

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

**KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ: YAP İŞLET DEVRET MODELİ VE
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ**

Yüksek Lisans Tezi

Ongun Ekin İNCÜVEZ

Ankara,2021

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

**KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ: YAP İŞLET DEVRET MODELİ VE
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ**

Yüksek Lisans Tezi

Ongun Ekin İNCÜVEZ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara,2021

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

**KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ: YAP İŞLET DEVRET MODELİ VE
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1-Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

2-Dr. Öğretim Üyesi Vehbi Umut ERKAN

3-Prof. Dr. Mehmet KILIÇ

Tez Savunması Tarihi

13.07.2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr Süleyman Yılmaz danışmanlığında hazırladığım “Kamu Özel İşbirlikleri Yap İşlet Devret Modeli ve Uyuşmazlıkların Çözümü (Ankara,2021)” adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

13/07/2021
Ongun Ekin İNCÜVEZ

İÇİNDEKİLER

| | |
|-------------|---|
| İÇİNDEKİLER | I |
| KISALTMALAR | V |

GİRİŞ

KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI

| | |
|-------------------------------|---|
| I. KONUNUN SUNULMASI | 1 |
| II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI | 3 |

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

| | |
|--|----|
| I KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI ve ANLAMI | 5 |
| 1. TERİM SORUNU | 5 |
| 2. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN TANIMI | 9 |
| II KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ | 18 |
| 1. GENEL OLARAK KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ | 18 |
| 2. FARKLI ÜLKELERDEN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ ÖRNEKLERİ | 23 |
| A. İNGİLTERE | 23 |
| B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ | 27 |
| C. FRANSA | 31 |
| D. AVRUPA BİRLİĞİ | 35 |
| E. DİĞER ÜLKELER | 40 |

| | |
|--|------------|
| III KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELLERİ | 43 |
| 1. YAP İŞLET DEVRET | 48 |
| 2. YAP İŞLET | 50 |
| 3. YAP KİRALA DEVRET | 53 |
| IV KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN UYGULANMA NEDENLERİ | 55 |
| V KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN GEREKLİLİĞİ | 59 |
| VI KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN LEHİNE ve ALEYHİNE | |
| GÖRÜŞLER, AVANTAJLARI ve DEZAVANTAJLARI | 61 |
| 1. KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ LEHİNDE GÖRÜŞLER (KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİNE OLUMLU YAKLAŞIMLAR) | 61 |
| 2. KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ ALEYHİNDE GÖRÜŞLER (KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİNDE KARŞILAŞILABİLECEK | 69 |
| 3. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELLERİ LEHİNE ve ALEYHİNE GÖRÜŞLER ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME | 80 |
| İKİNCİ BÖLÜM | |
| YAP İŞLET DEVRET MODELİ | |
| I. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİ | 84 |
| 1. YAP İŞLET DEVRET UYGULAMALARININ GELİŞİMİ | 84 |
| 2. TÜRKİYE'DE YAP İŞLET DEVRET İLE İLGİLİ MEVZUAT | 94 |
| 3. YİD MODELİNİN TANIMI | 96 |
| A. DOKTRİNDE YAP İŞLET DEVRET TANIMLARI | 96 |
| B. MEVZUATTA YAP İŞLET DEVRET TANIMLARI | 100 |
| II. YİD MODELİNİN TARAFLARI | 103 |

| | |
|--|------------|
| 1. KAMU | 103 |
| 2. PROJE ŞİRKETİ | 103 |
| III. YİD MODELİNİN UNSURLARI | 104 |
| 1. RİSK PAYLAŞIMI UNSURU | 105 |
| 2. FİNANSMAN UNSURU | 111 |
| 3. ESER İNŞASI UNSURU | 118 |
| 4. İŞLETME UNSURU | 123 |
| IV. YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ | 129 |
| 1. YİD BİR SÖZLEŞMEDİR | 129 |
| 2. YİD BİR ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİDİR | 131 |
| 3. YİD'İN AMACI FİNANSMAN TEMİNİDİR | 132 |
| 4. YİD SUI GENERIS BİR SÖZLEŞMEDİR | 134 |
| 5. YİD TAM İKİ TARAF TAFA BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR | 139 |
| 6. YİD SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİDİR | 143 |
| V. YİD SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL SORUNU | 144 |
| VI. YAP İŞLET DEVRET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ | 145 |
| 1. SÖZLEŞMENİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ | 145 |
| 2. SÖZLEŞMENİN FESHİ | 147 |
| VII. YİD MODELİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ | 149 |
| 1. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR | 149 |
| A. SÖZLEŞME YAPILMADAN ÖNCE ÇIKAN UYUŞMAZLIKLAR | 149 |

| | |
|--|------------|
| B. SÖZLEŞMENİN UYGULANMASINDAN KAYNAKLANAN | |
| UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM YOLLARI | 150 |
| a. ICSID TAHKİM YARGILAMASI | 152 |
| b. ICSID TAHKİM SÜRECİ | 153 |
| b.a. Tahkim Başvurusu | 154 |
| b.b. Uygulanacak Hukuk | 155 |
| b.c. Tahkim Yeri | 155 |
| b.d. Hakem Heyetinin Seçimi | 156 |
| b.e. Karar | 157 |
| b.f. Kararın Kesinleşmesi, Yorumu, Düzeltilmesi ve İptali | 158 |
| b.g. Tenfiz | 160 |
| SONUÇ | 162 |
| KAYNAKÇA | 168 |
| ÖZET | 194 |
| ABSTRACT | 195 |

