleşmesi, imtiyaz veren ile imtiyaz sahibi arasında akdedilen ve imtiyazın şartlarını içeren metindir. Diğer bir deyişle, imtiyaz sözleşmesi ile imtiyaz veren, sunduğu kamu hizmetinin karşılığında kullanıcılardan tahsile edeceği ücrete karşılık olarak kurmakla yükümlü olduğu sorumluluğu ve tahsil edeceği bedeli imtiyaz alana devretmektedir⁴¹. Bir anlamda İmtiyaz yönteminde, imtiyaz sahibi sunduğu hizmetten faydalanan kullanıcılardan ücret almaktadır⁴².

B. Joint Venture (Ortak Girişim) Usulü Açısından

İki veya daha fazla sayıda tüzel kişiliğin/işletmenin belirli bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmesine Join Venture (Ortak Girişim) denilmektedir. Genelde bir amacın gerçekleştirilmesi için oluşturulan söz konusu ortaklığın hedefi sözleşmesel yükümlülüklerini ifa ederek, kâr elde etmektir⁴³.

⁴⁰ YILMAZ, Osman, *Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması, Planlama Uzmanlığı Tezi*, Ankara ,1999, s.59

⁴¹ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa, 2006, s.540

⁴² GÜNGÖR, s. 83

⁴³ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal /ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, B.10, 2005, s.319

Ortak Girişim Sözleşmeleri literatürde farklı şekillerde de tanımlanabilmektedir⁴⁴.

Kamu özel ortaklığı usulünde ilke olarak kâr elde etme amacı güdülmez, diğer bir deyişle ortak girişimlerde ortaklar kar elde amacı ile bir araya gelirlerken, kamu özel iş birliği ortaklığında kamu hizmetinin kamu menfaati gözetilerek daha faydalı şekilde sunulması amaçlanmaktadır.

C. Özelleştirme Usulü Açısından

Devlet, özelleştirme modeli ile elde ettiği gelirleri, bütçede meydana gelen açıkları kapatarak, stratejik konularda imtiyazlı hisseler oluşturmayı hedeflemektedir. Ayrıca devlet, milli güvenliğine zarar verecek ve kamu menfaatine uygun olmayan özelleştirmeleri gerçekleştirmekten kaçınmaktadır⁴⁵.

KÖİ modeli sözleşmelerinin özelleştirme sözleşmelerinden farkı, herhangi bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmesinin kamu kurum veya kuruluşlarının yerine bir ya da birden fazla özel tüzel kişi marifetiyle gerçekleştirilmesidir.

Kamu özel ortaklıklarında yatırımcı, finansal kaynaklara hızlı erişim sağlamak sureti ile kamu hizmetinin daha kaliteli olmasını temin etmektedir. Ayrıca bu model ile hayata geçirilen hizmetler, nitelik açısından daha kaliteli olmakla birlikte sektörün ekonomik desteği ile mali açıdan ülkede rahatlama meydana gelmektedir⁴⁶.

⁴⁴ YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, B.10, Ankara , 2011, s.1055

“Ortak Girişim; iki veya daha çok ortağın kendi faaliyetlerini sürdürürken, belli bir işi görmek üzere sürekli veya geçici olarak bir ortaklık kurup bu ortaklığa kendi işletmelerinden teknik, mali ve ticari destek sağlamak üzere anlaşmalarıdır” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁴⁵ MASUM, Türker, *Cooperation Between Public and Private Sectors in Developing Countries (Gelişmekte Olan Ülkelerde Kamu Özel Sektör İşbirliği)* ,Ankara 1998, s. 1-25

⁴⁶ CEBECİ, Ayşe, *Kamu Özel Ortaklığı ve Koordinasyonu Sağlayan Kurum Olarak YOİKK*, Kamu Özel Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, Türk Tabirler Birliği yayınları, s.100

D. Yap -İşlet Devret Usulü

Yap-İşlet-Devret modelinin birden fazla tanımı yapılmıştır.⁴⁷ Yap-İşlet-Devret modeli; bir kamu hizmetinin masraflarının özel sektör tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi, bu tesisi belli bir süre işleterek, harcanan sermayenin, karın ve amortismanın tahsilinden sonra, özel sektörün kamu hizmetine ait tesisi, tamamen bedelsiz olarak ilgili idareye devretmesi şeklinde tanımlanabilmektedir⁴⁸.

İdarenin, özel şirket ile yaptığı sözleşmenin Danıştay tarafından 3096 sayılı Kanun kapsamında “imtiyaz” niteliğinde değerlendirilerek iptal edilmesinden sonra Anayasa Mahkemesi (28 Haziran 1995 tarihli E.1994/71 K.1995/23 sayılı)⁴⁹ iptal kararında aşağıdaki hususlara yer vermiştir:

- İdare ile bir özel hukuk kişisi arasında akdedilen anlaşmada özel sektör bir kamu hizmetini yapmasına veya kamu hizmetinin ifasına katılması nedeni ile ise bu sözleşme idari nitelik taşımaktadır.

⁴⁷ GENÇOĞLU, Şeref, *Türk İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008, s.38

“Yap-İşlet -Devret; bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulmasını, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kar gerçekleştirildikten sonra, tesisin ve yönetiminin bedelsiz olarak ilgili kamu idaresi kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir idari rejim” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁸ DURAN, Lütfi, *Yap-İşlet-Devret*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 46, S. 1,1991, s.150

⁴⁹ Resmi Gazete, T.20.03.1996, S.22586. (Söz konusu iptal kararının gerekçesi; İdarenin, özel şirket ile yaptığı sözleşmenin Danıştay tarafından 3096 sayılı Kanun kapsamında “imtiyaz” niteliğinde değerlendirilerek iptal edilmesinden sonra bu tür sözleşmelerin “imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte” ve “özel hukuk hükümlerine tâbi bulunan sözleşmeler” olduğuna ilişkin hüküm ihtiva eden 8 Haziran 1994 gün ve 3996 Sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun” kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin 28 Haziran 1995 tarih ve E.1994/71 K.1995/23 sayılı kararı ile söz konusu ibareler iptal edilmiştir).

- Kanunda düzenlenen *imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılı* şeklindeki maddede, akdedilen sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesi niteliği taşımasına engel olmayacağı hatta idari sözleşme olmasını da engellemeyeceğini belirtmiştir⁵⁰.
- Bu sözleşmelerde özel hukuk hükümlerinin uygulanmayacağına dair düzenleme Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil etmekte olup, düzenlemenin hukuki geçerliliği bulunmamaktadır. Zira taraflar arasında meydana gelmesi muhtemel uyuşmazlığın idari yargı düzeninde çözümlenmeyeceği, aksine başka yargı düzeninde çözüme kavuşturulacağına dair düzenlemenin sözleşmede bulunması, sözleşmenin niteliğini etkilememektedir.
- Bu sözleşmelerde kamu menfaati önceliklidir. Yatırımcı şirketlere veya finansöre hukuk düzenine, mevzuata aykırı olacak şekilde imtiyazlar verilmediği takdirde, yargı denetimine dahil etmemek hukuk düzenine aykırılık teşkil edecek bir husustur. Böyle bir durumda, sözleşmelerin idari yargı denetiminden çıkarılarak, bu denetimin önüne geçmek amacı ile çaba sarfetmek akılda soru işaretleri bırakmaktadır.
- Kaldı ki sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda taraflar haricinde, sözleşmenin tarafı olmadıkça kurum ve kuruluşlara dava açılmamasına dair düzenleme, Anayasa'nın 125. maddesine aykırıdır⁵¹.

⁵⁰ Ayrıca Mahkeme bu maddeyi, "Yargı denetimi dışında bırakılmaya çalışılan ve yaptırımı olmayan idari sözleşmeler için kanunla "imtiyaz teşkil etmeyecek biçimde bir sözleşme yapılı" ibaresinin getirilmiş olması sözleşmenin, imtiyaz sözleşmesi niteliği taşımadığı sonucunu doğurmaz. Hatta bir sözleşmede açıkça; "bu sözleşme bir imtiyaz sözleşmesi değildir" ibaresinin bulunması bile, o sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi olmamasını temin etmez." şeklinde gerekçelendirmiştir.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi; "sözleşmelerin, özel hukuka tâbi olacağına ilişkin hüküm bakımından; idare ile sermaye şirketi ya da yabancı şirket arasında akdedilecek sözleşme, kanun gereğince özel hukuk hükümlerine tâbi olursa; esasen bir imtiyaz

Anayasa Mahkemesi, bir idari sözleşme ile idari yargının yetkisine giren hizmetlerin yaptırılmasında akdolunacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi niteliği taşımayacağını, sözleşme ile uyuşmazlıkların özel hukuka tâbi olacağına dair düzenlemenin Anayasa'nın 125 ila 155. maddelerine açıkça aykırı olması sebebi ile Kanun'un 5. Maddesinin birinci cümlesindeki ilgili düzenlemelerinin ("...imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte..." kelimeleri ile "bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tâbidir") iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile 1982 Anayasası'nın 47.Maddesine⁵² kamu hizmetinin özel sektöre, özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağına dair düzenleme getirmiştir.

Anayasa'nın 47. Maddesinde yapılan değişiklik ile 1995 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen *özel hukuka tabi olma* ibaresi, 20.12.1999 tarihinde 3996 Sayılı Kanun'a tekrar eklenmiştir⁵³.

4283 sayılı⁵⁴ Kanun, yerli- yabancı şirketlerce elektrik enerjisine yönelik üretim tesis veya tesislerini kendi mülkiyetlerinde kurmalarına ve bu tesisleri işletilmelerine, ürettikleri elektriği ise uzun süre devlete satmalarına izin vermekte idi. Yap-İşlet

sözleşmesi olsa dahi Danıştay'ca denetlenemeyecektir. Ayrıca sözleşmeye karşı dava açmak isteyen ilgili kişi ve kuruluşlar, sözleşmenin tarafı olmadıkları için dava açamayacaklardır. Anayasa'nın "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır." şeklindeki 125. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir" şeklindedir.

⁵² Anayasa Madde 47;"Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir." şeklindedir.

⁵³ ÇAL, Sedat, *Kamu Özel Ortaklığı ve Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması, Türkiye'de Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı Şehir Hastaneleri*, İletişim Yayınları, Derleyen Kayıhan Pala, 1.Baskı, İstanbul ,2018, s.40

⁵⁴ 19.07.1997 tarihli Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

Modelinin, Yap-İşlet- Devret modelinden tek farkı ise, tesisin sözleşme süresi sonunda zorunlu olarak kamuya devrini düzenlememiş olmasıdır⁵⁵.

Kamu özel iş birliği modelinde kamu alımı İngiliz modeli, imtiyaz tipini ise Fransız modelini işaret etmektedir. Uzun süredir birçok alanda uygulanan Fransız modeli, uygulama sırasında meydana gelen sorunlarla elde edilen tecrübeler ile geliştirilmiş bir sözleşme niteliği taşımaktadır.

İngiliz modelinde özel finansman girişimi esas alınarak, devletin asıl sorumluluğuna odaklanılmaktadır. Devlet, asli görevlerinin haricindeki hizmetlerine ait risklerin birçoğunu özel sektöre aktarmaktadır. Özel sektöre ödenen bedellerin karşılığının alındığını denetlemekte ve özel sektör aracılığıyla kamu hizmet ve yatırımlarının gerçekleştirilmesini amaçlamaktadır. İngiliz modeli ile devlet kamu hizmeti alımı yapmaktadır.

Doğrudan ekonomik menfaat sağlanan bir kamu hizmetinin, özel kişi aracılığıyla gerçekleştirilmesi yöntemi Avrupa Birliği ülkeleri için yeterlidir. Ancak Fransız modeli uygulamalarında, bir yanda kamu hizmeti alımı yapılırken diğer yanda ilgili kamu hizmetine konu projenin kamu tarafından takibi, denetlenmesi ve yürütülmesi şartı bulunmaktadır. Bir anlamda KÖİ uygulamalarında Fransız uygulamalarında geleneksel modeli, İngiliz uygulamalarında ise yeni nesil KÖİ modelini görmek mümkündür.

Devlet, yeni nesil KÖİ uygulamalarında kamu hizmetinin sunulması açısından değerlendirildiğinde müşteri konumunda olup, aynı zamanda hizmete konu projenin düzenleme ve denetiminde de görev almaktadır. Aslında bu KÖİ uygulamaları ile amaçlanan kamu hizmetinin özel sektör tarafından sunulması ile projeler için gerekli

⁵⁵ ÖZTÜRK, Sibel, *Kamu Özle Ortaklığı ve Türkiye’de Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens., Tezli Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s.9

olan finansmanın temin edilmesi aşamasında oluşacak engellerin önüne geçmek ve devletin bu süreçte özel sektörle iş birliği yapmasını sağlamaktır⁵⁶.

YİD, Yİ gibi yöntemler kapsamında ülkemizde hayata geçirilen yapım proje ve hizmetlerin bütünü kamu kurumlarının akdettiği sözleşmeler bir kamu alımı sözleşmeleri özelliklerini taşımaktadır.

Sağlık Bakanlığı tarafından özel sektöre yaptırılan sağlık projelerinin, özel sektöre 49 yıl süre ile kiralanmasını öngören YKD yöntemi aslında bir anlamda, ilgili mevzuatta KÖİ modeli olarak nitelendirilse de tesis kiralanma niteliği taşıması nedeni ile kamu alımının sözleşmelerine benzediği açıktır. Zira kamu alımı sözleşmeleri, kamu kurumlarının ifa etmekle yükümlü oldukları elektrik, sağlık hizmetleri gibi hizmetlerde ücreti karşılığında özel sektörden alım yapması hususlarını düzenlemektedir⁵⁷.

VIII. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ VE ŞEHİR HASTANELERİ PROJELERİ

Kamu Özel İş birliği (PPP) projeleri, hukuki, finansal ve teknik konuları içeren kendine özgü bir sözleşme niteliğine sahiptir. Bu projelerin gerek uygulanması gerekse sözleşme özelliği itibari ile finansman temini, sözleşmeye konu hizmetlerin ve işletilmesi sırasında meydana gelecek riskler, risklerin transferi ve etkileri açısından dikkat çekici niteliktedir.

Diğer bir deyişle KÖİ projeleri, kamu yönetimi ile özel sektörün bir araya gelerek bir ortaklık ilişkisi üzerine inşa edildiği bir kamu hizmeti modelidir. Bu projeler, devletin sınırlı kaynaklarıyla vatandaşlara modern, kaliteli, ekonomik ve sağlıklı hizmetler sunma hedefiyle gerçekleştirilir. Ancak, KÖİ projeleri birçok hukuki

⁵⁶ BAYAZIT, Bahar, *Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara, 2018, s.97*

⁵⁷ AKDOĞAN Muzaffer, *Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, (Kamu Alımları), s.108.

riski beraberinde getirebilir. Bu projelerin hukuki riskleri, sözleşme ihlalleri, anlaşmazlıklar, yasal düzenlemelerin değişmesi gibi faktörlerden kaynaklanabilir. Bu risklerin yönetimi ve analizi önem arz etmektedir. Bu nedenle, KÖİ projelerinin hukuki riskleri dikkatle değerlendirilmeli ve bu kapsamda yönetilmelidir.

A. Sözleşmenin Kurulma Süreci

Kamu Özel İşbirliği (PPP) sadece bir ortaklık sözleşmesi niteliğinde değildir. İdare hukukunun temel unsuru gereği, idare tarafından gerçekleştirilecek bütün idari iş ve işlemlerin kamu yararı esas alınarak hayata geçirilmesidir. Devlet, kamu menfaatinin esas olduğu hizmetlerde kâr etme amacını hedef alamaz, kâr amacının hedeflenmesine izin veremez⁵⁸.

6428⁵⁹ sayılı Kanun ile sağlık alanı KÖİ modeli ile gerçekleştirilecek bütün kamu hizmetlerine ilişkin KÖİ sözleşmelerine özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Diğer deyişle; kurum/kuruluşlarca imzalanan kamu özel ortaklığı sözleşmesinin özel hukuk hükümlerinin uygulanacağı bir sözleşme niteliğini taşıdığı, sözleşmeden dolayı taraflar arasında meydana uyuşmazlıklarda ise adli yargının görevli olduğu Kanun'da hükme bağlanmıştır⁶⁰. Ancak dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan biri, Kamu özel iş birliği modeli kapsamındaki projelerde ihale aşamasında meydana gelen uyuşmazlıkların, idari yargının görev alanına girmesidir. KÖİ ile ilgili ihalelerin tamamlanmasından sonraki döneme ait ihtilaflarda ise özel hukuk

⁵⁸ YILDIRIM, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri II*, Konya, 2012, s. 64-65

⁵⁹ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

⁶⁰ GÜZELSARI, Selime, *Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme*, Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Yayın No. 598, s. 46

hükümlerinin uygulanması sebebi ile uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında adli yargı görevli olacaktır⁶¹.

PPP modeli ile gerçekleştirilen Şehir Hastaneleri Projelerinin hukuki dayanaklarının başlıcaları 3359 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliği ile 6428 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliğidir.