KISALTMALAR

| | |
|---------|---|
| AB | :Avrupa Birliği |
| ABD | :Amerika Birleşik Devletleri |
| Akt. | :Aktarılan |
| AÜSBFD | :Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi |
| BATİDER | :Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BKK | :Bakanlar Kurulu Kararı |
| Bkz. | :Bakınız |
| BOT | :Build Operate Transfer |
| C. | :Cilt |
| D. | :Daire |
| E. | :Esas Numarası |
| EIB | :European Investment Bank – Avrupa Yatırım Bankası |
| ESCAP | :The Economic and Social Commission for Asia and the Pacific |
| EU | :European Union |
| FAA | :Federal Aviation Administration |
| GAO | :United States General Accounting Office |
| HD. | :Hukuk Dairesi. |
| HM | :Her Majesty |
| ICC | :International Chamber of Commerce |
| ICSID | :The International Centre for Settlement of Investment Disputes |
| IFSL | :International Financial Services London |

| | |
|----------|---|
| IMF | :International Monetary Fund – Uluslararası Para Fonu |
| K. | :Karar Numarası |
| KHK | :Kanun Hükmünde Kararname |
| KİT | :Kamu İktisadi Teşebbüsü |
| KÖİ | :Kamu Özel İşbirliği |
| m. | :madde |
| NCPPP | :National Council for Public Private Partnerships |
| OECD | :Organisation for Economic Co-operation and Development |
| OPIC | :Overseas Private Investment Corporation |
| PFI | :Project Finance Initiativa |
| PPIAF | :The Public-Private Infrastructure Advisory Facility |
| PPP | :Public Private Partnerships |
| PPP/s | :Public Private Partnerships |
| P3 | :Public Private Partnerships |
| R.G. | :Resmi Gazete |
| S. | :Sayı |
| s. | :sayfa |
| SDÜİİBFD | :Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi |
| T. | :Tarih |
| TBB | :Türkiye Barolar Birliği |
| TBMM | :Türkiye Büyük Miller Meclisi |
| TC | :Türkiye Cumhuriyeti |
| UK | :United Kingdom |
| UNCITRAL | :The United Nations Commission on International Trade Law |

| | |
|-----|-----------------------|
| USD | :United States Dollar |
| V. | :Volume |
| vd. | :ve devamı |
| vs. | :vesaire |
| WB | :World Bank |
| Y. | :Yargıtay |
| Yİ | :Yap İşlet |
| YİD | :Yap İşlet Devret |
| YKD | :Yap Kirala Devret |

GİRİŞ

KONUNUN SUNULMASI VE TAKDİMİ

I. KONUNUN SUNULMASI

Kamu özel işbirliği kavramı, yap işlet devret, yap kirala devret, yap işlet ve diğer pek çok model için kullanılan bir çatı kavramdır. Son yıllarda, söz konusu modellerden her biri, oldukça popülerdir.

Yüksek kamu proje stoku, bu projeleri finanse edecek yeterli kamu kaynağı bulunmaması, proje tasarım, yapım, işletim süreçlerinde kaynak verimliliğinin sağlanamaması, kamunun özel sektör ile işbirliği yapma ihtiyacını doğurmuştur ve bu ihtiyaç üzerine; Kamu Özel İşbirliği modeli uygulamaları başlamıştır. Her ne kadar sistematik hale gelmesi ve uluslararası kuruluşlar tarafından desteklenmeye başlaması daha yeni olsa da, esasen yeni bir kavram olan kamu özel işbirliğinin uygulamaları eskiye dayanır; zira tarihsel olarak bakıldığında, Roma'da, eski Yunan ve eski Mısır'da, kamu hizmetlerinin sağlanması veya kentlerin sabit yatırım gerektiren altyapı ihtiyaçlarının giderilmesi için, Devlet ile bir kuruluş veya kişi arasında kamu özel işbirliği olarak nitelendirilebilecek sözleşmeler yapılmıştır.

Yap işlet devret modeli ise, ülkemizde, kamu özel işbirliği modelleri arasında en çok uygulanan model olmasının yanında, hiç şüphesiz, kamu özel işbirliği modellerinin en çok gündemde olanıdır. Nitekim, en meşhur kamu özel işbirliği uygulamaları da, birer yap işlet devret örneğidir: 1782 yılında, Perier Brothers'a, Paris'in içme suyunun temini imtiyazı

verilmesi; 1879 yılında, Süveyş Kanalı Şirketi'ne Süveyş Kanalı'nın yapılıp 99 yıllığına işletmesi işinin verilmesi; Trans-Siberian Demiryolları ve Eyfel Kulesi'nin yapımı gibi.

Ülkemiz topraklarında da bu modelin uygulaması çok eskiye dayanmaktadır. Londra metrosundan sonra, dünyanın en eski ikinci metrosu olan “Tünel”, bu model kullanılarak sunulan kamu hizmetlerinin en dikkat çekicilerindendir ve 1874 yılında hizmet vermeye başlamıştır. Yakın tarihte ise, YİD terimi ilk kez, Turgut Özal tarafından telaffuz edilmiş ve kendisi literatürde bu modelin isim babası olarak anılmaya başlanmıştır. 1984 yılında, yine Turgut Özal'ın öncülüğünde, ilk yasal düzenleme yapılmıştır. YİD modelinin uygulanmasına yönelik ilk sözleşme, Ankara Büyükşehir Belediyesi Encümeni'nin, 2.8.1985 tarih, 1135/1633 sayılı kararına dayalı olarak, alışveriş merkezi Atakule'nin yapımı ve işletilmesi için, Belediye ile Anıtsal Yapılar Sanayi Ticaret ve Turizm Şirketi arasında (YİD sözleşmesi) imzalanmıştır. Günümüzde ise, yap işlet devret modeli sıkça kullanılmaktadır: İstanbul Yeşilköy Hava Limanının genişletilmesi, Ankara Esenboğa Hava Limanının genişletilmesi, Antalya Hava Limanının genişletilmesi, İstanbul Sabiha Gökçen Hava Limanının genişletilmesi, Kuzey Marmara Otoyolu, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Osmangazi Köprüsü ve Avrasya Tüneli ilk akla gelen örneklerdir.

Gerek kamu özel işbirliği kavramının, gerekse yap işlet devret kavramının önemi aşikardır. İşbu çalışmamızda, her iki kavramda detaylı olarak ele alınacaktır. Peki, kamu özel işbirlikleri neden uygulanmaktadır, gerekli midir, her iki kavramın tanımı nasıl olmalıdır, geçmişten bugüne uygulamaları nelerdir, tarihsel gelişimleri nelerdir, yap işlet devret modelinin unsurları ve özellikleri nelerdir, tarafları kimdir, bu modelde uyumsuzlukların çözümü nasıl olur? Bunların her biri önem arz eden sorulardır. İşbu çalışmamız ile, bu sorulara cevap vermeye çalışılacaktır.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

“Kamu Özel İşbirlikleri, Yap İşlet Devret Modeli ve Uyuşmazlıkların Çözümü” başlığını taşıyan çalışmamızda, “Giriş” ve “Sonuç” bölümleri dahil, dört bölüm bulunmaktadır.