B. İhale Aşaması

Kanun koyucu 21.02.2013 tarihinde yayımlanan, 6428 sayılı Kanun'un 11. Maddesi ile 6428 sayılı Kanun kapsamında sunulacak kamu hizmetlerine dair kamu işlemlerinin 2886 (Devlet İhale Kanunu) ve 4734 sayılı Kanunlara tâbi olmayacağı hususunu düzenleyerek, KÖİ Projelerinin ihale sürecinin de 4734 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmeyeceğini konusu açıkça belirtmiştir.

Ancak KÖİ modeline göre yapılan ihalelerde söz konusu 4734 ve 286 sayılı Kanunlar, KÖİ modeli ile gerçekleştirilen projelerde ilgili mevzuatlarda düzenleme olmaması halinde ve genel hükümler çerçevesinde değerlendirmelere ihtiyaç olduğunda uygulama alanı bulmaktadır⁶².

KÖİ modelinde gerçekleştirilen sağlık tesislerinin işletilmesi, yaptırılmasına dair usul ve esaslara ilişkin bütün detaylar Yönetmelikte⁶³ açıklamıştır⁶⁴. 6428 sayılı Kanun ve Yönetmeliği kapsamında Şehir Hastanelerinde KÖİ modeli ihale süreci şu şekilde gerçekleşmektedir.

⁶¹ YILDIRIM, s.381

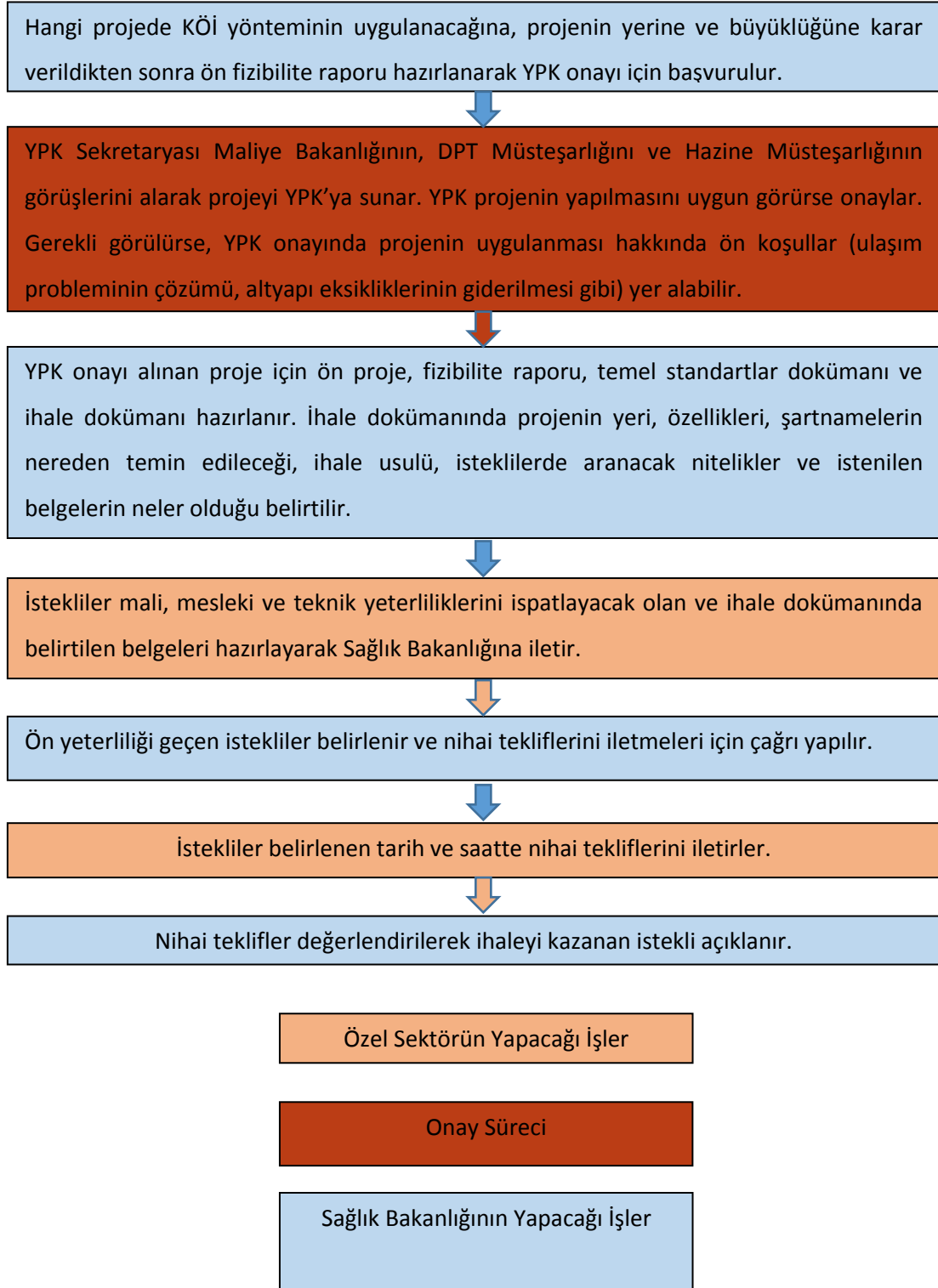
⁶² BOZ, Selman Sacit, *Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Hukuksal Çerçevesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 4, S. 2

⁶³ Bakanlar Kurulu'nun 03.07.2006 tarihli kararı ile yürürlüğe giren Kararı ile Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbi Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik

⁶⁴ AKSOYGÜL ALSAN, Pınar, *Türk Sağlık Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı*, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, 2012, Y. 2, S. 2, s. 61

İlk aşamada ilgili idare olan Sağlık Bakanlığı'nın kamu hizmeti olan sağlık tesisini idarenin sağlık politikaları çerçevesine uygun şekilde belirlemek ve kamu menfaatine dayalı olarak projelerin ihale aşamasına hazırlanması gereklidir. İdare tarafından projelerin planlandığı arsa/arazi temininin sağlanması amacı ile arazi tahsisi ile proje için idare tarafından düşünülen öneri ve çözümlerin ön fizibilite raporları ile birlikte Yüksek Planlama Kurulu'na iletilmesi gereklidir. İkinci aşamada Yüksek Planlama Kurulu, kendisine İdare (Sağlık Bakanlığı) tarafından sunulan söz konusu bu çalışma ve bilgileri incelemesini müteakip karara bağlamaktadır. YPK 'nun değerlendirmesi sonucunda kararında herhangi bir sorun oluşmaz yani proje YPK tarafından kabul edilir ise proje bir diğer aşamaya geçebilecektir. Üçüncü aşama kapsamında Yüksek Planlama Kurulu'nca projenin onaylanması akabinde idare, her bir projeye özel olarak ihale işlemlerinde kullanılmak amacı ile (ön proje, fizibilite raporu, temel standartlara ilişkin dokümanları ile ihale dokümanlarının hazırlanmasını gibi) projeye özel olarak, teknik çalışmalarını tamamlamaktadır. Son aşamada ise bakanlığın bu proje/ler için yapacağı ihale aşamasıdır. İhale sürecinde İdare, projede olması gerekli teknik detaylar tamamlandıktan sonra Resmi Gazete 'de ön yeterlik ilan edilir. Türkiye'de yüksek tirajlı en az iki gazete ile internet ilanları ile İdare tarafından belirlenen ihale tarihinden en az doksan gün önce ilan edilerek ihale duyurulmalıdır. İhaleye yapılan başvurulara göre ön yeterlilik aşaması gerçekleştirilir. İdarenin ön yeterlik değerlendirmesinin tamamlanması ile yeterliliğe haiz adaylara, ihale gününden en az altmış gün önce olmak kaydı ile, davet mektubu gönderilir. Davetiye gönderilen adaylara, proje ile ilgili tekliflerini sunmasıyla ihale değerlendirme süreci başlamaktadır. İdare, davete katılan teklifleri değerlendirirken en yüksek verimlilik ve en az maliyet esasını dikkate almaktadır. İdare, teklifini kabul ettiği ihale katılımcısı ile

proje sözleşmesi imzalanmaktadır⁶⁵.Aşağıdaki tabloda de görüleceği üzere kamu özel iş birliği projelerinde kamu ihalesine hâkim olan ilkeler uygulanmaktadır.



Şekil 2. KÖİ Modelinde İhale ve Onay Süreci ⁶⁶

⁶⁵ KERMAN, Uysal/ ALTAN, Yakup/AKTEL, Mehmet / EKE, Erdal, *Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması*, SDÜİİBFD., 2012, C. 17, S. 3, s.13-14

⁶⁶ GÜNGÖR, s.100.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ

NİTELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SÖZLEŞME KAVRAMI

A. Genel

Sözleşme, toplumun ortak amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için toplumsal düzen ve iş birliğini sağlamak üzere ortaya çıkmış bir kavramdır⁶⁷.

Klasik anlayış, mal ve hizmetlerin değişiminde klasik sözleşme modeli olan bireysel sözleşme modelini esas almıştır. Sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde de düzenlendiği üzere, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının sonucu kurulmaktadır. Fakat sözleşmenin meydana gelip gelmediği sonucuna varmak için olayın özelliğine , hal ve şartlarına , Medeni Kanun 2. Maddedeki dürüstlük kuralları ile güven ilkesine bakmak gereklidir⁶⁸. Akdin esaslı unsurları, sözleşmenin genel niteliğine genel iş anlayışına ve koşullara göre tarafların mutlaka uyması gereken noktalardır⁶⁹.

Sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşan taraflar, ikinci derecedeki noktaları tartışmamışlar veya tartışmalarına rağmen anlaşmamışlar fakat sözleşmenin kabul ettikleri esaslı noktalar ile tamam olduğunu kararlaştırmışlar ise, sözleşme meydana gelmiş sayılır. Anlaşma sağlanamayan ikinci derecedeki noktalarda sözleşme boşluğu

⁶⁷ von MERHER ,Arthur, Contracts in General , *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Hague -Boston-London, 2008 , s.3

⁶⁸ FEYZİOĞLU ,Feyzi Necmettin, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler*, Cilt 1, İstanbul, 1976, s.63

⁶⁹ REİSOĞLU , Safa, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, İstanbul , 1990, s.55

doğmuş olması sebebi ile uyuşmazlık halinde hakim, işin mahiyetine bakarak onları tayin edecektir⁷⁰.

Bu kapsamda değerlendirildiğinde klasik (standart) sözleşme, bireysel sözleşmelerin kurulması için gereken karşılıklı müzakere aşamasının ortadan kaldırıldığı günümüz şartları için yaratılmış bir sözleşme tipidir⁷¹.

Standart sözleşme, hazırlayan tarafından gelecekte belirsiz sayıda kurulacak olan, şekil ve içerik yönünden birbirine benzer hukuki işlemlere yönelik, tek taraflı hazırlanarak karşı tarafa sunulan ve önceden formüle edilmiş koşullardan hükümlerden oluşmaktadır⁷². Bununla birlikte yasal düzenlemelerdeki unsurları içermeyen ve klasik sözleşme niteliği taşımayan kendine özgü nitelikleri olan sözleşmeler de uygulamada kullanılmaktadır. Bu sözleşme tipleri de yasalar ile düzenlenmektedir.

B. Sözleşme Tiplerinin Kanun Tarafından Düzenlenme Sebepleri

Çeşitli sözleşme tiplerinin kanun tarafından düzenlenmesinin amacı taraflara yeterli açıklıkta olmayan ve eksik sözleşmelerinin uygulanmasını kolaylaştırmaktır⁷³.

Tarafların akdin esaslı noktaları üzerinde mutabık kalmaları sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Belli tipteki bir akdin doğuracağı hükümleri kanun, taraflar yerine tespit etmiştir. Bu hükümlerin çoğu tamamlayıcı nitelikte olup taraflar aksini

⁷⁰ KARATAŞ, İzzet, *Eser(İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara, 2004, s. 21.

⁷¹ TEKİNAY, Sulhi /AKMAN, G. Sermet / BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul ,1993, s.156; ATAMER, Yeşim M, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul,2001, s .2

⁷² SİRMEN, Lale, *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, Prof. Dr.H.C. Oğuzoğlu' na Armağan, Ankara, 1972, s. 457 ; EROZAN, Rona, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu* , C.1 , Genel Hükümler, İstanbul, 2018, TBK 1,N.92.

⁷³ TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1,İkinci Bası, Ankara, 1974, s.8

kararlaştırabilmektedir ⁷⁴. Tamamlayıcı hükümlerin yararı özellikle ortaya çıkan anlaşmazlıklarda kendini gösterir.

Birçok sözleşme tiplerine ilişkin hükümlerin çoğu tamamlayıcı nitelikte olup kanun koyucu sözleşmenin taraflarından birini ekonomik bakımdan zayıf ve korunmaya muhtaç gördüğü durumlarda, bir takım emredici hükümlere de sevk etmektedir. Tarafların akdin kurulması esnasında düşünmedikleri sorunlar için hâkimin, sözü geçen hükümlere başvurarak bir çözüm yolu bulması mümkündür. Kanundaki bu hükümler bir mahkeme kararı olmadığı zamanlarda da tarafları hukuki durumları hakkında aydınlatır ⁷⁵.

Kanunda tipi belirtilen, bir diğer deyişle tarafların hakları ve borçları ile sözleşmenin konusunun asgari surette belirtildiği sözleşmelerin dışında, tarafların irade özgürlüğünden yararlanarak yarattıkları sözleşmelere atipik sözleşme denir. Bunun aksine hangi kanunda düzenlenirse düzenlensin, asgari olarak tanımı ve tarafların hak ve borçlarını içeren bir sözleşme ise tipiktir. Başka bir deyişle adı ve hükümleri, tarafların hakları ve borçları, kanunda yeterli şekilde düzenlenmeyen sözleşmeler, atipik sözleşme olarak adlandırılmaktadır ⁷⁶.

Bir sözleşmenin sadece adının kanunda geçmesi, söz konusu sözleşmeyi tipik hale getirmek için yeterli değildir. Bir sözleşmenin tipik olabilmesi için, hükümlerinin de kanun tarafından asgari olarak düzenlenmesi gerekir ⁷⁷. Bu ifadeden de anlaşılacağı

⁷⁴ ATAMER, s .3

⁷⁵ LARENZ, Karl, Lehrburch des Schuldrechts,Bd. 2, siebente Aufl. München und Berlin, 1965,s.1; TANDOĞAN, s.8

⁷⁶ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5.Baskı, s. 870

⁷⁷ GÜMÜŞ, M. Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, Cilt I, 1. Baskı, s.4; KUNTALP, Erden, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, 2. Baskı, s. 5 ; ÖZ, Turgut, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları*, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 497

üzere; bir sözleşmenin sadece adının kanunda geçmesi, o sözleşmeyi tipik hale getirmek için yeterli değildir. Bir sözleşmenin tipik olabilmesi için, hükümlerinin de kanun tarafından asgari olarak düzenlenmesi gereklidir ⁷⁸.

Birçok sözleşme tipi modern devletlerin kanunlarında yer almıştır. Ancak bütün kanunlarda istisnasız aynı tip sözleşmelere rastlanmaz. Örneğin, sulh akdi Almanya, İtalya ve Fransa Medeni Kanunlarında düzenlenmiştir. Bunun yanında sulh akdi ülkemizde ve İsviçre’de Borçlar Kanunu’nda yer verilmiştir. Satış için bırakma akdi Türk, İsviçre ve Alman kanunlarında düzenlenmemişken, buna karşılık İtalya ve Avusturya’da Medeni Kanunlarda bu akde yer verilmiştir. Finansal Kiralama konusu Fransa ve ülkemizde yasal düzenlemelere konu olmuşken İsviçre’de bu konu hakkında henüz bir düzenleme yapılmamıştır ⁷⁹.

C. Kendisine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler ve Karma Sözleşmeler

1. Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşmeler

Kanun tarafından düzenlenen sözleşmelerin yanında kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler de bulunmaktadır. Borçlar hukukumuzda, eşya hukukumuzda ve Roma borçlar hukukunda olduğu gibi *numerus clausus* değildir. Tarafların yapabilecekleri sözleşmeler kanunen önceden tespit edilmiş değildir, onlar sözleşme özgürlüğü gereğince kanuna ve adaba aykırı olmamak üzere diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapabilirler. Eş deyişle sözleşme özgürlüğü hukuk düzeninin sınırları içerisinde bireylerin irade beyanlarıyla diledikleri hukuki sonuçları ortaya getirebilme özgürlüğüdür ⁸⁰. Bu durum sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, karşı tarafı seçme

⁷⁸ ÜSTÜNDAĞ, Nilay / BARAZ, Güzin, Atipik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hukuk, Makale , https://www.sch-legal.com/sch-legal-akademi/atipik-sozlesmeler-ve-uygulanacak-hukuk/#_ftn2

⁷⁹ TANDOĞAN, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1, İkinci Bası, Ankara, 2008, s.9

⁸⁰ TANDOĞAN, s. 9

özgürlüğü, şekil özgürlüğü, sözleşmeyi değiştirme özgürlüğü, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü gibi serbestlikleri beraberinde getirmiştir. Bu sözleşmelerin isimsiz olması kanun koyucunun sözleşmelere isim vermemesinden kaynaklı olup günlük hayatta, sulh, ibra, tahkim gibi bunlara birer isim verilmektedir⁸¹.