Birinci Bölümde kamu özel işbirliği kavramı ele alınmaktadır. İlk olarak, terim sorunu anlatıldıktan sonra; kamu özel işbirliğine ilişkin, doktrinde ve diğer kaynaklarda yapılan tanımlar ve bu tanımlarda yer verilen unsurlar üzerinde durulmaktadır. Daha sonra, kamu özel işbirliğinin tarihsel gelişimi, çeşitli ülkelerden örnekler de verilerek, detaylı olarak anlatılmaktadır. Sonrasında, kamu özel işbirliği modelleri sıralanmakta ve en önemli üç model daha detaylı açıklanmaktadır. Kamu özel işbirliğinin uygulama nedenleri ve gerekliliğinden bahsedildikten sonra; son olarak, “Kamu Özel İşbirliği Lehine ve Aleyhine Görüşler, Avantajları ve Dezavantajları” başlığı altında, kamu özel işbirliğinin olumlu ve olumsuz yönleri sıralanmakta sonrasında, bunlar hakkında genel bir değerlendirme yapılmaktadır.

Çalışmamızın İkinci Bölümünde, yap işlet devret modeli üzerinde durulmaktadır. Bunu yaparken, öncelikle yap işlet devret uygulamalarının tarihsel gelişimi anlatılmakta, Osmanlı Dönemi de dahil olmak üzere, ülkemizdeki uygulamalarından bahsedilmektedir. Daha sonra, ülkemizdeki yap işlet devret modeline ilişkin mevzuat anlatılmaktadır. Sonrasında, doktrindeki ve mevzuattaki yap işlet devret tanımlarından bahsedilmektedir. Ardından, yap işlet devret modelinin tarafları sıralanmakta; devamında ise, yap işlet devret modelinin unsurları başlığı altında, “risk paylaşımı”, “finansman”, “eser inşası” ve “işletme hakkı” unsurları, uygulamadan örneklerle, detaylı olarak anlatılmaktadır. Bunlar anlatıldıktan sonra;

YİD'in, amacı finansman temini olan, tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olması, sui generis bir sözleşme olması ve sürekli borç ilişkisi olması özelliklerinden ve şekil şartından bahsedilmektedir. Çalışmamızın son kısmında ise, ilk olarak, yap işlet devret sözleşmesinin sona ermesi anlatılmaktadır. Daha sonra, yap işlet devret modelinde uyuşmazlıkların çözümü; sözleşme yapılmadan önce çıkan uyuşmazlıklar ve sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar olmak üzere, iki farklı dönem açısından incelenmektedir. Son olarak, YİD sözleşmelerinde çokça uygulama alanı bulan, ICSID tahkim süreci anlatılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI ve ANLAMI

1. TERİM SORUNU

“Kamu Özel İşbirliği” kavramının uluslararası literatürdeki yaygın kullanımı; “Public Private Partnerships”, kısaca “PPP, PPP/s veya P3” dür. Özel Sektör Katılımı anlamındaki, “Private Sector Participation” kısaca “PSP” kavramının, bu kavram yerine kullanıldığı görülse de, bu kullanım doğru değildir¹. Kavramın İngilizce kullanımında “Public Private Partnerships”, kısaca “PPP, PPP/s veya P3” üzerinde bir uzlaşma olduğunu söylemek mümkündür. Kavramın Türkçeleştirilmesi üzerinde ise, bir uzlaşma bulunmamaktadır. Doktrinde “Kamu Özel İşbirliği” kavramı için kullanılan "Kamu Özel Ortaklığı", "Kamu Özel Sektör Ortaklığı", “Kamu Özel Sektör İşbirliği”² gibi farklı isimlendirmeler yapılmış

¹ **Asian Development Bank**, "Public-Private Partnership Handbook", s. 1-3. <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf> (Erişim Tarihi: 15.04.2021).

² Kamu Özel Ortaklığı için bkz. **GÜRKAN, Mehmet Fatih**, Kamu Özel Ortaklığı, Ankara 2014; **KARAHANOGULLARI, Onur**, “Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, Ankara 2011, sf. 177-215; **KARASU, Koray**, "Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde

olup; hem kavramın uluslararası literatürdeki yaygın kullanımı olan “Public Private Partnerships” kavramı ile ilgili, hem de bu kavramın Türkçeleştirilmesinde kullanılan tüm alternatifler ile ilgili birtakım görüş ve eleştiriler mevcuttur: Bir görüşe göre, PPP modelinin adlandırılmasında “Partnership” sözcüğü bilinçli olarak kullanılmıştır; bir döneme damgasını vurmuş, özelleştirme ve ihale gibi, kimi kesimlerden yoğun tepki gören uygulamaların kötü izlenimlerinin silinmesi amaçlanmıştır³. “Partnership” ifadesinin, “işbirliği, dayanışma, birliktelik ve paylaşım” gibi çağrışımları nedeniyle, bu modelin piyasa ile olan yakınlığını örten bir işlevi olduğunu savunan görüş de mevcuttur⁴. Her ne kadar bu eleştiriler ilk bakışta terime yöneltilmiş gibi gözükse de, aslında bunların PPP modelinin kendisine yöneltilen eleştiriler olduğunu düşünmekteyiz.

Yukarıda da belirtildiği üzere, PPP kavramının Türkçeleştirilmesinde de bir uzlaşma bulunmamaktadır ve bu durum bir terim sorununu beraberinde getirmektedir. Esasen, sorunun kaynağı “Partnership” kavramının Türkçeleştirilmesinin nasıl olacağındadır. Zira,

Kamu- Özel Ortaklığı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, Ankara 2011, sf. 217-262; Kamu Özel Sektör İşbirliği için bkz. Kamu Özel Sektör Ortaklığı için bkz. **ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge**, “Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme”, Maliye Dergisi, S. 162, Ankara 2012, s.155.; **KEŞLİ, Ahmet Teyit**; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2016.

³ **LINDER, Stephen H.**, “Coming to Terms With the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings”, The American Behavioral Scientist, 43/1, 1999, s. 35,40 (Akt. **KARASU**, Sağlık, s. 220.).

⁴ **KARASU**, Sağlık, s. 220.

Public Private Partnership kavramı için kullanılan Türkçe karşılıklar incelendiğinde hemen hepsinde, “Public” kelimesi için kullanılan Türkçe karşılığın “Kamu” olduğu görülecektir. Burada kamu ifadesi; kamu kurum ve kuruluşlarını, idareleri, kamuya ait vakıfları kapsayan bir üst kavramdır⁵. “Private” kelimesi için kullanılan Türkçe karşılık ise, “özel” veya “özel sektör”dür, her ikisi ile de kastedilmek istenen aynıdır; özel sektörde hizmet veren tüm kişiler⁶. Ancak, “Partnership” kelimesinin Türkçeleştirilmesine ilişkin olarak, farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, “Partnership” kavramının doğru çevirisi “ortaklık”tır, bu görüşü savunanlara göre, bu kavram kamu ile özel sektör arasında kurulan ilişkiyi daha iyi ortaya koymaktadır ve özel girişimcilerinin kamu tarafından gerçek ve eşit bir ortak olarak görülmesine katkı sağlayacağı için kullanılmalıdır⁷. Uluslararası Kamu Özel İşbirliği Platformu Türkiye açılış etkinliklerinde de, terim sorunu gündeme gelmiştir: PPP’lerin işbirliğinden öte, özel sektör ve kamu arasında ticari bir ortaklığa karşılık geldiği, bu nedenle “ortaklık” teriminin kullanılması gerektiği yönünde görüş bildirenler olmuştur⁸. “İşbirliği” terimini, her ortaklığın bir işbirliği olması, ancak her işbirliğinin bir ortaklık olmaması nedeniyle savunan görüşler de mevcuttur⁹.

“Partnership” teriminin hem “ortaklık” hem de “işbirliği” olarak Türkçe’ye tercümesi mümkündür. Ancak, işbirliğinin ortaklığı da kapsayan daha geniş bir küme olduğu, tarafların

⁵ GÜRKAN, s. 6.

⁶ GÜRKAN, s. 6.

⁷ BAYAZIT, Bahar, Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı, Ankara 2018, s. 6.

⁸ International PPP Platform Turkey, Açılış Töreni Konuşma Metinleri, İstanbul 2008, s. 23.

⁹ International PPP Platform Turkey, s. 33.

bir sözleşme kapsamında birlikte hareket etme iradesini “işbirliği” kelimesinin daha iyi karşıladığı ortadadır, dolayısıyla PPP kavramı için “Kamu Özel İşbirliği” kısaca “KÖİ” teriminin daha uygun bir Türkçe karşılık olacağı muhakkaktır¹⁰. Aşağıda daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, KÖİ için net bir çerçeve çizmek, her modeli kapsayacak bir tanım yapmak mümkün değildir. Bu durum, taraflar arasındaki ilişki terimleştirilirken, kullanılacak sözcüğün kapsayıcı olması gerekliliğini beraberinde getireceğinden, bize göre “ortaklık” değil “işbirliği” teriminin kullanılması doğru olacaktır.

Zira, bizim de katıldığımız bir görüşe göre, kamu özel ortaklığı teriminin çok başka ve net bir karşılığı vardır. Şöyle ki, kamu ve özel sektörün bir araya gelerek kendi tüzel kişiliği olan ayrı bir ortaklık (şirket) kurmaları durumunda, kamu özel ortaklığı vücut bulur, hem yabancı devletlerde hem de ülkemizde, kamu özel ortaklıkları kurulmaktadır; işbirliği ve ortaklık arasındaki fark kendisini bu noktada daha net gösterir¹¹. Başka bir ifade ile bu iki kavram arasındaki farkı anlatmak gerekirse; kamu özel ortaklıklarında, amaçları aynı olan birden fazla ortak söz konusu iken, kamu özel işbirliklerinde tarafların farklı beklentileri vardır, aralarındaki ilişki tarafların birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş bir sözleşmeden ibarettir¹². Gerçekten de, PPP’lerde tarafların kişisel amaçlarına bakıldığında, özel sektörün nihai amacının kâr elde etmek, kamununun ise, kamu hizmetlerinin

¹⁰ **YALÇIN, Fatma Ceren**, Kamu Özel İşbirlikleri, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2014, s. 37.

¹¹ **EVREN, Çınar Can**, Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara 2016, s. 27; **BAYAZIT**, s. 7: “... her ne kadar kamu ve özel sektörün bir şirket bünyesi içinde yer aldığı kurumsal PPP’ler söz konusu olduğunda şirketleşme söz konusu olsa da, PPP daha geniş bir kavramdır.”.

¹² **EVREN**, s. 27 - 28.

zamanında ve kaliteli sunulmasının sağlanması olduğu görülecektir, bu sebeple ortak bir amaçta birleşilmesi söz konusu değildir. Söz konusu olan, bir “ortaklık” değil, “işbirliği”dir¹³. Bu sebeple biz bu çalışmamızda “Kamu Özel İşbirliği” kavramını kullanacağız.

2. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN TANIMI

Yüksek kamu proje stoku, bu projeleri finanse edecek yeterli kamu kaynağı bulunmaması, proje tasarım, yapım, işletim süreçlerinde kaynak verimliliğinin sağlanamaması, kamunun özel sektör ile işbirliği yapma ihtiyacını doğurmuştur ve bu ihtiyaç üzerine Kamu Özel İşbirliği modeli uygulamaları başlamıştır¹⁴. Kamu özel işbirliği, kamu hizmetlerinin özel kişilerle işbirliği içerisinde yerine getirilmesine yönelik bir dizi uygulamayı içinde barındıran bir çatı kavramdır. Bu tarz işbirlikleri, günümüzde kamu hizmetlerinin geleneksel yollarla görülmesinin birer alternatifi olarak kabul edilmektedir¹⁵.

Kamu özel işbirliği kavramı gerek ulusal gerek uluslararası çevrelerce çokça tartışılan bir kavramdır, ancak tanım, kapsam ve içerik konularında fikir birliğine varılmış değildir¹⁶.

¹³ **BOZ, Selman Sacit**, “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4., S. 2, Ankara 2013, s. 291-292.

¹⁴ **KEŞLİ**, s. 1.

¹⁵ **AKINTOYE, Akintola / BECK, Matthias / HARDCASTLE, Cliff**, Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities, UK - USA 2003, s. xix.

¹⁶ **YALÇIN**, s. 37.