İsimsiz sözleşmeler yönünden sözleşme özgürlüğünün en önemli bölümü, hiç şüphesiz düzenleme özgürlüğüdür. TBK 26. maddesi, taraflara hukuk düzeninin sınırları içinde sözleşmeyi diledikleri gibi özgürce düzenleme yetkisi vermektedir.

Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş herhangi bir tipik sözleşmenin unsurunu içermedikleri gibi, isimsiz karma sözleşmeler de sayılmazlar. Bu sözleşmeler iyi niyet kurallarına ve teamüllere göre yorumlanmak ve tamamlanmaktadır. İçerikleri uygun olduğu şartlarda benzerleri olan türdeki sözleşmelere ait yasal düzenlemeler kıyasen uygulanmaktadır. TBK'nın genel hükümlerinin de uygulanabileceği ,Medeni Kanun'un 1. Maddesi gereğince hakimin hukuk yaratarak sonuca ulaşacağı kabul edilmektedir⁸²

Kendine özgü sözleşmeler çoğunlukla ticari ve sosyal hayatın gerekliliklerinden doğan; zaman içinde hukuk düzeninde oldukça yerleşik bir şekilde kullanılmaya başlanan sözleşmelerdir. Böylelikle toplumsal gelişimin bir parçası olarak zamanla ortaya çıkan bazı kendine özgü sözleşmeler yasayla düzenlenir ve kendine özgü niteliğini kaybedip tipik sözleşmeler haline gelirler⁸³. Sözleşme düzenleme özgürlüğü uyarınca taraflar, bir yandan sözleşmenin tipini, diğer yandan da içeriğini, özellikle esaslı unsurlarını ve asli edim yükümlülüklerini serbestçe belirleyebilmektedir. Taraflar sözleşmenin tipini ve içeriğini belirlemede, TBK'da düzenlenmiş belirli bir sözleşmeyi

⁸¹ AKYOL,Şener, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)* ,I.Fasikül,İstanbul,1984,s.11 vd.; LARENZ, Bd. II, s.7.

⁸² ZEVLİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre , *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, 2021, s.12-13.

⁸³ TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, C. II, 3.Bası, İstanbul, 1977 s.41

seçebilecekleri gibi burada düzenlenmemiş sözleşmeleri, yani isimsiz sözleşmeleri, yapma özgürlüğüne de sahiptirler. Bu özgürlük çerçevesinde taraflar, isterlerse TBK’da düzenlenmiş sözleşmelerin belirli unsurlarını bir araya getirerek kanunda düzenlenmemiş karma bir sözleşme kurabilecekleri gibi; kanunda düzenlenen sözleşmeler dışında doğrudan doğruya kendilerinin öngörüp yarattıkları unsurları bir araya getirerek kendine özgü (sui generis) bir sözleşme de kurabilirler. Karma ve kendine özgü sözleşmelere; tahkim ve sulh sözleşmeleri, seyahat düzenleme sözleşmesi, factoring ve franchising sözleşmeleri örnek olarak gösterilebilir⁸⁴.

İsimsiz sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak taraf iradelerinin korunması esas olmakla birlikte, bu özgürlük sınırsız değildir. Nitekim; TBK m. 27/1, içeriği hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerle konusu imkânsız sözleşmeleri yasaklamak suretiyle sözleşme özgürlüğüne sınır getirmiştir. Aynı şekilde, kanunun bir hükmünü dolanmak suretiyle kanuna karşı hile yapmayı amaçlayan veya emredici hükümlere aykırılık taşıyan isimsiz sözleşmeler de geçersiz sayılmaktadır. Dolayısıyla kanunda var olan sınırlamalardan kurtulmak amacıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde başka bir ad altında veya isimsiz bir sözleşme yaratılması hukuk düzenince korunmamaktadır⁸⁵. Sözleşme adaleti, güven ilkesi ve dürüstlük kuralı isimsiz sözleşme özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır.

Kendine özgü yapısı olan sözleşme türlerini bazıları aşağıdaki gibidir.

1) Sulh Sözleşmesi

⁸⁴ https://www.sch-legal.com/sch-legal-akademi/atipik-sozlesmeler-ve-uygulanacakhukuk/#_ftn2

⁸⁵ OKTAY, Saibe ; *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 263-264.

Bu sözleşmeler ile taraflar, birbirlerine karşı fedakarlıklarda bulunarak aralarında mevcut bir hukuki ilişki hakkında anlaşmazlığa veya kararsızlık haline son vermeleridir. Sulh akdinde taraflar arasında önceden mevcut bir sözleşme bulunması gereklidir. Taraflar karşılıklı fedakarlıkta bulunabilecekleri gibi fedakârlık karşılıklı olmaz ise bağışlama, feragat, ibra söz konusu olacaktır ve bu durumda sulh sözleşmesinden söz edilmez⁸⁶. Bu kapsamda kamu özel iş birliği sözleşmelerinin hükümlerinde taraflar, bir kısmı veya tamamı hakkında sulh sözleşmesi yapma özgürlüklerine haizdirler.

2) Tevdi Sözleşmesi

Tevdi sözleşmesi (satış için bırakma sözleşmesi) , taraflardan biri kararlaştırılan bedel karşılığında bir malı diğer tarafın kendi adına ve hesabına satması için ona teslim etmeyi taahhüt ederken, diğer tarafın da muayyen bedeli ödemeyi veya aldığı malı iade etmeyi taahhüt etmektedir⁸⁷. Taşınmaz mallar tevdi sözleşmesine konu teşkil etmez. Ancak maddi taşınır eşya, alacak hakları ve fikri haklar böyle bir sözleşmeye konu olacaktır⁸⁸.

3) Tek Satıcılık Sözleşmesi

Yapımcı ile satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen satıcılık sözleşmesi (contrat de concession de vente exclusive) , çerçeve niteliğindedir. Bu sözleşme ile yapımcı mamullerini belirli bir bölgede satış tekeline sahip olarak satmak için satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi ve mallarını satarak sürümü arttırmayı hedeflemektedir⁸⁹. Kamu özel iş birliği projelerine konu tesislerinin inşaatının yapılması, işletme döneminde tesisin veya yapının işletmesinin yatırımcı tarafından

⁸⁶ ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh* , Ankara , 1972, s.23

⁸⁷ OFTINGER, Karl, *Der Trödelvertrag* ,Zürich, 1937,s.19

⁸⁸ TANDOĞAN, s. 19

⁸⁹ İŞGÜZAR, Hasan, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Teksir Edilmiş Doktora Tezi, Ankara , 1980, II,4,s.16

gerçekleştirilmesi nedeni ile bu sözleşmeler tek satıcılık veya tevdi sözleşmelerinin kapsamında bulunmamaktadır.

4) Garanti Sözleşmesi

Taraflardan birinin, üçüncü kişinin belli bir davranışını veya bir teşebbüsünün sonucunu temin edilen fiili yapmaması ya da sonucun meydana gelmesi durumunda diğer tarafın uğradığı zararını tazmin etmeyi kabul ettiği sözleşmelerdir . Söz konusu garanti ile bir kimsenin başkasını belli bir hareket tarzına sevk etmek amacı ile bu hareket tarzından o kişi için doğacak tehlikeleri, kısmen veya tamamen üzerine kalması borcunu doğuran ve bağımsız nitelikte bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁹⁰ .

2. Karma Sözleşmeler

Kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasının içerdiği unsurları tarafların, özellikle asli edimleri, kanunun öngörmediği bir biçimde kısmen veya tamamen bir araya getirdikleri sözleşmeye karma sözleşme adı verilmektedir. Bu sözleşmeler, isimli sözleşme tiplerine ilişkin unsurların yasa da öngörülme yen şekilde, özgün bir bağlılıkla bir araya getirilerek oluşturulur.

Bir karma sözleşmenin unsurları ayrı ayrı incelendiğinde bunların çeşitli isimli sözleşmelere ait oldukları görülürken sözleşmenin bütünü kanunlarda düzenlenmemiş isimsiz bir sözleşme ortaya çıkarmaktadır. Başka bir deyişle çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurlar bir araya gelerek karışmış olup ortaya çıkan sözleşme kanundaki belli bir tipte değildir⁹¹. Aksine yeni bir sözleşme içinde birbirleriyle tamamen karışık kaynaşarak bir araya gelir ve böylece yeni bir sentez ve bütün oluştururlar⁹². Tabiatı ile kanunda düzenlenmemiş sözleşme çeşitlerinin geçerli olarak vücut bulması için

⁹⁰ REİSOĞLU, Seza ,*Garanti Mukavelesi*, Ankara , 1963, s.6-25

⁹¹ OKTAY, s.274

⁹² AMSTUTZ/MORİN/SCHLUEP-BSK OR, Einl. Vor Art. 184 ff., N.9; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ankara, 2020, 13.Baskı, s. 53

bunların kanuna ve adaba aykırı olmaması gerekmektedir⁹³. Karma sözleşmelerde taraflar tipik sözleşmelerde yer verilen edimlerin bir araya gelmesi ile kanunda tanımlanmamış sözleşme türleri oluştururken; sui generis sözleşmelerde taraflar kanunda düzenlenen sözleşme tiplerine tamamen yabancı edimler oluşturmakta ve bunları bir araya getirmektedirler.

Karma sözleşmeler; çift tipli karma sözleşmeler, bileşik (kombine) tipli karma sözleşmeler ve eklemli karma sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁹⁴.

- Çift Tipli Karma Sözleşmeler

Kanunda düzenlenen iki tipik sözleşmenin asli edimlerinin kanunda öngörülme-yen bir biçimde taraflarca karşılıklı olarak yüklenilmesiyle meydana getirilen sözleşmeye çift tipli (bire bir edimli) karma sözleşme denir⁹⁵. Taraflardan her birinin edimlerinin veya edimlerinin çeşitli tipte sözleşmelerden birisine özgü olduğu sözleşmeler⁹⁶ olarak da tanımlanmaktadır. Burada taraflardan her birinin üstlendiği asli edim, bir yandan kanunda düzenlenmiş tipik bir sözleşmenin asli edimini oluşturmaktadır. Bu sözleşmelere en iyi örnek kapıcılık sözleşmesi olup bu sözleşmede kapıcının üstlendiği iş görme edimi hizmet unsurunu; kapıcıya barınması için yer verilmesi de kira unsurunu oluşturmaktadır. Böylece iş görme (hizmet) edimi ile bir yerin kullanılması amacı ile devretme edimi (kira), iki ayrı sözleşme tipinin asli unsurları olarak yasanın öngörmediği bir biçimde bir araya getirilerek, kurulan karma sözleşmede tarafların karşılıklı borçlarını oluşturmaktadır⁹⁷.

⁹³ Yarg.TD.12.10.1972,E.3117/K,4316,RKD.1973,S. 2-3,s.127 vd.

⁹⁴ ARAL/ AYRANCI, s. 54

⁹⁵ ÜSTÜNDAĞ, / BARAZ, s.7

⁹⁶ KUNTALP, Erden, *Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama Leasing Tanımı ve Hükümleri*, T. Bankalar Birliği Yayınları, No.144, Ankara, 1988.

⁹⁷ Yarg.6.HD,09.06.1967,E.1350/K.2988

Yine arsa payı karşılığında onun üzerine yapılacak inşaat sonucu binadan kat verme taahhüdünde de durum aynıdır⁹⁸. Çift tipli bir karma sözleşme olan bu sözleşmede yüklenicinin borçlandığı asli edim, eser sözleşmesinde yer alan bir eser meydana getirme borcudur. Arsa sahibinin üstlendiği asli edim ise, sözleşme ile yüklendiği satıcının mülkiyeti devretme borcudur. Bu sözleşme ile iki farklı sözleşmeye ait asli edimler taraflarca karşılıklı olarak borçlanılarak, kanunda düzenlenmeyen şekilde tarafların mutabakatı ile tek bir sözleşme meydana getirilmektedir.

- Bileşik (Kombine/Mürekkep) Tipli Karma Sözleşmeler

Birleşik sözleşmeleri, karma sözleşmeler ile karıştırılmamalıdır. Bu sözleşmeler içerikleri açısından birbirinden bağımsız ancak başka tipte birden fazla sözleşme, içeriklerine herhangi bir değişiklik gelmeksizin birbirlerine bağlanmıştır. Taraflardan birinin, yasada düzenlenmiş birden fazla isimli sözleşmeye ait asli edimleri üstlenirken, diğer tarafın çoğunlukla para ödeme borcu altına girdiği karma sözleşmeye, bileşik tipli karma sözleşme denir⁹⁹.

Karma sözleşmelerde birden fazla unsur bir sözleşmede bir araya getirilerek ve yeni bir tip sözleşme meydana gelmektedir. Bileşik sözleşmelerde ise birden fazla bağımsız tip sözleşmenin her birinin tamamı bir araya gelmektedir¹⁰⁰.

Federal Mahkeme bileşik sözleşmelerde meydana gelen boşlukların iyi niyet kurallarını ile tamamlanabileceğine dair karar vermiştir¹⁰¹.

- Eklemlı Karma (Yabancı Tipte Yan Edim İçeren) Sözleşmeler

Eklemlı karma sözleşmeler kanunda düzenlenmiş bazı tipik sözleşmelerin unsurları olan asli edimlerin yanında yine bunlardan farklı tipik sözleşmelerin unsurları olan yan edimleri de içeren sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerin karma sözleşme olarak

⁹⁸ Yarg.15.HD.25.12.1975,E. 4714/K,5159, YKD, c.2(1976), S.3, s. 368 vd.

⁹⁹ LARENZ, Bd.II,s.5;

¹⁰⁰ AKYOL,s.7

¹⁰¹ BGE 107 II 144,JdT,1 981, 369 vd.

kabulü hususu doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmaktadır. Bir görüş; sözleşmede öncelikli olarak asli edimlerin niteliğinin dikkate alınması gerektiğini; yan edimlere yer verilmiş olmasının sözleşme tipini değiştirmeyeceği ve bu sebeple sözleşmenin karma nitelikli hale gelmeyeceğini sonuç olarak da sözleşmenin asli edime ilişkin tipik sözleşme hükümlerine tabi olacağını öne sürmektedir¹⁰².

Diğer tarafta ise bu tip sözleşmelerin karma nitelikli sayılması gerektiğini savunmakta; sözleşmede yer verilen yan edimlere mümkün oldukça kıyasen asli edimlere ilişkin hükümlerin uygulanmasını esas göstermekle birlikte her biri için ait oldukları tipik sözleşme hükümlerinin uygulanmasının aslen hakkaniyete daha uygun olacağı ve hukuk dengesini kurulmasını kolaylaştıracağı; bunun yanında uygulama pratikliği de getireceğini savunmaktadır. Yargıtay da bir kararında mutfak dolabı imalatı ve montajı işlemine ilişkin bir sözleşmeyi satım akdinin unsurlarını da taşıyan ama ağırlıklı imalat ve montaj işini de barındıran karma nitelikteki sözleşme olarak tanımlamakla ikinci görüşe yakın olduğunu vurgulamıştır¹⁰³.

Kamu özel iş birliği modelinde yer alan sözleşmeler nitelikleri itibari ile birden fazla unsuru bir arada bulundurmaktadır. Yatırımcıya verilen garantilerin yanında borç üstlenim taahhüdü bir garanti niteliği taşımaktadır. Yüklenim konusu iş açısından eser sözleşmesi ve/ya hizmet sözleşmesi nitelikleri vardır. Yer teslimi aşamasında, taşınmazın tahsisi unsurları bulunmaktadır. SPV, sigorta sözleşmeleri yapmak zorundadır. İdarenin, finansör ve SPV ile imzaladığı finans sözleşmeleri bulunmaktadır. İdare ile SPV arasında imzalanan sözleşme niteliği itibari ile bir çok sözleşmeyi içeren kendine özgü bir sözleşmedir.

¹⁰² KUNTALP, Erden , *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, 2. Baskı, s. 5

¹⁰³ Yarg., HGK, 13.02.2002, E.2002/4 – 114, K.2002/84

II. SÖZLEŞMELERDE UYGULANACAK HUKUK

Türk Borçlar Kanunu'nda bütün borç ilişkilerine uygulanabilecek genel hükümler ve Türk hukukundaki kanunlarda her borç ilişkisi bakımından düzenlenen özel hükümler yer almaktadır. Genel hüküm ve özel hüküm ayrımı her borç ilişkisi için ayrıca değerlendirilerek yapılmalıdır¹⁰⁴.