Kamu özel işbirliği kavramının tanımı noktasında genel bir uzlaşma yoktur¹⁷. Bu kavram için bir tanımlama yapmanın zorluğundan pek çok kaynakta bahsedilmekteyse de, doktrinde bu zorluğun nedenleri üzerinde pek durulmadığı görülmektedir; KÖİ kavramının pek çok modele verilen ortak bir isim, bir çatı kavram olması nedeniyle özelliklerinin tam olarak tespitinin mümkün olmaması, KÖİ konusu olan hizmetlerin; bizzat kendilerinin de tanımlanmasının zor olması (altyapı yatırımları/tesisleri gibi), KÖİ modellerinin ülkelerin hukuki, siyasi, idari ve sosyo-ekonomik farklılıkları nedeniyle değişiklik göstermesi, KÖİ kavramı için bir tanımlama yapılmasını zorlaştırmaktadır¹⁸. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, kamu özel işbirliği kavramı hem doktrinde hem de diğer pek çok kaynakta, farklı şekillerde tanımlanmıştır. Aşağıda öncelikle bu tanımlar sıralanacak, sonrasında bu tanımlarda ön plana çıkan unsurlar göz önünde bulundurularak, dar ve geniş anlamda kamu özel işbirliği tanımları yapılmaya çalışılacaktır.

Avrupa Komisyonu tarafından, KÖİ modellerinin yaygınlaşması ve hızla gelişmesi sonucu, bu modellerle ilgili çalışmalar yapılmış ve bunun sonucunda Nisan 2004'te, "Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions-" hazırlanmıştır¹⁹. Burada KÖİ için, "genel olarak, kamu ile özel sektör

¹⁷ IMF, Public Private Partnerships Government Guarantees and Fiscal Risk, Washington 2006, s. 4; PPIAF: Public-Private Partnerships, Reference Guide, Washington 2012, s. 11.

¹⁸ EVREN, s. 27-28.

¹⁹ "Yeşil Kitaplar, Avrupa düzeyinde belirli konularda tartışmayı teşvik etmek için Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan belgelerdir." https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html#:~:text=Green%20Papers%20are%20documents%20published,the%20proposals%20they%20put%20forward (Erişim: 24.03.2021).

arasındaki, bir hizmetin veya altyapının; finansmanının, inşaatının, yenilenmesinin, işletilmesinin veya bakımının sağlanmasına ilişkin, işbirliği çeşididir” tanımına yer verilmiştir; aynı çalışmada KÖİ'nin unsurları aşağıdaki gibi sıralanmıştır;

- Kamu idareleri ve özel sektör arasında projenin farklı aşamalarında kurulan uzun vadeli işbirlikleri,
- Kısmen özel sektör tarafından proje finansmanı, bazen muhtelif taraflar arasındaki kompleks düzenlemeler yoluyla, (kamu kaynakları - bazen ciddi sayılabilecek miktarda - özel kaynaklara ilave edilir),
- Projenin tasarım, tamamlama, uygulama, finansman, gibi farklı aşamalarında yer alan ticari uygulayıcının/işletmecinin önemli rolü, (Kamu tarafı öncelikle ulaşılmak istenilen hedeflerin tanımlanmasına odaklanmalıdır; kamu yararı, sağlanan hizmetin kalitesi ve fiyatlandırma politikası gibi, bunun yanında bu hedeflere uyulup uyulmadığını denetleme sorumluluğunu üstlenmektedir.)
- Riskin kamu ve özel sektör tarafları arasında dağıtılması; (genellikle kamuda doğan riskler özel sektöre aktarılır.) fakat KÖİ, özel sektörün projenin tüm risklerini veya risklerin büyük kısmını üstlenmesi anlamına gelmemektedir; riskin dağılımı, tarafların riski ölçümleme kontrol ve riskin üstesinden gelme yeteneklerine göre, her durum için ayrı ayrı belirlenir²⁰.

²⁰ **EU Comission**, Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, 2004, s. 3.

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) ise, kamu özel işbirliği için; “devletle bir veya daha fazla özel işbirliğinin (işletmecileri ve finansman sağlayıcıları kapsayabilir) devletin hizmet sunum amaçları ve özel sektörün kâr etme amacının uzlaştırılarak, hizmetin özel sektör tarafından sunulmasının düzenlendiği ve bu uzlaşmanın etkinliğinin özel sektöre yeterli risk transferine bağlı olduğu bir anlaşma”²¹ tanımını yapmıştır.

Avrupa Yatırım Bankası (EIB) ise; “... genellikle özel sektör kaynaklarının ve/veya uzmanlığının kamu sektörü varlıklarının ve hizmetlerinin sunulmasında kullanılabilmesi amacıyla özel sektör ve kamu sektörü arasında oluşan ilişkiler”²² tanımlamasını kullanmıştır.

Ülkemiz kurumlarından TC Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, bir raporunda KÖİ için, “bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu ve özel sektör arasında dengeli bir şekilde paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi” tanımına yer vermiştir²³.

²¹ **OECD**, Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money, Paris 2008, s. 12.

²² **EIB**, The EIB’s Role in Public-Private Partnerships (PPPs), European Investment Bank, 2004, s. 2. https://www.eib.org/attachments/thematic/eib_ppp_en.pdf (Erişim:10.02.2021).

²³ **TC Cumhurbaşkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı**, Dünyada ve Türkiye’de Kamu-Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler Raporu, 2018, s. vii.

Anayasa Mahkemesi 01.04.2015 tarihli 2013/50 E. ve 2015/38 K. sayılı kararında kamu özel işbirliğini şu şekilde tanımlamıştır; “*KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli halde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir*”²⁴.

Uluslararası Para Fonu (IMF) kamu özel işbirliğini, “... *geleneksel olarak kamu tarafından sağlanan altyapı varlıklarının ve hizmetlerin özel sektör tarafından sunulmasına yönelik düzenlenmeler*”²⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

Doktrinde yapılan tanımlar incelendiğinde ise, kamu özel işbirliğinin farklı unsurlarının ön plana çıkartıldığı, pek çok farklı tanımın yapıldığı görülmektedir. Kimi yazarlar, kamu özel işbirliğine ilişkin tanımlarında yalnızca, bir kamu hizmetinin özel sektör ile yapılan işbirliği ile sunulması unsuruna yer vermişlerdir. Yalnızca bu unsur göz önünde bulundurulduğunda, kamu özel işbirliğini, bir ucunda kamu hizmetlerinin devletçe klasik yollardan temini, diğer ucunda tüm hizmet temininin özel sektör aracılığı ile sağlanması bulunan bir yelpazenin ortasında yer alan, devlet ile özel sektörün birlikte katılımlarını içeren tüm hizmet ve mal temin modellerini içeren bir üst kavram²⁶, olarak tanımlamak

²⁴ Bkz. 15 Nisan 2015 Tarihli ve 29327 Sayılı R. G.