Bazen bir sözleşmenin adı zikredilmiş fakat hakkında özel ve ayrıntılı düzenlemeler yer verilmemiş de olabilir. Atipik sözleşmelerin isimsiz olmasının nedeni ise kanunlarda haklarında özel hükümler bulunmaması, TBK'daki klasik sistematığe uymaması ve herhangi bir tipe dahil edilememesidir¹⁰⁵ Diğer bir deyişle atipik sözleşmeler kanunda ayrı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle en genel şekilde Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümler uygulanabilecektir¹⁰⁶.

Atipik sözleşmelere uygulanacak hükümler hakkında doktrinde farklı teoriler yer almaktadır. Tarafların irade beyanları, mevcut şartlar içinde makul ve dürüst bir muhatabın bu beyana vermesi gereken anlama uygun olarak yorumlanır. Ancak isimsiz sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin güven ilkesine göre yorumlanması temel alınmalıdır¹⁰⁷.

A. Kendine Özgü Olan (Sui Generis) Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Bu tip sözleşmelerde taraflar kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin unsurları dışında unsurlardan yeni bir sözleşme yarattıkları (franchise, know-how, sulh, bayilik, tahkim sözleşmeleri vb) için, ortaya çıkacak ihtilaflarda hangi hükümlerin kullanılacağı hususu tartışılmalıdır.

¹⁰⁴ GANBARİ, Muhammed Kiomers , *Atipik Sözleşmeler Ve Uygulanacak Hukuk*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 25

¹⁰⁵ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* , Ankara , 2014,s.86.

¹⁰⁶ OKTAY, s.275

¹⁰⁷ AYRANCI/ ARAL , s. 67

Taraflar aralarında kurdukları sui generis sözleşmede, olası ihtilaflarda uygulanacak hükümleri belirlemiş olabilir. Ancak taraflarca sözleşmeye, ilerde meydana gelebilecek uyuşmazlıklar için hükümler konulmuş olsa bile bu hükümler her ihtilaf için uygulanabilir olmayabileceği gibi taraflarca ihtilaf durumu için sözleşmede hiç bir hükme yer verilmemiş de olabilir.

Taraflar, sözleşmeye ihtilaf durumu için hüküm koymuşlarsa, tartışmasız öncelikle bu hüküm uygulanacaktır ¹⁰⁸. Ancak taraflarca bu konu ile ilgili herhangi bir düzenleme sözleşmeye eklenmemiş veya eklenen düzenleme yeterli değilse, bu durumda kural içi boşluk söz konusu olacaktır. Kural içi boşluk Türk hukukunda şekli anlamda hakkında düzenlemeler bulunan ancak genel norm niteliğinde olan boşluklardır. Bu boşluklar kanunun sınırları içerisinde çözümlenmeye çalışılır ¹⁰⁹. Meydana gelen söz konusu boşluğu tamamlamak için TBK'nın genel hükümlerine bakmalıdır.

Sui generis sözleşmelerin edimleri tipik sözleşmelerden farklı olması sebebi ile bu sözleşmelere kanunlardaki özel hükümler kıyasen uygulanamaz. İhtilafın çözümü genel hükümlerde bulunmazsa, bu durumda açık boşluk söz konusu olacaktır. Açık boşluk, kanunun belli bir soruna çözüm getirmemesi durumunda ortaya çıkar. ¹¹⁰ Bir hukuki sorun hakkında kanunda hiçbir hüküm düzenlenmemiş ise açık boşluk söz konusu olacak ve bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun da düzenlemelere uygulama alanı bulacaktır. Böyle bir uyuşmazlık halinde hâkim açık boşluk halinde örf ve âdet

¹⁰⁸ GANBARİ, s.59

¹⁰⁹ KIRCA, Çiğdem , *Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.1, 2001, s. 93

¹¹⁰ KIRCA, s. 94

hukukuna bakacak, âdet hukukunda da hüküm bulunmadığı takdirde TMK gereğince hâkimin kendisini kanun koyucu gibi düşünerek karar vermesi gerekecektir¹¹¹.

B. Karma Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

Karma sözleşmeler, kanunda düzenlenen tipik sözleşmelerin unsurlarının kanunda olmayan şekilde birleşmesiyle oluşan sözleşmeler olup, bu sözleşmelere uygulanacak hukukla ilgili doktrinde net bir uygulama yer almamakta, soğurma teorisi, terkip, yaratma gibi çeşitli görüşler bulunmaktadır¹¹². Uygulamada kendine özgü sözleşmeler açısından hâkimin kanunda bulunan hukuki boşluğu; dürüstlük kurallarına ve hakkaniyete uygun olarak kıyasa ve evleviyete başvurarak takdir yetkisini kullanması gerektiği düşüncesi genel kabul görmüş fikirdir.

Karma sözleşmelerle ilgili olarak doktrinde bulunan teorilerin sonunda, Yargıtay'ın uygulamada karma sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda; sözleşme şartları, doğurduğu hak ve borçlar göz önünde tutularak değerlendirme yaptığı söylenebilir¹¹³. Ancak bu teorileri benimserken Yargıtay da özellikle menfaatler dengesini gözettiği aşikardır.

C. Kamu Özel İş Birliği Sözleşmesinin Hukuk Açısından Karşılaştırılması

Kamu özel iş birliği sözleşmelerinde uygulama alanı bulan sözleşmelerin yapısı yukarda bahsedilen sözleşmelerden farklı özelliklere haiz olması sebebi ile belirli bir tip sözleşme olduğunu söylemek mümkün değildir.

KÖİ sözleşmeleri idare ile şirket (ÖAŞ/SPV) arasında imzalanmakta olup, sözleşme süresi 49 yıla kadar uzayabilmektedir.

¹¹¹ AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, 2. Baskı, s. 24-25

¹¹² ARAL/AYRANCI, s. 63-68

¹¹³ YILDIRIM, Arzu, *İnşaat Edimi İçeren Karma Nitelikli Sözleşmelerin Yargıtay Uygulaması Işığında İncelenmesi*, 2019, s. 123.

Şirket, tesisin inşaatını yapmak ve inşaatın sonunda tesisi yönetimini idare ile imzaladığı sözleşmeye uygun şekilde gerçekleştirmekle birlikte ayrıca proje için finansman temine edecektir¹¹⁴.

ÖAŞ, kredi sağlayan finansörler ile yapacağı kredi anlaşmalarının yanında proje konusu tesisin inşası, hizmetlerin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilmesi ve projede gerekli olan hususların sağlanması amacı ile sigorta sözleşmeleri de yapmaktadır. ÖAŞ' nin sadece idare ile değil, birden fazla sözleşmeye eş zamanlı taraf olmaktadır¹¹⁵.

Bir diğer deyişle, KÖİ sözleşmelerinde sadece bir sözleşme değil, idarenin muhatabı proje şirketi olsa da finansör ve altyükleniciler ile hukuki, finansal ve teknik danışmanlar, sigorta şirketleri gibi birçok tarafla da ÖAŞ ile yaptıkları sözleşmeler birden fazla nitelikte birçok sözleşme bir arada uygulamada yürütülmektedir¹¹⁶.

SPV'nin odakta olduğu, bu sözleşmelerin işleyişin sağlanmasının konusu, şirketin idare ile yaptığı Proje Sözleşmesidir. Proje sözleşmesi genelde uygulanan finansal modele göre özel finansman girişimi sözleşmesi (PFI Contract) , YİD sözleşmesi olarak da kabul edilmektedir. Ayrıca uygulamada imtiyaz sözleşmesi veya borç üstlenim olması sebebi ile garanti sözleşmesi adlandırıldığı görülmektedir¹¹⁷.

Bu sözleşmeler topluluğunda Proje sözleşmesi tek başına karma veya sui generis sözleşme olarak da nitelendirilebilir. KÖİ modelinde uygulanan sözleşmeler diğer bir deyişle, birden fazla nitelikte sözleşmeyi bünyesinde bulundurmakta eş zamanlı olarak bu sözleşmeler taraflarca yürütülmektedir. Taraflar arasında meydana gelen veya

¹¹⁴ SHERIDAN, Peter, PFI/PPP Disputes: Part 1, *European Public Private Partnership Law Review*, Vol.4, Issue :2, 2009, s.92

¹¹⁵ DELMON, Jeffrey, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure : An Essential Guide for Policy Makers*,s. 119

¹¹⁶ GRIMSEY, Darrin/LEWIS,K.Mervyn ,*Public Private Partnerships : The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*,Cheltnan, 2004 , s.108

¹¹⁷ DELMON,s.48-52

gelecek uyuşmazlıklarda özel hukuk hükümleri uygulanacaktır. Ancak sözleşmede tahkim şartı düzenlenmiş ise tahkim sözleşmesi kapsamında sözleşme niteliği, uyuşmazlık konusu tahkim yargılaması ile çözüme kavuşturulacaktır. Bu noktada uyuşmazlığın sözleşme öncesi mi sözleşme sonrası mı meydana geldiğinin tespiti ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuki rejimin tespiti önemli husus olmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİNDE KAMU YARARI

HUSUSU

I. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Sözleşme Süreci

KÖİ uygulamaları ülkemizde özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülmekle birlikte, sözleşmenin uygulama aşamasında sözleşmenin konusu olan hizmetin kamu hizmeti olması sebebi ile bazı sorunlar /uyumsuzluklar yaşanabileceğinden bu sorunların çeşitli başlıklar altında incelenmesi gerekmektedir.

İdare tarafından ihale sürecinin mevzuata uygun şekilde tamamlanmasını müteakip kamu özel iş birliği sözleşmesinin ihaleyi kazanan, uygun teklifi veren taraf ile imzalanması aşamasına geçilmektedir.

KÖİ projelerinin beklenen sonuçları vermesi için sözleşme kapsamında projenin uygulanmasının hedeflendiği en uygun öğelerle sözleşmenin ve sürecin düzenlenmesi önemlidir. Bu aşamada en önemli husus, taraflar arasında risklerin dengeli bir şekilde dağıtılması gereğidir. Ayrıca KÖİ projesinin inşaat, işletme sürecinde taraflarının performansı ile sözleşmeye uygun olarak süreci yönettiklerini kontrol edilmesini sağlayacak mekanizmaların sözleşme ve eklerine detaylı biçimde eklenmesi önemlidir¹¹⁸.

¹¹⁸ BOZ, *Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Hukuksal Çerçevesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, 2013, S.2

Süreçte şeffaflık ilkesi gereği tarafların risklerinin değerlendirilmek sureti ile riskin taraflar arasında dengeli dağılımı ile ifanın değerlendirilmesini sağlayan konularının kamu özel iş birliği sözleşmeleri ve eklerinde yer almalıdır.

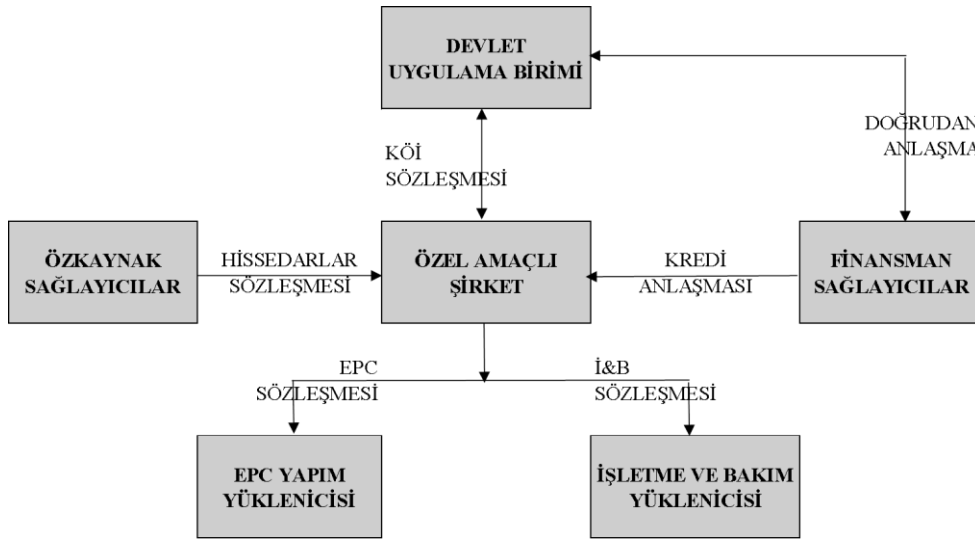
Sözleşmede yer alması gereken unsurlar 6428 sayılı Kanun ve Yönetmeliği'nde başlıklar halinde düzenlenmiştir.

Kamu özel iş birliğinin niteliği göz önüne alındığında başlıca sözleşme unsurları şöyle sıralanabilir;

- KÖİ projesini ifa edecek özel sektörün inşaat aşamasında finansmanını temin ederek, proje tasarımını yapıp projenin inşaatını tamamlanması,
- Sözleşmeye konu kamu hizmeti için ihale edilen projenin yine SPV tarafından bakım-onarımının gerçekleştirilmesi, tesisinin temizliği, donanım temini hizmetlerinin yapılması,
- Sözleşmenin süresi sonunda veya taraflarca süresi öncesinde sonlandırması durumunda SPV'nin projeye konu taşınmaz ve üst hakkında yer alan varlığı, bütün mütemmim cüz ve zilyetliği ile birlikte her türlü takyidattan arı şekilde kamuya devir ve temlik etmesi,
- Projeye konu hizmet özelinde, SPV'ye ruhsat, teşvik, kira ödemesi gibi bazı imtiyazların kapsamı,
- Finansmanlı olan bu projelerin, gelir anlaşmalarında performansa veya bedel ödeme esasına dayalı, hizmetten yararlanan kişilerden tahsil edilecek olan ücretlere karşılık idare tarafından herhangi bir ücret ödenmeyeceğine dair düzenlemelere yer verilen gelir sözleşmeleri,
- Projenin gizlilik esasları, kar ve zarar durumu, veriler, teşvikler, sigortalar, projeye uygulanacak yasal düzenlemelerin değişmesi veya yeni

düzenlemelerin çalışılması, kâr, zarar, sigorta, fikri haklar gibi konuların değerlendirilerek hazırlanan risk dağılımının kapsamının belirlenmesi¹¹⁹.

- 6428 sayılı Kanun gereğince SPV, özel amaçlı bir şirket niteliğinde olmalıdır. Yüklenici şirketin kurduğu SPV ile İdare arasında Proje Sözleşmesi ve ekleri imzalanmaktadır. KÖİ projesinin sözleşme imzalanma süreci sonrasında işleyiş aşaması aşağıdaki Şekil 3'deki gibidir.



Şekil 3. KÖİ Modelinde Sözleşme İmzalanma Süreci¹²⁰

B. Tarafların Sorumlulukları

1) Risk Paylaşımı

Kamu özel iş birliğinde inşaatın yanında işletme unsurunun belirli bir tesisle ilgili hizmetlerin yürütülmesini kapsamaması, maliyet etkinliğinin ön plana çıkmasına sebep olmuş, yürütülen hizmetlerin performans esasına dayandırılması ve buna bağlı ölçütlerin sözleşme ile belirlenmesini beraberinde getirmiştir¹²¹.

¹¹⁹ ERSÖZ, s.30

¹²⁰ The World Bank, ADB, IADB, *Public-Private Reference Guide*, 2014
<https://www.slideshare.net/UNDP-Adaptation/designing-a-sustainable-publicprivate-partnership-session-10-managing-project-preparation-for-climate-change-adaptation>

¹²¹ GRIMSEY/ LEWIS, s. 177.

Risk paylaşımı, KÖİ modelinde en temel unsurlardan biridir. Bu model ile hizmetin ve risk transferinin niteliğine göre değerlendirilmesi gerekliliği ileri sürülen yaygın görüşler arasındadır¹²². En önemli riskler ise, tasarım , hizmete geçiş aşaması riski, mücbir sebepler, tesislerin yapımı sırasında meydana gelen maliyet riskleri , talep ve ticari riskler, temerrüt riski, finansal risklerdir ¹²³.

Proje aşamasında belirlenen en önemli risklerin doğurabileceği zararın en az maliyetle ortadan kaldırılması amacı ile risklerin açık olarak belirlenmesi, bunların taraflardan hangilerinin üstleneceği netleştirilmesi gereklidir. Bu kapsamda taraf teşkili sırasında ise risk matrisi bir araç kullanılabilir. Risk matrisi projenin finanse edilebilirliğinin değerlendirilmesinin en önemli göstergesidir. Bu matris finansör ve idare tarafının müzakere aşamasında riskleri azaltmak amacı ile sözleşmede netlik kazandırılacak paylaşımların en önemli altyapısını oluşturmaktadır¹²⁴.

KÖİ modelinde finansman unsurunun ağırlıklı olması ve taraflar arasındaki sözleşmelerde kurulan dengenin finansal bir risk değerlendirmesi ve paylaşımına dayanması risk paylaşımının finansal esasa dayandığı görülmektedir. Kamu hizmetinin klasik modellerle gerçekleştirilmesinde risk paylaşımı yerine hasar kavramı kullanılmaktadır. Böylece bu model ile hasarın kime ait olduğu rahatlıkla ayırt edilebilmektedir. KÖİ uygulamalarında bütün risk özel amaçlı şirkette olduğu kabul görmektedir. İdare ancak öngörülmeyen risklerin meydana gelmesi halinde bu riskleri üstlenebilir ¹²⁵. Risk paylaşımında dengenin sağlanamaması veya dengenin bozulması halinde, KÖİ ile gerçekleştirilen projelerde hedeflenen maliyet etkinliğinin kaybedilmesine veya bu hedefe ulaşılamamasına sebep olacaktır. Bu konuda bir görüş,

¹²² YESCOMBE,E.R., *Public-Private Partnerships : Principles of Policy and Finance* , Elsevier, 2007,s.13.

¹²³ Worl Bank Institute, *Public Private partnerships Reference Guise* , Version 1, 2012,s.154

¹²⁴ GÖKYURT, Fatih, *İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri* , Doktora Tezi, İstanbul, 2017, s.89

¹²⁵ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara , 2013,s.348

talep risk ve alım garantilerinin SPV'ye aktarılmaması halinde idare tarafından yapılan sabit ödemeli hizmet alım şekline benzediğini savunmaktadır¹²⁶.

Ayrıca KÖİ modellerinde ödeme SPV'ye tesisin geçici kabulü ve işletmeye girmesi ile yapmaktadır. Başka bir deyişle İdare, klasik ihale modellerinde ihaleye konu yapı/tesis kullanılmadan önce yükleniciye ödeme yapmaya başlamaktadır. KÖİ modellerinde işin SPV tarafından tamamlandıktan sonra yapılması ile kamu hizmetinde meydana gelebilecek gecikmeleri azaltmayı hedeflemiştir¹²⁷.

2) Finansman Temini

Başta dünyada ve ülkemizde KÖİ modelinin tercih edilmesinin temel unsuru KÖİ nin bir finansal model olmasıdır. Finansman temininin yatırımı yapacak şirketine devredilmesi ile şirketin işletme süresi boyunca ürettiği mal veya hizmetten yararlananlar tarafından satın alınması yöntemi ile ödenmesi amaçlanmıştır¹²⁸.

Finansman temini ÖAŞ tarafından sağlanmakta ise de KÖİ'de finansman riski tamamen SPV tarafından üstlenilmemektedir. SPV, finansman kuruluşlarından aldığı krediler ve kanun gereği koymakla yükümlü olduğu özkaynak¹²⁹ ile proje şirketinin finansmanını oluşturmaktadır. SPV ile finansör arasında kredi sözleşmeleri

¹²⁶ EMEK, Uğur, *Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, Rekabet Dergisi, 2009, C.9,S.1,s.275

¹²⁷ CORNER , David, *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk, The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005, s. 49.

¹²⁸ 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar

¹²⁹ 6428 Sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi. Ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Madde 6 : “Yüklenici, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür. Yüklenicinin bu Kanun kapsamında gerçekleştireceği yapım işleri için tahsis edeceği öz kaynak oranı, yatırım dönemi süresince sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamaz.”

imzalanmakta ve ayrıca sözleşmede yer alan ve İdare-SPV ve finansörler arasında ayrıca bir sözleşme akdedilmektedir. Ülkemizde Hazine ve Maliye Bakanlığı finansman garantileri sağlayarak, yüklenicinin üzerindeki finansman riskinin idare ile birlikte paylaşılmasını sağlamaktadır.

3) Kamu Yararının Korunması

KÖİ modeli ile gerçekleştirilen projelerde her ne kadar özel hukuk hükümleri geçerli olsa da sunulan hizmetin kamu hizmeti olması, sözleşme süresince kamu yararının esas alınması gerekmektedir.

Anayasa'nın 47. Maddesinde yapılan değişiklik sonucu kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleri aracılığı ile yürütülmesinin önü açılmıştır. Anayasa'daki bu değişiklik kamu hizmeti ilkelerinin son derece güçleştirildiği¹³⁰ doktrinde ve uygulamada ifade edilmektedir.

KÖİ modeli ile gerçekleştirilen hizmetin uyarlanabilirliğini sağlamak amacı ile SPV'ye yatırım yapma ve finans sağlama yükümlülüğü getirilmektedir. SPV 'ye projeye konu taşınmazın sadece kullanım hakkı temin edilmekte olup sözleşme süresi sonunda ise tesislerinin idareye devri yükümlülüğü getirilmektedir. Yine SPV'ye yasal gereği sözleşme süresi sonunda İdareye, her türlü takyidattan arı ve bedelsiz İdare'ye devredileceği düzenlenmiştir¹³¹.

Ayrıca tesislerin kaliteli, hızlı ve güncel ihtiyaçlara cevap verebilmesini sağlamak amacı ile SPV'ye tesisin bakım-onarımının sağlanması ve ilave hizmet sunması yükümlülükleri de verilebilmektedir. İdarenin kamu hizmetinin ifası sırasında genel olarak bazı değişiklikler yapma yetkisine sahip olması sebebi ile hizmetin devamı esnasında yükleniciden bazı değişiklikler yapma talep etmesi de mümkündür¹³².

¹³⁰ ULUSOY, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul, Ülke Kitapları, 2004, s. 72.

¹³¹ 3996 sayılı Kanun, m. 9, 6428 sayılı Kanun, madde 7

¹³² GÜNDAY, s.349

Bu modelle gerçekleştirilen hizmetlerin sunulmasında, inşaat aşamasının bir an önce tamamlanmak sureti ile hayat geçirilmesi hem yüklenicinin hem idarenin menfaatine sonuç doğurmaktadır. Bedelin ödemesinin yapım sürecinin tamamlanıp, geçici kabul ile işletme aşamasına geçilmesi ile işletmeye erken alınmasının yükleniciye de menfaat sağlamaktadır. Tesislerin ileri teknolojiye sahip tıbbi donanımlarla hizmete alınması hizmetin kalitesini ve hızını da arttırmaktadır. Ayrıca kamunun yararına olan başka bir unsur ise idare tarafından belirlenen bir tasarımın SPV tarafından İdarenin hedeflerinin gerçekleştirilmesi amacı ile bir tasarım sürecinin olmasıdır¹³³. Diğer bir önemli husus ise, sağlık tesisinin SPV tarafında işletilmesi, temizlik, güvenlik, donanım, bakım-onarım, bilgi işlem faaliyetlerinin işletilmesi ve maliyete etkisinin performans esasına dayanmasını da beraberinde getirmektedir¹³⁴.

Bununla birlikte idare, bütün bu hizmetleri ifa eden özel hukuk ilişkisinin üzerinde taleplerde bulunmayarak hizmetin gerçekleştirilmesi ve sözleşme sürecinde SPV'yi denetleme/denetletme yetkisi de bulunmaktadır. Bu yetki 6428 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme ile idareye, hizmet kapsamındaki faaliyetlerini her zaman denetleme veya denetletme yetkisi vermektedir. SPV'nin denetleme sonucunda sözleşmeye uygun biçimde yükümlülüklerini ifa etmediği tespit edilirse bu durumda idare zararlarını tazmini talep etmek ve cezai şartları uygulama hakkına sahiptir. Bu hususlara dair detaylar sözleşmelerde düzenlenmektedir¹³⁵. İdarenin kamu yararının korunması amacı ile denetleme kapsamındaki rolü bir anlamda genişlemektedir¹³⁶.

KÖİ modeli ile gerçekleştirilen projelerde, uluslararası uygulamalarda olduğu gibi, ÖAŞ'in taahhütlerini yerine getirememesi halinde idarenin yapabilecekleri yasalar ile düzenlenmiştir. İdare bu durumda SPV'ye süre verilmesi, yine yerine getirilememesi

¹³³ GÖKYURT, s.86

¹³⁴ GRIMSEY/LEWIS, s.178

¹³⁵ 6428 sayılı Kanun madde 4.

¹³⁶ TEKİNSOY, Ayhan , İdari Sözleşmeler Rejiminin Temel Özellikleri , s.98

halinde ise işin ÖAŞ'in nam ve hesabına idare tarafından pazarlık usulü ile yaptırılarak masrafın yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilmesi, bu bedelin yapılan masrafi karşılamaması halinde teminatından karşılanması öngörülmüştür¹³⁷. Ayrıca idare, sözleşmede düzenlenen performans parametrelerini SPV'nin işletme sırasında sağlamaması ve/veya hizmeti ifa edemeyecek duruma gelmesi halinde sözleşmeyi durdurma veya feshetme sebepleri olarak düzenlenmiştir.

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi , kamu hizmetlerinin uyarlanabilirliği ilkesini ve kamu hizmetlerde idarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin getirmektedir. Ülkemizde 6428 sayılı Kanun'da¹³⁸ yapılan düzenlemeler ile , sözleşmenin kamu yararı gerekçesi ile değiştirilemeyeceği ancak değişikliklere ilişkin hususların sözleşmede yer verileceği düzenlenmiştir.

Bu durumda KÖİ uygulamaları sırasında meydana gelecek ekonomik değişiklikler, maliyet artışları, kamunun ihtiyaçlarındaki değişiklik veya yeni ihtiyaçlarının ortaya çıkması ve buna ilişkin gereklilikler arasında bir denge kurulmalıdır. İdare ile SPV arasında yürütülecek sözleşme müzakerelerinde teknik, hukuk ve finansal detayların karşılıklı olarak net ve detaylı biçimde çalışılarak belirlenmesi gereklidir.

Zaman içerisinde meydana gelecek ihtiyaçlara göre, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gözetilerek sözleşmenin uyarlanması hususu da sözleşmede düzenlenmelidir. Diğer yandan sözleşmelerde düzenlenen performans parametlerinin sözleşme sürecinde incelenerek, detaylı analizi yapılarak taraflarca bu değerlendirme sonucunda taraflar arası dengeleri sağlamak amacı ile risk paylaşımları da yeniden yapılabilir.

¹³⁷ Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.4/7.

¹³⁸ 6428 sayılı Kanun madde 4.

Diğer yandan sözleşmelerde kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetin özel hukuk hükümleri ile yürütülmesi sırasında kamu yararının korunmasına dair yasal düzenlemelere yer verilmesi gereklidir. Özel hukuk sözleşmeleri ile gerçekleştirilen kamu hizmetinin daha detaylı, her türlü soruna olabildiğince cevap verecek nitelikte ve kapsamda oluşturulması ¹³⁹günümüzde ihtiyaç haline gelmiştir. Ayrıca idare ile SPV arasında akdedilen sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin şeffaflık ilkesi gereğince kamu ile paylaşılması¹⁴⁰, KÖİ modeline dair düzenlemelerin hizmetin ifası sırasında aksaklıkları giderecek şekilde hükümlere yer verilmesi, gerekmesi halinde akademisyen , alanında uzman teknik, hukuk, finans ekiplerinden görüşler alınarak gerekli değişikliklerin yapılması, kamu menfaatinin azami seviyede korunmasını kolaylaştırabilecektir.

4) Özel Amaçlı Şirketin Diğer Sorumlulukları

Özel amaçlı şirketin hak ve yükümlülükleri İdare ile akdedilen proje sözleşmesi ve eklerinde (Proje Sözleşmesi/Sözleşme) düzenlenmektedir. Yüklenici Şirket, sözleşme süresi boyunca birlikte çalışacağı mal ve hizmet tedarikçileri de dâhil bütün altyüklenicileri ile sözleşmeler akdederek sözleşme konusu taahhütlerini yerine getirmekle yükümlüdür ¹⁴¹.

Sağlık alanında kamu özel iş birliği sözleşmelerinde yüklenici şirketin sorumlulukları 6428 sayılı Kanun'un 2. Maddesinde düzenlenmiştir. SPV sözleşme devam ettiği sürece, sadece sözleşmenin taraflarına değil, üçüncü kurum/kuruluş/ kişi veya kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Sağlık tesisi ve ticari alanların projelendirilmesi, yapımı, finansman temini, tesisin bakım ve onarımı, şirkete bırakılan hizmet alanlarının işletilmesi, İdare'ye devredilirken ise tesisin her türlü takyidattan ve

¹³⁹ GÖKYURT,s.127.

¹⁴⁰ CUSTOS, Dominique/REITZ, John, *Public Private Partnerships,American Journal of Comparative Law*, Vol.58, 2010 , s.579,583

¹⁴¹ KEŞLİ, s. 395

borçtan arı olarak, çalışır ve kullanıma uygun şekilde İdare'ye sunulması ile sorumludur.

Şirketin ana yükümlülükleri aşağıdaki gibidir;

- Yapım İşlerini Yapmak,
- Hizmet Üretmek ve Sunmak,
- Hizmetin Öngörülen Standartlara Uygun Olması,
- Proje İçin Gerekli Finansmanın Sağlanması,
- Sözleşmeye Odaklanarak, Önemli Değişiklikler Sonucunda Sözleşmeyi Değiştirmek Etmek,
- Sözleşme Konusu Tesisatı İdareye Devretmek¹⁴².

Avrupa komisyonu, yayımladığı Yeşil Kitap' ta 52. Paragraf ile bir düzenlemeye giderek, yüklenici hakkında açıklamalara yer vermiştir. İlgili düzenleme kapsamında kural olan sözleşmeye taraf olan özel hukuk tüzelkişisinin sözleşmeye konu edimini yerine getirmesine ilişkin birtakım hizmetleri alt yükleniciye devrederek, hizmetini gerçekleştirmekte serbesttir. Ancak yüklenici, hizmeti ifa ederken altyükleniciden yararlanmak istemesi halinde devre konu hizmetleri ve yaptıracağı alt yüklenicilerden İdareyi sözleşme teklifinde bildirmelidir¹⁴³.

KÖİ' nin yapısında banka, yüklenici, yüklenicilerin birinin ya da fazlasının hissedar olacağı bir Özel Amaçlı Şirket kurulması söz konusudur. Projeye finans temin edilmesi için gerekli bütün sözleşmeler eş zamanlı yürütülmektedir. Bunun ön koşulu, SPV' lerin finans kuruluşlarının talep ettiği teminatları sağlayacak olması ile pay sahibi olmaya yetecek şekilde gelir akışının sağlanmasıdır. Sözleşme süresi sonuna kadar

¹⁴² KEŞLİ, s. 398-399

¹⁴³ *Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concession*, Brüksel, 30.04.2004, COM(2004),327 Nihai, T.C. Maliye Bakanlığı AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Avrupa Komisyonu, Kamu Özel İşbirliği ve Topluluk Hukukunda Kamu İhaleleri ve İmtiyazlara ilişkin Yeşil Kitap, prg . 52

bütün mali-finansal-hukuki-teknik yükümlülükler yerine getirilmelidir. Sonuçta finans sağlayan, bütün katılımcıların olası sorunlarının çözümü amacı ile süreçte ortaklaşa çalışacaklarından emin olmak istemektedir¹⁴⁴.

Yüklenici, KÖİ ihalesine girerken ihalenin üzerinde kalması halinde proje finansmanının kendisi tarafından sağlanması gerektiğini bilmektedir. İhale üzerinde kalan şirket, SPV ile İdare arasında sözleşme akdettikten sonra, sözleşmede belirtilen süre içerisinde finansman teminini gerçekleştirmek veya öz kaynak ile projeyi tamamlar. SPV, proje finansman temini yolunu seçmesi halinde süre içerisinde finansmanı sağlayarak, idare, finansör ve yüklenicinin birlikte imzaladığı ve sözleşmenin eki olan Sözleşmenin eklerinden finansör ile sözleşmeyi imzalanması ile finansman temin süreci gerçekleştirilmiş olacaktır.

5) Projede Meydana Gelen Önemli Değişiklikler Sonucunda Sözleşmeyi Değiştirmek

Anayasa Mahkemesi sağlık hizmetlerinin KÖİ modeline dair müstakil bir düzenleme getiren 6428 sayılı Kanun hakkında ilginç bir değerlendirme yapmıştır¹⁴⁵. Yüksek Mahkeme bu dikkat çeken kararı ile 6428 sayılı Kanun kapsamındaki KÖİ sözleşmelerinin idari sözleşme niteliği taşıması ile birlikte özel hukuk rejimine tabi olmasının da Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Buna karşılık doktrinde KÖİ sözleşmelerinin kamu niteliği taşıması nedeni ile bazı farklı yaklaşımlarda yer almaktadır. Bir görüş, yapım işlerini bir kamu hizmeti olarak nitelendirdiği halde , kamu hizmetinin işletilmesi mahiyetinde görmediğinden bu tür işlerin özel hukuk sözleşmesi ile de gerçekleştirilebileceği düşünmektedir¹⁴⁶. Diğer bir

¹⁴⁴ GRIMSEY, Darin & LEWIS K Meryn, *Public Private Partnership*, UK 2004,a.g.e, s. 113

¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015.

¹⁴⁶ ONAR, Sıddık Sami , *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, 3. Bası, İstanbul, 1966, s.1600

görüş ise sözleşmenin devamlılığı ve uzun süreli olmasını kamu hizmetinin gereği olan idari sözleşmenin bir gereği olduğunu savunmaktadır¹⁴⁷.