²⁵ IMF, s. 1.

²⁶ **Türkiye Bilişim Derneği**, Kamu Özel Sektör İşbirliği Çerçevesinde BT Alım Yöntemleri Nihai Rapor, 2011, s. 40.

mümkündür. Bu unsurun yanında, kamu ile özel sektör arasındaki işbirliği alanlarını daha detaylı açıklamaya çalışan bir tanımla; kamu özel işbirliği, bir hizmetin, altyapı veya üstyapı projesinin hayata geçirilmesi amacıyla, kamu ve özel sektörün projenin tasarım, finansman, yapım ve işletme gibi çeşitli safhalarında, veya mevcut bir yatırımın yenilenmesi, kiralınması, bakım, onarımında birliktelik sağladığı yöntemler bütünüdür²⁷.

Başka bir tanımda ise, işbirliği alanlarından ziyade, işbirliği nedenleri üzerinde durulmuştur; kamu özel işbirliği, devletlerin temel problemi olan finansman sorununu çözmek amacıyla, özel sektörün; devletten başkasının yapamayacağı düşünülen, devletin katılımı olmaması durumunda, özel sektörün tek başına üstlenmekten çekineceği, kamu hizmeti olarak öngörülen ve devletin de bütünüyle çekilmek istemediği; hizmetlere, katılımını sağlamak için geliştirilen bir modeldir²⁸.

Kamu özel işbirliği için yapılan bir başka tanımda, işbirliğinin bir sözleşme vasıtasıyla sağlanması unsuru, bir kamu hizmetinin kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği ile sunulması unsurunun yanına eklenmiştir: Buna göre, kamu özel işbirliği; özel sektör ile, özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler kapsamında kurulan ve bir kamu hizmetinin

²⁷ YALÇIN, s. 38.

²⁸ EKER, Ali Yıldırım, “Kamu Özel Sektör Ortaklıkları”, Bütçe Dünyası Dergisi, 2007, C. 2, s. 25, s. 60.

tasarlanması, finansmanının sağlanması, yapımı, işletilmesi, kiralanması gibi unsurların bileşiminden oluşan, bir işbirliği modeli²⁹ olarak tanımlanmıştır.

Sözleşme unsurunun yanına, riskin taraflar arasında dağıtılması unsurunun eklendiği bir başka tanımda ise, Örneğin JOYNER'e göre, kamu özel işbirliği, *“kamu ile özel sektör arasında bir malın veya bir hizmetin topluma sunulması için yapılan sözleşmeye dayalı bir işbirliğidir. Bu işbirliğindeki iki temel özellik; gerçek bir işbirliği ilişkisinin varlığı ve özel sektöre yeterli oranda riskin devredilmesidir.”*³⁰. Başka bir deyişle kamu özel işbirliği, devletin hizmet sunum amacı ve özel sektörün kâr etme amacını gerçekleştirmek için, devletin bir veya daha fazla özel sektör tarafıyla, hizmetin özel sektör tarafından sunulması amacıyla, özel sektöre yeterli risk transferinin de yapılması suretiyle, yaptığı sözleşme olarak tanımlanabilir³¹.

Doktrinde kamu özel işbirliği için yapılan kimi tanımlamalarda ise, bir kamu hizmetinin kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği ile sunulması, işbirliğinin bir sözleşme vasıtasıyla sağlanması, unsurlarının yanına işbirliğinin uzun süreli olması unsurunun

²⁹ **GÜZELSARI, Selime**, “Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 598, 2009, s. 45.

³⁰ **JOYNER, Kate**, “Dynamics Evolution in Public-Private Partnerships, The Role of Key Actors in Managing Multiple Stakeholders”, Managerial Law, Volume 49, No. 5/6, 2007, s. 207.

³¹ **CORNER, David**, “The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk”, OECD Journal on Budgeting, Volume 5, 2006, s. 40.

eklendiğini görüyoruz. Bu durumda kamu özel işbirliği; bir kamu tüzel kişinin, çeşitli finansal ve teknik eksiklikler nedeniyle, sunulacak hizmetin yeterli kalitede olmamasından çekindiği alanlara ilişkin olarak, özel hukuk tüzel kişisiyle yapılan, uzun vadeli sözleşme uyarınca, hizmetin inşası ve sunumunda paylaşımına gittiği bir akittir³², şeklinde tanımlanabilir. Aynı unsurların gözetildiği başka bir tanım; “*Kamu özel işbirliği, devletin bir özel şirket grubuyla uzun süreli (49 yıla kadar) sözleşme ilişkisi kurması esasına dayanan bir yatırım ve hizmet modelidir. Bu sözleşmenin konusunu, kamu hizmeti verilecek tesisin (hastane, okul, hapisane, otoyol vb.) özel şirketler tarafından inşa edilerek devlete kiraya verilmesi, devletin de hem şirketlere kira ödemesi hem de bu tesiste verilecek “çekirdek hizmet” dışındaki hizmetleri bu şirketlere devretmesi oluşturmaktadır*”³³ şeklindedir. Bu son tanım her ne kadar, KÖİ için yapılmış olsa da, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde verilen bilgilerden anlaşılacağı üzere, bir KÖİ modeli olan yap kirala devret modelinin tanımına daha yakındır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, kamu özel işbirliği kavramı bir çatı kavramdır, pek çok farklı modeli kapsar (Yap İşlet, Yap İşlet Devret, Yap Kirala Devret... gibi - bu modeller aşağıda daha detaylı anlatılacaktır-), kaldı ki bu modellerin her birinin kurgulanışı ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Sonuç olarak KÖİ kavramı çok kapsayıcı bir kavramdır ve bu durum bu kavram için yapılacak olan tanımın da kapsayıcı olması gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Tanımlarda daha çok unsura yer verilmesi, tanımın kapsayıcılığını azaltmaktadır. Yukarıdaki örneklerden yola çıkarsak; risk transferi unsurunu

³² **BOZ**, s. 289.