Bütün bu nedenlerle KÖİ modeli gerçekleştirilecek hizmetlerin özel hukuk sözleşmelerinde yapılması gerektiğinde bu durum sözleşme ile düzenleme olarak yeni bir düzenleme rejimi şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁴⁸.

Kaldı ki hizmetin niteliği gereği hukuki düzenlemelerin ve hukuk rejiminin belirlenmesinin yanında KÖİ projesinin geliştirilmesi, inşaatı ve işletmeye geçişi ile sözleşmenin yönetimi sırasında projede önemli sayılan esaslı unsurlarda değişiklik yapılması zorunluluğu hâsıl olmaktadır. Söz konusu değişiklikler kamu hizmeti niteliği taşıyan hastane hizmetinin gereği olabileceği gibi sözleşmenin zamana ve ihtiyaca uyarlanması veya ihale zamanı öngörülemeyen konuların ortaya çıkması ile gündeme gelmektedir.

İngiltere’de riskin tamamının yüklenici tarafından üstlenilmesinin uygun olmadığı düşüncesi ile standart sözleşme ile mevzuat değişikliklerinde kullanılan kategoriler ayrıntılı olarak özel ve genel düzenlemeler olarak detaylandırılarak, tanımlanmıştır¹⁴⁹.

SPV ve İdarenin meydana gelen ihtiyaca dayanarak gerekli değişikliklerin sözleşmeye derç edilmesi aşamasında, meseleyi müzakere ederek, sözleşme ve mevzuata uygun şekilde zeyilnamelerin akdedilip, sürecin tamamlanması gerekmektedir. Ancak bu süreçte tarafların, zorunluluk hallerinin ve/veya ihalede yer almayan hususların gündeme gelmesi, finansörün bu sözleşmelerin diğer tarafı olması, meydana gelen sorunun çözümü sırasında hassas ve dikkatli olması daha da önem arz etmektedir.

¹⁴⁷ AZRAK, Ali Ülkü, İdari Mukabele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme, İÜHFM, C.29, S.3, 1963, s.521-539

¹⁴⁸ GRIMSEY, s.55

İdarenin tek taraflı değişiklik yapabilmesine dair düzenleme yetkisi kamu yararı gözetilerek ve ancak ölçülülük esası kapsamında uygulanabilmektedir. Bu durum kamu hizmetinin düzenleme yetkisinden kaynaklıdır.

Taraflar, akdettikleri sözleşmede herhangi bir değişiklik yapılamayacağını hükme bağlayabileceklerdir. Sözleşmede yapılacak tadillerin sözleşmenin esaslı unsurlarını değiştirecek nitelikte olmaması gerektiği tartışmadan uzaktır¹⁵⁰. İdarenin talebine konu herhangi bir değişiklik belirli bir şartı veya düzenlemeye aykırı olduğu takdirde SPV, sözleşmenin feshi sürecini başlatarak, uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabilmektedir.

Bununla birlikte sözleşmeler konusunda idarenin sözleşmeyi tek taraflı feshetme, tek taraflı tadil etmeye yönelik yetkilerine ilişkin düzenlemeler sözleşmeye eklenebilmektedir. Fakat karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde bu nevi düzenlemelerin karşılıklık esasına ve dengeli olması gerektiği tartışmasıdır. Bu kapsamda bir düzenlemenin ilerleyen sürede uygulanması noktasında çeşitli nizalara yol açabileceği kuşkusuzdur. Sözleşme müzakeresi sırasında mutabık kalınmaması nedeni ile sözleşmeye eklenmemiş ise bu durumda söz konusu maddenin uygulamasına yer olmadığı kanaati belirtilmektedir¹⁵¹. Ancak söz konusu yetkiler idareye, genelde taraflar arasında ihtilafa konu olmaması amacı ile yasal düzenlemeler ile verilmiştir. Bu konuların sözleşmelerde ayrıca düzenlenmesine gerek kalmaksızın idare bu yetkilerini genel hükümler çerçevesinde kullanma hakkına haizdir.

İdare'ye yasal düzenlemeler ile sözleşmenin tek taraflı tadili yetkisinin verilmesindeki amaç ise kamu hizmeti sunan idarenin, hizmetin ifası sırasında kamusal

¹⁵⁰ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 4e ed., Paris: LGDJ, 2004., s. 242-244

¹⁵¹ YAVAŞ, A. Murat, *Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim*, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, s. 131

gereksinimleri dikkate alarak, ihtiyaçlara uygun düzenleme yapma hakkına sahip olmasının doğal ve yasal bir sonucudur.

Kamu hizmetlerinde temel olarak bulunan uyarlama ilkesi gereğince ihtiyaçlara binaen kamu görevlileri statü ve hizmetin görülüş şeklinin değıştirilmesi konusu da dahil olmak üzere, kamu hizmetini ilgilendiren her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptirler¹⁵².

KÖİ modelinde ise sözleşmeye taraflar olanlar arasında akdedilmesini müteakip yerine getirilmesinde idare, özel amaçlı şirketin kusurlarına karşı yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Söz konusu idare tarafından uygulanacak yaptırımların sözleşmede öngörülmesi de zorunlu olmayıp parasal yaptırımlar uygulanabileceğı gibi sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçları ile tek taraflı sona erdirilmesine şeklinde de olabilmektedir. Kamu hizmetlerinin istikrarlı şekilde gerçekleştirilmesi zorunluluğı nedeni ile sözleşmesel edimlerini, yükümlülüklerini aksatan, yerine getirmeyen özel amaçlı şirkete, sadece maddi cezaların uygulanması yetersiz kaldığı durumlarda idare, karşı tarafın nam ve hesabına sözleşmeyi yaptırma yolunu tercih edebilecektir¹⁵³.

PPP sözleşmelerinde, şirketin yükümlülüklerini tam ve gereğı gibi yerine getirmemesi halinde şirkete uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. İdarenin sorumluluklarını sözleşmeye uygun biçimde yerine getirmemesi durumunda ise şirketin de sahip olduğu sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin ifa edilmesi konusu olması sebebi ile yaptırımsal koşullarla mümkündür. Şirkete sözleşmede düzenlenen sürede ödemenin yapılmamasına karşılık SPV, idareye işi askıya aldığı bildirebilir¹⁵⁴.

¹⁵² GÜLAN, Aydın, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış, Yüksek Lisans Tezi, 1987, s. 43

¹⁵³ GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 537-538

¹⁵⁴ BUCHER, Charles-Édouard, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat du droit administratif*, Paris: Dalloz, 2011., s. 425-426

6428 sayılı Kanun'un 1. Maddesinin ilk fıkrasında, kamu özel ortaklığının sağlık hizmeti işinin gerçekleştirilmesi amacı ile kurulması için özel mülkiyette bulunan taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen ve 30 yılı geçmemek kaydı ile (sabit yatırım dönemi hariç) sürekli, bağımsız şekilde üst hakkı temin edilebileceği düzenlenmektedir¹⁵⁵. Bununla birlikte 6428 sayılı Kanun'a bağlı olarak düzenlenen Yönetmeliğin 1.Maddesi ile HMB ait olan gayrimenkullerde SPV lehine en fazla kırk dokuz yıl süre ile sınırlı, üst hakkı tesis edilebileceği hususu düzenlenmiştir. Sağlık hizmetlerinin görülmesine ilişkin kamu özel iş birliği sözleşmelerinde belirtilen sağlık tesisleri özel mülkiyetlerde değil, sadece Maliye Bakanlığı tarafından yükleniciye devredilecek arsa üzerinde inşa edilebilecektir.

Yüklenicinin kamu özel iş birliği sözleşmelerinde, temel olarak yapım işini yapmak, finansman teminini sağlamak, malzeme tedarigi, işe zamanında başlama ve sözleşmeye konu hizmeti sözleşmeye uygun ifa etme yükümlülüğü bulunmaktadır. SPV ayrıca inşaatın tamamlandığını idareye bildirmek, sağlık tesisinin bakım ve onarımını gerçekleştirmek ve tesisi süresi sonunda idareye devretmekle yükümlüdür. Ayrıca yüklenici şirketin bu hizmetlerine karşılık olarak, sözleşmede düzenlenen bedelleri alma, hizmetten yararlananlardan alınan ücret, varsa imtiyazlardan yararlanma, bazı vergi, harçlardan muafiyetlerden yararlanma, idareden sözleşmede ekonomik mali dengenin korunması talebi ile bu dengenin bozulması halinde ise idareden tazminat isteme, lehine kamulaştırma yapılması, kamu mallarından yararlanma talebi gibi hakları mevcuttur¹⁵⁶.

6) Sözleşmenin Süresi ve Devri

KÖİ sözleşmelerine konu hizmetin kamu hizmeti olmasının yanında hizmeti ifa edecek yüklenicinin, SPV' nin yatırımının geri dönüşü için Sözleşmenin, gerekli olan

¹⁵⁵ AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku III(Sınırlı Ayni Haklar)*,B.4,Konya, 2012, s.86

¹⁵⁶ GÖZÜBÜYÜKTAN / TAN , s. 540

bir süre devam etmesi gerekmektedir. Bu nedenle, PPP modeline ait sözleşmelerin süresi klasik kamu alımlarının sürelerinin aksine uzun süreli niteliktedir.

Her sözleşme, projenin kendi özelliklerine uygun sürede, tesisin işletme ömrü, proje özelinde hizmetin ihtiyaç duyduğu süre kapsamında, proje yatırımlarının işletme ömrü, kullanılacak teknoloji ve teknolojinin değişimi, şirketin borçlarını ifa ederek, gerçekleştirdiği yatırımın kendini amorti etme zamanı gibi etkenler göz önüne alınmaktadır¹⁵⁷.

6428 sayılı Kanun'un 4.Maddesi, hastane projelerinde akdedilen sözleşmelerin sürelerini otuz yılı geçemeyeceğini (sabit yatırım dönemi hariç)düzenlemiştir. Diğer bir deyişle sözleşme süreleri, ihale sürecinde yer alan taslak sözleşmelerde de açıkça yer bulmakta olup, sözleşme süresi yatırım süresi hariç 30 yıl ile sınırlandırılmıştır.

KÖİ modeli ile yapılan sözleşmelerde sözleşmenin devri hususu 6428 sayılı Kanun'da belirli hususların yerine getirilmesi ile mümkün olacağı açıkça düzenlenmiştir¹⁵⁸. Sözleşmede devre ilişkin gerekli düzenlemeler yapılarak devir gerçekleştirilmektedir.

7) Sözleşmenin Sona Ermesi

KÖİ ile ilgili yasal düzenlemelerde ihale sürecinde tarafların yasak davranışlarda bulunmaması gerektiği düzenlemiştir. Teklifte bulunanların ihale sürecinde aykırı fiilde buldukları sözleşme sonrasında tespit edilirse hangi düzenlemelerin uygulanacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu durumda KÖİ de bu konuda açık yasal düzenleme olmaması sebebi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanuna ve buna bağlı 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmelerine tabi olmaması sebebi ile bu durumda TBK'nun konu ile ilgili hükümleri uygulanmalıdır.

¹⁵⁷ UNCITRAL, *Legislative Guide*, s. 151-152

¹⁵⁸ 6428 sayılı Kanun Madde4/5

4734 sayılı Kanun'un 17. Maddesine bakıldığında , maddede düzenlenen fiiller , TBK.nunda yer alan fesih halleri haricinde ihalede amaçlanan şekilde diğer teklif verenleri etkileme, onlarla iş birliğine gitme veya birden fazla teklif verme gibi nedenler de fesih sebebi olarak düzenlenmiştir ¹⁵⁹.

KÖİ sözleşmelerinde düzenlenecek olan derhal fesih hallerinin yanında, 4734 sayılı Kanun'da düzenlendiği üzere işin belirli bir oranda bitmesini müteakip hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde kamu yararı esas alınarak, bu durum fesih dışında bir yaptırıma bağlanarak, işin gereği gibi tamamlanması hususu sözleşmelerde sağlanabilir¹⁶⁰.

KÖİ sözleşmelerinin uygulanması sırasında meydana gelen sona erme halleri ise gerek yasal düzenlemelerde gerekse sözleşmelerde çeşitli , SPV nin vazgeçmesi veya taahhüt ettiği performansı sağlayamaması, sağlık hizmetinin sürdürülemez hale gelmesi gibi¹⁶¹, fesih ve sona erme halleri düzenlenmiştir.

¹⁵⁹ BUZ, Vedat, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara, 2007, s.299-300

¹⁶⁰ DEMİRBOĞA, Dursun Ali, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi*, 2013, s.135

¹⁶¹ 6428 sayılı Kanun Madde 4; Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, m. 62.

II. KAMU ÖZEL İŞ BİRLİĞİ SÖZLEŞMELERİ UYUŞMAZLIKLARINDA ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

A. Genel Hukuk İlkeleri Kapsamında Değerlendirme

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde ayrılabilirlik kuramının ne olacağı hususu önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ayrılabilir işlem kuramı , sözleşmelere karşı üçüncü kişilerin dava açma hakkı bulunmamaktadır. İdarenin sözleşmenin ayrılabilir nitelikte işlemlerine karşı üçüncü kişilerin iptal davası açabilmesi kuramıdır. Diğer bir deyişle sözleşmeden ayrılabilir nitelikteki idarenin tek yanlı işlemleri ile sözleşmenin meydana gelmesine, imzalanmasına ve uygulanmasına yönelik işlemler olabilir ¹⁶².

Doktrinde ayrılabilir işlemin iptali halinde özel hukuk sözleşmenin doğrudan geçersiz olmayacağı , özellikle Fransız hukukunda, kabul görmektedir. Ancak zararın tazmini hususu tarafların anlaşması veya sözleşmenin feshi için adli yargıya başvurulması gerektiği de savunulmaktadır¹⁶³.

İdarenin maliyeti yüksek ve kapsamlı hizmetlerle yaptığı özel hukuk sözleşmelerinin de ayrılabilir işlemler bakımından idari sözleşmeler ile aynı kapsamda değerlendirilmesi gereklidir. Yüklenicinin öngörülebilirlik ve hukuki açıklık beklentisine cevap vermeyecektir.

Uluslararası tahkim yolu öngörülen sözleşmelerde idari yargının iptal kararı doğrudan sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran bir unsur değildir¹⁶⁴. Bu nedenle sözleşmelerin niteliğine uygun, ayrılabilir işlem kuralına uyumlu bir çözüm getirilerek gerek sözleşmelere gerek yasal düzenlemelerde yer verilmesi gerekmektedir.

Bütün açıklanan nedenlerle , KÖİ modeli ile gerçekleştirilen sözleşmelerin sona ermesi hallerinde sözleşme imza öncesi veya sonrasında meydana gelen

¹⁶² SEZGİNER, Murat, *Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, 2000, s. 137, 144-154;

¹⁶³ GÖZLER, Kemal , *İdare Hukuku*, S.II, 2.Baskı , Bursa, 2009, s. 227

¹⁶⁴ BUZ, s.100

uyuşmazlıkların tespit edildiği aşamada hakim olan hukuki rejim hangisi ise o kapsamda uyuşmazlık çözümlenmelidir. Dolayısıyla sözleşme öncesi dönemdeki hukuka aykırılığın sözleşme sonrası ortaya çıkması , yapılacak değerlendirme ayrılabilir işlemdeki hukuka aykırılığın sözleşme ile ilişkisi , bu hukuka aykırılığın sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejim bakımından etkilerinin değerlendirilmesine dayandırılacaktır. Ancak bunlar özel hukuk bakımından sözleşmeyi sakatlayan sebepler olarak değerlendirildiği takdirde sözleşmenin geçersizliğine yol açacaktır¹⁶⁵. Bütün bu nedenlerin önüne geçebilmek amacı ile ihale öncesi, ihale süreci, sözleşme süresi boyunca yasal düzenlemeler bir ön denetim aşaması ile oluşturulabilir¹⁶⁶.

Kamu özel iş birliği sözleşmelerinde ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların nerede ve nasıl çözümleneceği hususu önem arz etmektedir. Burada KÖİ uygulamalarında meydana gelecek uyuşmazlıkların kök sebebini sözleşmelerin niteliği oluşturmaktadır.

B. Yapılması Gereken Yasal Düzenlemeler

Anayasa Mahkemesi kararı¹⁶⁷ ile Anayasa'nın 125. maddesinde yaptığı değişik ile Milletlerarası tahkime gidilebileceği hususunu düzenlemiştir. Anayasa değişikliği öncesinde Türkiye, yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili sözleşmelere taraf olarak uyuşmazlıklarda tahkim usulünün uygulanmasını sağlamıştır.

Türkiye, taraf olduğu yatırımların karşılıklı korunması antlaşmaları 1988 yılında ICSID Konvansiyonu, 1991 yılında onayladığı Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa-Cenevre Konvansiyonu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

¹⁶⁵ BUZ, s.354

¹⁶⁶ DAVIES, A.C.L, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, s. 110-12.

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/71, K. 1995/23, T. 28.6.1995. R.G. T. 20.03.1996, S. 22586.

Hakkında New York Konvansiyonu taraf olarak Anayasa değişikliği sonrasında ilgili kanunların bu sözleşmeler ile uyumunu sağlamayı hedeflemiştir¹⁶⁸.

Türkiye’de uygulanan KÖİ modellerindeki sözleşmelerde özel hukuk niteliğinde olduğu ve uyuşmazlıkların adli yargının görevli olduğu kanunla düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna da başvurulabileceği de yasal düzenlemelerde bulunmaktadır¹⁶⁹.

Tahkim yolu ile uyuşmazlıkların çözümü gerek idari sözleşmelerde gerekse özel hukuk sözleşmelerinin uygulandığı KÖİ modellerinde düzenlenmektedir. Ancak kamu hizmetini konu alan bu usullerde meydana gelecek uyuşmazlıklarda tahkim yolunun uygulanma yöntemi önem arz etmektedir. Bunun netleştirilmesi amacı ile tahkim usulünün düzenlendiği sözleşmelerde meydana gelen uyuşmazlıklarda tahkim sözleşmeleri detaylı olarak düzenlenmelidir¹⁷⁰.

Uluslararası alanda gerçekleştirilen yatırımlarda yabancı yatırımcı veya finansörlerin uzun süreli yatırımlar, yatırım sürecinde öngörülebilirlik ve açıklık beklentileri bulunmaktadır. Zira yatırımlar özel hukuk alanında tacir ve finansör açısından ticari bir faaliyet iken, idareler açısından kamu hizmetinin yürütülmesinin bir aşaması niteliğinde taşımaktadır. Tahkim usulünün KÖİ modelinde uygulaması halinde, tahkime başvuru süreci, bu sürecin detayları ve çerçevesi net bir biçimde düzenlenmelidir. Bütün bu nedenler ile gerek imtiyaz gerek özel hukuk sözleşmeleri ile yürütülen KÖİ modeli ile gerçekleştirilen projelerde tahkim usulünün sözleşmede düzenlenmesi halinde, sözleşmelere sadece tahkim şartının düzenlenmesi yerine ayrı ve

¹⁶⁸ EKŞİ, Nuray, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s. 165-69.

¹⁶⁹ 3996 sayılı Kanun Madde 32; Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği, Madde 67.

¹⁷⁰ EMEK, Uğur, *Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim*, Perşembe Konferansları(3), Rekabet Kurumu, 1999, s. 21

bütün detayları içeren bir tahkim sözleşmesinin yapılması uygun olacaktır¹⁷¹. Genellikle devletlerin düzenleme yetkileri ile mülkiyet hakları arasında meydana gelen davalarda başvuru oranlılık ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında önemli bir yere sahiptir. Uygulamada zamanla yatırım uyuşmazlıklarında da uygulama alanı bulmuştur. Bir özel hukuk yolu olan tahkim usulünde kamu hukuku ilkelerinin de uygulama alanı bulması açısından da önemlidir. Ancak idarenin kamu yararı esaslı faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi amacı ile özel hukuk alanında yaptığı sözleşmelerde idare hukukunda olan hakim ilkelerin uygulamasının İdarenin egemenlik ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirmek mümkündür. Bu açıdan bakıldığında kamu hukuku ve özel hukuk uyuşmazlıklarında başka yeni bir boyut oluşmaktadır¹⁷².

KÖİ modeli ile gerçekleştirilen projelerin sözleşmelerinde tahkim haricinde alternatif uyuşmazlık mekanizmaları kullanılabilir. Alternatif çözüm yolları taraflar arasında devam eden sözleşmenin ayakta kalması, belirli bir aşamaya kadar gelen yatırımın riske atılacak seviyede olması halinde devamlılığının sağlanması amacı ile faydalı olabilecektir. Bu kapsamda olan düzenlemeler sayesinde meydana gelen uyuşmazlıklarda tahkim veya yargı yoluna gidilmeden önce alternatif önce ara çözüm yollarına başvurulması düzenlemelerle temin edilebilir.

C. Sözleşme ile Yapılması Gereken Düzenlemeler

Anayasa Mahkemesi'nin 6428 sayılı Kanun ile ilgili kararı ile ¹⁷³ kamu hizmeti kamu yararı gözetilmek kaydı ile artık özel hukuk tüzel kişilerine hangi usul ve esasla gördürülebileceği düzenlenmiştir. Anaya Mahkemesi hizmetin gerçekleştirilmesinde en önemli hususun kamu yararının korunması olduğunu vurgulamıştır. Buradan hareket ile

¹⁷¹ KARAN, Nur Zeliha, *İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.275

¹⁷² KARAN, s.280.

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015, S. 29327.

ülkemizde uygulamada yaygın biçimde tercih edilen KÖİ modelinin kamu menfaatlerinin korunması amacı ile detaylı bir düzenleme yapılmasına ihtiyacı bulunmaktadır¹⁷⁴.

İdarenin bu aşamada yapması gereken en önemli görev, kamu yararını esas alırken, hizmetin verimli ve sürekli şekilde özel hukuk hükümleri ile devamlılığını sağlamak ve taraflar arasındaki risk dağılımının dengeli şekilde gerçekleştirilmesini tesis etmektir. Ayrıca KÖİ sözleşmelerine konu olan hizmetlerin kendine has özelliklerinin ve idarenin ihtiyaçlarını içeren, proje özel düzenlemeleri içeren sözleşmeler yapılmalıdır. Ancak bu arada sözleşmeye konu faaliyetin kamu hizmeti niteliği değişmeyeceği için idarenin denetleme yetkisini, denetlemenin sonuçlarının da detaylandırılması önemli olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı¹⁷⁵ gereğince kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi ilke ve esaslarının önemli olduğunu, bu ilkelerin uygulanması ve denetlenmesinin önem arz etmesinin zorunluluk olduğunu açıkça hükme bağlamaktadır. Diğer bir ifade ile İdarenin akdettiği sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olsa dahi sözleşmenin diğer tarafı olan özel hukuk tüzel kişisi ile eşit ve irade serbestisine sahip olması mümkün değildir¹⁷⁶.

Kamu özel iş birliği uygulamalarında ihale öncesi sürecinde bu modele özel şekilde düzenlenmesi, hizmetin sunulmasındaki kaliteyi de arttıracak gibi meydana gelebilecek zararların da önüne geçebilecektir.

¹⁷⁴ CUSTOS/ REITZ, a.g.e., s. 583

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/44, K. 2011/27, T. 26.1.2011, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar, R.G. T. 14.4. 2011, S. 27905.

¹⁷⁶ GÖKYURT, s. 189

Kamu hizmetinin imtiyaz sözleşmeleri veya KİK mevzuatı kapsamında yapılması halinde imtiyazcı idarenin kamu ihale usulleri kapsamında geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁷⁷.

KÖİ ihale sürecinde İdarenin daha detaylı çalıştığı, tarafların müzakerelerine uygun, KİK usullerinden de düzenlemelerin alındığı ihale usulleri düzenlenebilir. KÖİ de uygulamaların tek tip olması, bu modelin başarısını artmasında büyük katkı sağlayacaktır. KÖİ ihale sürecinin yanında bu modele ait sözleşmelerin uygulanmasına yönelik usulleri de kapsamalıdır. Özel hukuk sözleşmelerinde idareye üstün yetkiler verilen yasal düzenlemelerin halihazırda mevcut olduğu ve sözleşmelerin özel hukuk niteliğine etki etmediği ifade edilmektedir¹⁷⁸.

Anayasa Mahkemesi KÖİ sözleşmelerinin kanuni ve ikincil düzenlemeler veya sözleşme hükümleri nedeni ile idari nitelikte olduğu kabul edilse bile kanunla özel hukuk hükümlerine tabi olması durumunda özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir¹⁷⁹. Diğer yandan idareye herhangi bir kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapma yetkisi tanındığı durumlar; anayasal esas ve güvencelerin korunması, idarenin yetkisindeki genel çerçeve ve sınırlarının düzenlenmiş olması¹⁸⁰, özel hukuk sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilecek hizmetlerin /yatırımların belirliliği şartı aranacaktır. Buradan kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile yapılması halinde özel hukuk kişisine bırakılmayacağı, genel olarak anayasal sınırlar kapsamında genel idari esaslara uygun olarak , idarenin denetim ve düzenleme işlevlerinin gereği olarak gerekli

¹⁷⁷ SEZGİNER , Murat, İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, 2007, s. 1087

¹⁷⁸ BUZ, a.g.e., s.57

¹⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, T. 1.4.2015, R.G. T. 15.4.2015, S. S. 29327.

¹⁸⁰ ULUSOY, Ali , *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramlarının Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti* , Ankara, 2001, s. 7.

düzenlemelerin kanuni hükümlerle emredilmesi gerektiği görüşü¹⁸¹ ileri sürülebilecektir.

KÖİ ile kamu hizmetinin özel hukuk hükümlerine göre gördürülmesinde kanuni ve ilgili yan yasal düzenlemelerin yapılmasının yanında sözleşmelerde yer alacak maddelerin işin esasına uygun şekilde tasarlanması gereklidir. KÖİ modeli ile idare, kamu hizmetinin ifası için özel hukuk tüzel kişisi ile iş birliği yapmaktadır. Bu kapsamda özel hukuk sözleşmesi ile ifa edilecek hizmetlere konu sözleşmelerde , kamu yararı ve kamunun gerekliliklerinin sözleşmesel hükümlerle de korunması , sözleşme ile uygulanabilir açık düzenlemeler yapılması önem arz etmektedir. Ancak bu hususların sağlanması her iki tarafın eşit olacağı anlamına gelmemelidir. Genel hükümler gereğince tarafların mutlak eşitliğinin sağlanması zorunluluğu düzenlenmemiştir.

Özel hukukta tarafların eşitliği ilkesi, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğü ve tarafların eşitliği ilkesi ile ifade edilmek istenilen , tarafların sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi hususunda özgür ve eşit olarak irade açıklamasında bulunmalarını ifade etmekte olup, bu şartların belirlenmesinde tarafların herhangi bir zorlama altında bulunmamasıdır. Tarafların eşitliği ilkesi, idarenin yaptırım uygulama ve denetleme, fiyat belirleme gibi yetkilerinin özel hukuk sözleşmeleri için tanınmasına engel teşkil etmemektedir¹⁸².

TBK kapsamında tarafların eşitliği, sözleşmenin taraflar için doğurduğu borçlar ve hakları bakımından eşit olmaları anlamına gelmemektedir. Bir görüş, özel hukuku aşan şartları, sözleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve karşı taraf üzerinde kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilme şeklinde değerlendirmektedir

¹⁸³.

¹⁸¹ ULUSOY , s.9

¹⁸² BUZ, a.g.e., s. 58.

¹⁸³ BİLGEN, Pertev, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970, s.127.

Bütün görüşler ve kararlar ışığında, kanuni ve ikincil düzenlemelerde idareye tanınan yetkiler, haklar sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimi değiştirmeyecektir. İdare bu durumda ilgili düzenlemelere uymakla yükümlüdür. Dolayısıyla özel hukuk hükümleri ve gerekli düzenlemeler yapılırken idarenin, idare hukukunun gereklilikleri ve ilkelerini devam ettirmek için sözleşmede temin ve devam ettirilmesi için gerekli somut ve uygulanabilir düzenlemeler getirmesinin önemi açıktır. Bu durum, sözleşmenin kamu hizmeti ifa edilirken denetlenmesinde etkinliği de sağlamasında yararlı olacaktır.

Ayrıca KÖİ sözleşmelerinin süresinin oldukça uzun ve projenin maliyetinin yüksek olması, sözleşme düzenlemelerinin olabildiğince çerçevesinin net ve açık, standart (tek tip) nitelikte olma ihtiyacını doğurmaktadır¹⁸⁴.

Tezimde açıkladığım üzere, KÖİ modelinde uyuşmazlıkların önlenmesi veya uyuşmazlıkların çözümüne alternatif hukuki çözümlerin en önemlisi, KÖİ sözleşmelerinin olabildiğince çerçevesi belirli ve tek tip düzenlemeler içeren metinler olması gerektiğidir. Tip /model sözleşmeler, taraflar arasında müzakere kolaylığı sağlayacağı gibi, sözleşmenin uygulanmasında, hazırlanmasında da yarar sağlayacaktır. KÖİ kapsamında oluşturulan tip sözleşmeler düzenlenen yasal düzenlemelerin ekinde yer verilmesi şeffaflık ve öngörülebilirliğin temininde faydalı olacaktır.

¹⁸⁴ AHADZİ, Marcus /BOWLES, Graeme, *Public-Private Partnerships and Contract Negotiations: An Empirical Study*, Construction Management and Economies, November , 2004, 22, s. 975

SONUÇ

Kamu özel iş birliği projelerinin en önemli özelliği kamu hizmetlerinin inşaat ve işletme süreçlerinin bir arada olması, hizmetin bir bütün olarak yürütülmesidir. Sözleşmenin tarafı olan idarenin, SPV'den beklentisi tesisin sadece yapımı değil, hizmetin finansmanın temini ve işletilmesi sürecinin yürütülmesi, kamu üzerindeki riskin yatırımcı ile paylaşılmasıdır.

KÖİ modeline konu hizmetin kamu hukukuna ait alanın bu süreçte daralması hukuki rejim sorununu ve idare hukukunun dışında kalan kısmının dengeli biçimde yürütülmesinde sorunları beraberinde getirmiştir. Bu dengenin sağlanması ve kamu menfaatinin de korunması amacı ile gerek özel hukuk gerekse idari hukuk rejimlerinde yer alan kavram ve modellerin KÖİ'ye dahil edilmesi zorunluluğu hasıl olmuştur.

Uygulamada meydana gelen gereklilikler yasal düzenlemelerin yapılmasını da hızlandırmış, Anayasa 'nın 47. ile 125. maddeleri değiştirilmiştir. Söz konusu madde değişiklikleri, kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmeleri marifeti ile yürütülebileceği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, kamu hizmeti idari yargının ve idari düzenin dışına çıkarılmıştır.

Bu tez ile öncelikle KÖİ modelinin dünyada ve ülkede tarihsel gelişimi, ülkemizde uygulanan sözleşmelerin özel hukuk kapsamındaki yeri, KÖİ modelinin unsurları ve farklı model ve hukuki rejimlerle farkı, uyuşmazlıkların çözümü için farklı hukuki çözüm yolları önerilmiştir.

Ayrıca tez ile Anayasal ve yasal düzenlemeler ile yapılan değişiklikler sonucunda özel hukuk kişinin kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi faaliyetindeki rolünün ve etkisinin artması ile idarenin düzenleme ve denetleme yetkilerinin önemini vurgulanmıştır. KÖİ modeli ile gerçekleştirilen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi olması kamu yararının ve idare hukukunun genel hükümlerinin

sözleşmelerin her aşamasında korunması gerektiğine değinilmiştir. Kamu menfaatinin korunması sonucunda projelerin sözleşmesel düzenlemelere uygun olarak tamamlanmasının maliyete etkisinin önemi açıklanmıştır Bütün bu nedenlerle idarenin ilke ve kurallarının yanında hizmete özel düzenlemelerin yasal düzenlemelere ve ikincil düzenlemelerde yer verilmesinin önemli olduğu vurgulanmış, uyuşmazlıkların çözümü konusunda alternatif çözümler değerlendirilmiştir.

İdarenin sözleşmelerin ifası sırasında denetleme ve düzenleme yetkilerinin etkin sonuçlar meydana getireceği yapılar oluşturulmalıdır. Dolayısıyla kamu hukuku rejimi uygulanmasa da idarenin düzenleme ve denetleme yetkilerinin özel hukuk rejimi kapsamında kullanılabilen, etkin maliyet politikasının oluşturulacağı yetkilerin düzenlendiği bir model tasarlanması gerektiği ortaya çıkmaktadır ¹⁸⁵.

Kamu ve özel sektörün iş birliği içinde davranması gereken bir model olan KÖİ projelerinde, ihale aşamasından sözleşme süresinin sonuna kadar olan süreçte tarafların müzakere içinde olmaları, yenilikçi ve fayda maliyet esasına dayanılarak esnek çözümler üretilebilecek yöntemler geliştirmeleri gerektiği düşünülmektedir Finansman riskinin dengelenmesi, alternatif finansman yöntemlerinin bulunması amacı ile taraflar ve/veya alanında uzman kurum, kuruluş ve sektörde yer alan aktörler ile müzakereler, koordinasyon kurulları kurularak alternatif /yenilikçi finansman çözümleri üzerinde çalışılması değerlendirilebilir.

Tarafların iş birliği içinde olması sonucunda , hesap verilebilirlik ve hizmette şeffaflık ilkelerinin sağlanması ile bu ilkeler doğrultusunda denetim ve düzenlemenin gerçekleştirilmesi de kamu yararının sağlanmasını kolaylaştıracaktır.