³³ **ERBAŞ, Özgür / YAVUZ, Cavit Işık / İLHAN, Bayazıt**, Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, Ankara 2012, s. 8.

veya süre unsurunu içerisinde barındıran tanımlar, daha az kapsayıcıdır. Şöyle ki, dünyanın bir yerinde bir kamu özel işbirliği uygulamasında risk transferi yapılmamış olabilir veya kısa süreli bir işbirliğine gidilmiş olabilir.

Buraya kadar anlatılanlar göz önünde bulundurulduğunda, kamu özel işbirliği kavramı için en kapsayıcı tanımlardan biri; bir kamu hizmetinin sağlanması için, kamu ve özel sektörün birliktelik sağladığı yöntemler bütünü, şeklinde yapılabilecektir. Bunun yanında kamu özel işbirliğinin yukarıda sayılmış bulunan tüm unsurlarının bir arada olduğu (bir kamu hizmetinin özel sektör ile yapılan işbirliği ile sunulması, işbirliğinin bir sözleşme vasıtasıyla sağlanması, işbirliğinin uzun süreli olması, özel sektöre yeterli oranda riskin devredilmesi) bir tanım yapmak gerekirse; kamu özel işbirliği kamu özel işbirliği, kamu ile özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme ile, kamu hizmetlerinin finansmanı için alternatif finansman yöntemleri sunan, riskleri kamu ve özel sektör arasında paylaştıran, kamusal mal ve hizmetlerin inşasına, ifasına ve kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün katılımını sağlayan, yap işlet devret, yap işlet, yap kirala devret gibi modelleri içerisinde barındıran bir şemsiye kavramdır³⁴, şeklinde olabilecektir.

³⁴ **ÇAKIR, Mehmet Kadir**, Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap Kirala Devret, Ankara 2016, s. 22.

II. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ

1. GENEL KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ

Özel sektörün kamu hizmetlerine katılımı yönündeki uygulamalar eskiden beri süregelmektedir, ancak sistematik hale gelmesi, uluslararası kuruluşlar ve gelişmiş ülkeler tarafından desteklenmesi daha yenidir³⁵. Dolayısıyla şunu söyleyebiliriz ki, esasen yeni bir kavram olan kamu özel işbirliğinin uygulamaları eskiye dayanır; zira tarihsel olarak bakıldığında, kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanma oldukça eski zamanlara dayanmaktadır: Roma'da, eski Yunan ve eski Mısır'da, kamu hizmetlerinin sağlanması veya kentlerin sabit yatırım gerektiren altyapı ihtiyaçlarının giderilmesi için, bir kişi veya kuruluş ile Devlet arasında sözleşmeler yapılmıştır³⁶. Roma İmparatorluğu döneminde, İmparatorluk ve belediyeler tarafından, özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti alanına girmeleri, limanlar, pazar yerleri, kanal ve su yolları, termal banyolar inşa edilmesi, kamu idaresi adına vergi toplama ve posta hizmetlerini sunma gibi değişik alanlarda, kamu-özel işbirliklerinin unsurlarını taşıyan yöntemlerle sağlanmıştır³⁷.

³⁵ **EVREN**, s. 35.

³⁶ **BEZANÇON, Xavier**, 2000 ans d'histoire du partenariat public-privé - pour la réalisation des équipements et services collectifs, Paris: Presses de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 2004, s. 27-29 (**Akt. BAYAZIT**, s. 17).

³⁷ **BERGÈRE, François / BEZANÇON, Xavier / DERUY, Laurent / GOULARD, Guillaume / FORNACCIARI, Marc**, Le guide opérationnel des PPP, 3e ed., Paris: Le moniteur, 2010, s. 21; **BEZANÇON**, s. 32 (**Akt. BAYAZIT**, s. 17.); **GARSSE, Steven van**, "Public Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law", 3rd International

19. yüzyıl ve öncesindeki KÖİ uygulamaları için daha somut birkaç örnek vermek gerekirse: Perier Brothers'a, 1782 yılında Paris'in içme suyunun temini imtiyazı verilmiştir; Süveyş Kanalı Şirketi, Mısır Devleti tarafından yetkilendirilmiş ve Avrupa ve Mısır kaynaklı finansmanla, 1879 yılında Süveyş Kanalı'nın yapılıp 99 yıllığına işletmesi işini üstlenmiştir³⁸; Trans-Siberian demiryollarının yapımı ve Eyfel Kulesi ise en meşhur ve göze çarpan örneklerdir³⁹. Bunların yanında, 19. Yüzyılda, Belçika, İspanya, Fransa gibi ülkelerde yol ve demiryolları yapımına ilişkin olarak özel kişilere imtiyazlar verilmiştir⁴⁰.

19. yüzyıldan sonra 20. yüzyıla gelindiğinde ise; dünya savaşları⁴¹, devletlerin idari teşkilatının büyümesi, görevlerinin artması, altyapı ve/veya kamu hizmetlerini bizzat

Public Procurement Conference Proceedings, 2008, s. 221-222; **JAMIL, Sarah**, The Miscellaneous Desirability of Public-Private Partnerships and an Approach to Design an Appropriate Constitution, https://www.wipo.uni-freiburg.de/dateien/tagungen/reformen/the_miscellaneous_desirability_of_public.pdf, (Erişim Tarihi: 11.05.2021), 2008, s. 4.

³⁸ **BAYAZIT**, s. 20.

³⁹ **YESCOMBE, E. R.**, Public-Private Partnerships, Elsevier 2007, s. 5; **GARSSE**, s. 222.

⁴⁰ **EVREN**, s. 35.