KÖİ sözleşmelerinin sürelerinin oldukça uzun olması nedeni ile taraflar arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda tahkim şartını içeren sözleşmelerin detaylı

¹⁸⁵ GÖKYURT,s.197.

değerlendirilmesi, yeni kendine özgü model sözleşmelerin düzenlenmesi, gerekirse ilgili mevzuatın eklerinde bu model sözleşmelere yer verilmesi düşünülebilir.

Taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların KÖİ Sözleşmelerinin ifa süreci ve maliyet unsurları bakımından bir an önce kesin çözüme kavuşturulması elzemdir. Bu amaçla, özellikle hizmet ve işin sürekliliğinin sağlanması açısından alternatif çözüm yollarının kanun değişiklikleri, bunu destekleyen ikincil mevzuat ile düzenlenmesi gereklidir. KÖİ Modeli ile yapılan veya yapılacak hastaneler bakımından Sözleşme sürecinin hiçbir gecikmeye meydan verilmeksizin yönetilmesi ve yürütülmesi olmazsa olmazlardan biri olduğu kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

- ACARTÜRK, Ertuğrul / KESKİN, Sabiha**, *Türkiye 'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı*, 2012.
- AHADZİ, Marcus /BOWLES, Graeme**, *Public-Private Partnerships and Contract Negotiations: An Empirical Study*, Construction Management and Economics, November , 2004
- AKTUNÇ, G. /ÖZSARAÇ, E.**, *Türkiye'deki Kamu Özel İşbirliği Modelinin İyileştirilmesine Ait Öneriler*, 2 Deprem Mühendisliği ve Sismoloji Konferansı (14-16 Ekim 2015),Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.
- AKYOL, Şener**, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)* , I. Fasikül, İstanbul, 1984.
- AKSOYGÜL ALSAN, Pınar**, *Türk Sağlık Örgütlenmesinde Kamu Özel Ortaklığı*, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, 2012, Y. 2, S. 2.
- AKDOĞAN Muzaffer**, *Avrupa Birliği Kamu Alımlarında Sözleşme Sonrası İhtilafların Çözüm Yolları ve Türkiye Uygulaması*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2015, (Kamu Alımları)
- AMSTUTZ/MORİN/SCHLUEP-BSK OR**, Einl. Vor Art. 184 ff., N.9
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ankara, 2020, 13.Baskı
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan**, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, 2. Baskı, s. 24-25
- AYRANCI, Hasan** , *Sözleşmelerin Yüklenilmesi*, Ankara, 2003.
- AZRAK, Ali Ülkü**, *İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme*, İÜHFİM, C. 29, S. 3, 1963.
- BAYAZIT, Bahar**. *Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara, Ocak 2018.*

- BİLGEN, Pertev** *Yap - İşlet - Devret Sözleşmeleri Devlet Denetleme Kurulu ve Yürütmenin Durdurulması Hakkında*, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi II. Kitap, Kamu Yönetimi , Ankara, 1990
- BİLGEN, Pertev**, *Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri*, İstanbul, 1970
- BOZ, Selman Sacit**. *Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinin Hukuksal Çerçevesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, sayı 2, 2013.
- BUCHER, Charles-Édouard**, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat du droit administratif*, Paris: Dalloz, 2011.
- BUZ , Vedat**, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara, 2007
- CEBECİ, Ayşe**; *Kamu Özel Ortaklığı ve Koordinasyonu Sağlayan Kurum Olarak YOİKK*, Kamu özel Sempozyumu, 6-7 Mayıs 2011, Türk Tabipler Birliği yayınları, 2011.
- CORNER , David**, *The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk, The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, Ed. Graeme Hodge, Carsten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachusetts, 2005
- CUSTOS, Dominique/REITZ, John**, *Public Private Partnerships*, *American Journal of Comparative Law*, Vol.58, 2010 , s.579,583
- ÇAL, Sedat** *Kamu Özel Ortaklığı ve Kamu Hizmetlerinin Metalaştırılması, Türkiye’de Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı Şehir Hastaneleri*, İletişim Yayınları, Derleyen Kayıhan Pala, 1.Baskı, İstanbul, 2018.
- ÇEKİRGE, Halis Levent**, *Dünyada ve Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Uygulamaları ve Örnek Bir Projede Modelin Finansal ve Genel Avantajlarının Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Lisans tez, İstanbul Üniversitesi, 2006.

- Danıştay**, 9 Temmuz 2012, E. No: 2011/4558.
- Danıştay**, 6 Temmuz 2012, E. No:2011/3392.
- Danıştay**, 9 Temmuz 2012, E. No: 2011/4233.
- DAVIES, A.C.L.**, *The Public Law of Gowerment Contracts*, Oxford University Press ,
2008
- DELMON, Jeffrey**, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure : An Essential Guide for Policy Makers*,s. 119
- DEMİRBOĞA, Dursun Ali**, *Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi*, 2013
- DURAN, Lütfi**, *Yap-İşlet-Devret*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 46, S.1,1991
- DURAN ŞAHİN, Deniz**; *Akademi Bakış Dergisi*, S65, Ocak-Şubat 2018, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, 2018.
- DURAN, Lütfi**; *Yap-İşlet-Devret*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 46,Sayı1,1991.
- DURAN, Şahin, Deniz**, Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Mali Riskleri Üzerine Değerlendirme, *Akademik Bakış Dergisi*, sayı 65.Ocak-Şubat 2018.
- EKŞİ, Nuray**, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları,İstanbul, 2010
- EMEK, Uğur**, *Kamu Özel İşbirliği Sözleşmelerinde Yatırım ve Garanti Büyüklüğü*,
<http://uemek.blogspot.com/2016/10/kamu-ozel-isbirligi-koi-sozlesmelerinde.html>,
2016.
- EMEK, Uğur**, *Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri, Avrupa Topluluğu ve Türkiye*, *Rekabet Dergisi*, C. 9,S.1,2009
- EMEK, Uğur**, *Kamu Hizmeti İmtiyazı Sözleşmeleri ve Uluslararası Ticari Tahkim, Perşembe Konferansları(3)*, Rekabet Kurumu, 1999
- EREN, Fikret**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* , Ankara , 2012.
- EREN, Fikret**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* , Ankara , 2014.

- ERSÖZ, Melis**, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnerships Uygulamaları*, Y. Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010.
- FEYZİOğLU, Feyzi Necmettin**, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler*, Cilt 1, İstanbul, 1976
- GANBARI, Muhammed Kiomers**, *Atipik Sözleşmeler Ve Uygulanacak Hukuk*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017
- GENÇOğLU, Şeref**. *Türk İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2008.
- GÖKYURT, Fatih**, *İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri*, Doktora Tezi, İstanbul, 2017
- GÖZLER, Kemal**; *İdare Hukuku Dersleri*; Ekin Yayınları, Bursa, 2006.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut**, *İdare Hukuku-Cilt I- Genel Esaslar*, II. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, (Cilt I), 2016.
- GÜLAN, Aydın**, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987
- GÜMÜŞ, M. Alper**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, Cilt I, 1. Baskı
- GÜNEŞ, Ahmet M.**, *Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem Kamu Özel Ortaklığı*, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2009, s.59.
- GREEN PAPER on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concession**, Brüksel, 30.04.2004, COM(2004),327 Nihai,
- GRIMSEY, Darin / LEWIS Meryn K.**, *Public Private Partnership: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, 2004.

- GÜLAN, Aydın**, *Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1987.
- GÜNDAY, Metin**, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara , 2013
- GÜNEŞ, Ahmet M.**, *Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem Kamu Özel Ortaklığı*, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2009.
- GÜNGÖR, Harun**, *Sağlık Sektöründe Kamu-Özel İşbirliği Uygulamaları ve Türkiye İçin Değerlendirme*, T.C. Kalkınma Bakanlığı Uzmanlık Tezi, Ekim 2012.
- GÜRKAN, Mehmet Fatih**, *Kamu Özel Ortaklığı*, Ankara, 2014.
- GÜZELSARI, Selime**, *Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme*, Kamu Yönetimi: Yapı İşleyiş Reform, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 2019.
- HODGE, Grame A./GREVE, Carsten**, *Public Private Partnerships: An International Performance Review Public Administrative Review*, Vol:67, No:3 (mat-Jun,2007)
- HODGE, Grame A./GREVE, Carsten**, *Public Private Partnerships: a Policy for All Seasons The Challenge of Public -Private Partnerships : Learning from Internatioanl Experience*, Ed. Greame Hodge, Carsgten Greve, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Massachussets, 2005.
- İŞGÜZAR, Hasan**, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Teksir Edilmiş Doktora Tezi, Ankara , 1980
- JAMALİ, Dima**, *Success and Failure Mechanisms of Public Private Partnerships (PPPs) in Countries*, The International Journal of Public Sector Management, Vol.17, No.5, 2004,p.414-415.
- KARAN, Nur Zeliha**, *İmtiyaz Sözleşmelerinde Uluslararası Tahkim*, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009
- KARATAŞ, İzzet**, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara, 2004.

- KERMAN, Uysal, ALTAN, Yakup, AKTEL, Mehmet ve EKE, Erdal.** *Sağlık Hizmetlerinde Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması*, SDÜİİBFD., Y. 2012, C. 17, 2012.
- KESKİN Bayram,** *Kamu Hizmetlerinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, İstanbul: Arıkan Yayınları, 2008.
- KEŞLİ, Ahmet,** *PPP Projelerinin Hukuki Rejimi (Kamu Özel İşbirliği)*, İstanbul, 2012.
- KHAN, M./RILEY, T./ WESCOTT, C.,** *Public-Private Partnerships in Bangladesh's Power Sector: Risks and Oppurtunitics*, 2014, World Bank WP 86078, 2014.
- KUNTALP, Erden,** *Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama Leasing Tanımı ve Hükümleri*, T. Bankalar Birliği Yayınları, No.144, Ankara, 1988
- KUNTALP, Erden,** *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, 2. Baskı
- LARENZ, Karl,** *Lehrbrunch des Schuldrechts* , Bd 2, Bosenderer Teil, Siebente Aufl, Münchein und Berlin, 1965.
- MARTINS, A.C./ MAARQUES, R.C / CRUZ., C.,** *Public Private Partnership for Wind Power Generation; Potuguese Case*, Energy Policy , 2011.
- MASUM, Türker;** *Cooperation Between Public and Private Sectors in Developing Countries (Gelişmekte Olan Ülkelerde Kamu Özel Sektör İşbirliği)* ,Ankara 1998.
- MEHRODRA ,S. , ve DELAMONICA, E E.,** *The Private Sector and Privatization in Social Services: Is the Washington Consensus "Dead"*, Global Special Policy ,2005.
- ODYAKMAZ, Zehra,** *"Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1-2, Haziran Aralık, 1998.
- OFTINGER, Karl,** *Der Trödelvertrag* ,Zürich, 1937
- ONAR, Sıddık Sami,** *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.I,II,III. ,3. Bası, İstanbul, 1966

- OKTAY, Saibe**, *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 263-264.
- ÖNEN, Ergun**, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara, 1972
- ÖZ, Turgut**, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları*, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- ÖZTÜRK, Sibel**, *Kamu Özle Ortaklığı ve Türkiye'de Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Uygulaması*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Ens., Tezli Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal /ÇAMOĞLU, Ersin**, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, B.10, İstanbul 2005.
- REİSOĞLU, Safa**, *Boçlar Hukuku-Genel Hükümler*, İstanbul, 1990
- Resmi Gazete**, T.02.01.2011,S.28103.
- Resmi Gazete**, T.22.07.2006,K.2006/10665, S. 26236
- Resmi Gazete**, T.20.03.1996, S.22586.
- RICHER Laurent**, *Droit des contrats administratifs*, 4e ed., Paris: LGDJ, 2004
- SEROZAN, Rona**, *İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu*, C.1, Genel Hükümler, İstanbul, 2018, TBK 1, N.92
- SEZGİNER, Murat**, *Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, 2000
- SEZGİNER, Murat**, *İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, 2007,
- SHERIDAN, Peter**, *PFI/PPP Disputes: Part 1, European Public Private Partnership Law Review*, Vol.4, Issue :2, 2009
- Simons & Simons Group Law Office**, *PPP Law and Contracts*, İstanbul/London,2008.

- SİRMEN, Lale**, *Sözleşme Hukukunda Yap-İşlet -Devret , Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu*, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s.11-17
- SİRMEN, Lale**, *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, Prof. Dr.H.C. Oğuzoğlu' na Armağan, Ankara, 1972
- TANDOĞAN, Haluk**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt 1, İkinci Bası, Ankara 2008
- TASAV**, Türk Akademisi Siyasi Sosyal Stratejik Araştırmalar Vakfı ,*Kamu özel İşbirliği Projeleri: Türkiye ve Diğer Ülke Örnekleri*, 2017.
- TEKİN, Ali Güner**, *Kamu-Özel Sektör İşbirliği -Kamu Özel Ortaklıkları*, İdarecinin Sesi Dergisi, 2007.
- TEKİNAY, Sulhi / AKMAN, G. Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla**, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul ,1993.
- TEKİNSOY, Ayhan** , *İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*, AÜHFD, C.55,S.2, 2006, s.181-227
- TEPAV**, 31 Ocak 2022 tarihinde yayımladığı *Türkiye Kamu Özel İşbirliği Projeleri Uygulamaları, Etkin Risk Paylaşımına Yönelik Model Önerisi adlı raporu*, 2022.
- T.C. Maliye Bakanlığı AB ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı**, Avrupa Komisyonu, *Kamu Özel İşbirliği ve Topluluk Hukukunda Kamu İhaleleri ve İmtiyazlara ilişkin Yeşil Kitap*, prg . 52
- The World Bank, ADB, IADB**, *2014 Public-Private Reference Guide*, 2014.
- TUNÇ, Gökhan/ ÖZSARAÇ, Emrah**. *Türkiye'deki Kamu Özel İşbirliği Modelinin İyileştirilmesine Ait Öneriler*, 2015.
- TUNÇOMAĞ, Kenan**, *Borçlar Hukuku Dersleri*, II. Cilt , Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1963.

- ULUSOY, Ali** , *Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramlarının Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti* , Ankara, 2001
- UNCITRAL**, *Legislative Guide*, 2020.
- Uz, Abdullah** , *Kamu Özel Ortaklığı: Kavram ve Hukuksal Çerçeve*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2007.
- ÜSTÜNDAĞ, Nilay / BARAZ, Güzin**, Atipik Sözleşmeler ve Uygulanacak Hukuk, Makale, https://www.sch-legal.com/sch-legal-akademi/atipik-sozlesmeler-ve-uygulanacak-hukuk/#_ftn2
- Von MERHER ,Arthur** *Contracts in General* , *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol.VII, Hague -Boston-London, 2008 .
- YALÇIN, Fatma Ceren**, *Kamu Özel iş birliği ve Özelleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2014.
- YAVAŞ, A. Murat**, *Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim*, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- YESCOMBE,E.R.**, *Public-Private Partnerships : Principles of Policy and Finance* , Elsevier, 2007
- YILDIRIM, Arzu** , *İnşaat Edimi İçeren Karma Nitelikli Sözleşmelerin Yargıtay Uygulaması Işığında İncelenmesi*, 2019
- YILDIRIM, Ramaza**, *İdare Hukuku Dersleri II*, Konya, 2012.
- YILMAZ, Ejder**, *Hukuk Sözlüğü*,B.10.,Ankara 2011.
- YILMAZ, Osman**, *Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulaması, Planlama Uzmanlığı Tezi*, Ankara Nisan 1999.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA ,Emre**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21.Bası,İstanbul, 2021.

ÖZET

Bu çalışmada ülkemizde 6428 sayılı yasa kapsamında, Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı tarafından Kamu Özel İşbirliği modeli ile hayata geçirilen Şehir Hastaneleri Projelerine ait sözleşmeler ve yapım esnasındaki uygulamalarda meydana gelen ihtilafların Türk Hukuku ve mevzuatı açısından incelenmiş; yasa ve yönetmeliklerdeki boşluklar, uygulama hataları ele alınmış, kamu zararına yol açabilecek unsurlar belirlenmiştir. Proje Sözleşmelerinin kamu yararı açısından verimli uygulanabilmesi için gerekli hukuki yapılanma önerileri geliştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Dünyada Kamu Özel İşbirliği, Ülkemizde Kamu Özel Ortaklığı ve bu Proje Sözleşmelerinin Hukuki Mahiyeti.

ABSTRACT

In this study, within the scope of Law No. 6428 in our country, the contracts of the City Hospitals Projects implemented by the Ministry of Health of the Republic of Turkey with the Public Private Partnership model and the disputes arising from the practices during construction were examined in terms of Turkish Law and legislation; Gaps in laws and regulations, implementation errors were addressed, and factors that could cause public harm were identified. Necessary legal and management structuring suggestions have been developed for the efficient implementation of Project Contracts for the public benefit.

Key Words: Public Private Partnership in the World, Public Private Partnership in Our Country, and Legal Nature of These Project Contracts.