⁴¹ **UNECE**, Guidelines on Private Public Partnerships for Infrastructure Development, New York 2000, s. 5-6; **BEZANÇON**, s. 32 -33: *Savaşlar nedeniyle kamu hizmetleri sekteye uğramıştır. Bunun bir sonucu olarak, kamu hizmetlerinin KÖİ ve benzer yöntemlerle görülmesi sorgulanmaya başlamış, hali hazırda liberal politikalar ile özel sektöre bırakılmış olan kamu hizmetleri, tekrar devletler tarafından görülmeye başlanmıştır.*

yapmayı ve/veya sunmayı tercih etmesi, devlet şirketlerinin yaygınlaşması gibi sebeplerle KÖİ uygulamaları azalmıştır⁴². Bir süre, KÖİ uygulamalarının azalması ve devletlerin müdahalesi sürmüştür; sonrasında 1980’li yıllarda, bir değişim başlamış, artan kamu harcamaları devletlerin ekonomik performansını zayıflatınca, devletin müdahaleciliğini tartışılır hale getirmiştir⁴³. Nitekim, KÖİ modellerinin gelişmiş ülkeler ve uluslararası kuruluşlar tarafından desteklenmesi ve sistematikleşmesi bu döneme denk gelir.

1980’li yıllarla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri’nde ise Ronald Reagan’ın, İngiltere’de Margaret Thatcher’ın⁴⁴ iktidara gelmesiyle; özel sektörün ekonomik alandaki rolü giderek artarken, bu devletlerin ekonomik alandaki rolü azalmıştır. Kamu harcamalarında kısıntı yapılmış, sermaye hareketleri ve uluslararası ticaret serbestleştirilmiştir, ayrıca tüm bunların bir sonucu olarak, özelleştirme bu dönemde hükümetlerin öncelikleri arasında yer almıştır⁴⁵. Sonuç olarak, bu dönemde liberal politikaların benimsendiği söylenebilecektir. Nitekim, İngiltere özelinde, 1980’lerde özel finansman girişiminin kabulü ile birlikte, KÖİ uygulamaları ön plana çıkmıştır; kamu müdahalesinin azaltılması ve kamunun özel sektörün deneyim ve metotlarından yararlanması gerekliliği gibi görüşlerin yanında bütçe kısıtları da KÖİ modellerinin ön plana çıkmasında etkili olmuştur⁴⁶. Dünya genelinde, 1980’lerin başında hız kazanan özelleştirmeler 1990’lara

⁴² **GARSSE**, s. 222.

⁴³ **MINOGUE, Martin** “Changing the State: Concepts and Practice in the Reform of Public Sector”, Beyond the New Public, 1998, s. 19.

⁴⁴ **İNSEL, Ahmet**, Neo- Liberalizm Hegemonyanın Yeni Dili, İstanbul 2011, s. 178.

⁴⁵ **YALÇIN**, s. 29.

⁴⁶ **GRASSE**, s. 222.

gelindiğinde yavaşlamaya başlamış, bunun yanında pek çok ülkede altyapı yatırımları tamamlanamamış olup, kamu özel işbirliklerinin gündeme gelmesinde ve popülerleşmesinde bunlar etkili olmuştur⁴⁷. Özelleştirmelerin ortaya çıkış gerekçelerinden bir tanesi ve belki de en önemlisi, özel sektörün kamudan daha iyi hizmet sunacağı ve kaynakları daha verimli kullanacağı iddiasıdır. Ancak, özel sektör çoğu zaman özelleştirme uygulamalarında hizmet anlamında bekleneni verememiş, bunun bir sonucu olarak kamu özel işbirlikleri ile bir denge kurulmaya çalışılmıştır. KÖİ modelleri kapsamında sunulacak olan hizmetlerin hem tek başına kamunun sunacağı hizmetten, hem de tek başına özel sektörün sunacağı hizmetten daha iyi olacağının düşünülmesi ile, KÖİ modelleri ön plana çıkmıştır⁴⁸.

Buradan şu anlaşılabilir ki, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde yeni bir model arayışı, KÖİ kavramının tekrar gündeme gelmesinin esas nedenidir. Bu arayışa gidilmesinin çeşitli sebepleri vardır; bu sebepler ekonomik ve sosyal sorunlar olarak ayrılabilir ve kısaca “bütçe açığı”, “performans açığı” ve “güven açığı” şeklinde sıralanabilir. Bu sorunların sebebi sırasıyla, nüfus ve ihtiyaçlar hızla artarken, kıt kaynakların artmaması sonucunda, devletlerin yavaşlayan büyüme oranları; devletlerin rekabetçi olmayan bir anlayışla yönetilmesi sebebiyle, kaynakların mikro ve makro düzeyde etkin bir şekilde dağıtımının gerçekleştirilememesi ve toplanılan vergilerin kamu hizmetlerinin sunulmasında verimli bir

⁴⁷ IMF, s. 2.

⁴⁸ ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge, Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu - Özel Sektör Ortaklıkları, Bursa 2008, s. 9.

şekilde kullanılmaması; kamu kaynaklarının kullanılmasında ve hizmetlerin sunulmasında karşılaşılan yolsuzluk ve kayırmacılıktır⁴⁹.

Bu dönemde ilk gündeme geldiklerinde, yalnızca ulusal çapta ve büyük maliyetli projeler için (enerji, otoyol gibi) kullanılması desteklenen kamu özel işbirlikleri, zamanla yerel yönetimlerin görmekle yükümlü oldukları görece küçük hizmetlerde de kullanılmaya başlanmış ve kapsamı genişlemiştir⁵⁰.

Bu durum ülkeleri birtakım düzenlemeler yapmaya itmiş, bunun neticesinde, ülkeler KÖİ modelleri için birtakım alt sınırlar getirmiştir; Singapur'da 50 milyon dolar ve üstü; Brezilya'da yaklaşık 12 milyon dolar ve üstü, İngiltere'de ise 20 milyon sterlin ve üstü projeler için KÖİ modelleri kullanılabilir⁵¹. Bir alt sınır getirilmesinin nedeni, idarelerin tüm yatırım ve hizmetleri bu yollarla gerçekleştirmesinin önüne geçmektir⁵². KÖİ

⁴⁹ **ÖZBEK, Taner**, Türkiye'de ve Dünya'da Özelleştirme Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Analizi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2006, s. 71; **ALİCAN, Nesrin**, Avrupa Birliği Mevzuatı ve Uygulamaları Işığında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları, (Yayımlanmamış Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi), Ankara 2008, s. 14-16. **ŞAHİN / UYSAL**, Değerlendirme, s. 159.

⁵⁰ **GÜZELSARI**, s. 43.

⁵¹ **PPIAF**, Guide, s. 72; **HM Treasury**, Value For Money Assessment Guidance, London 2006, s. 7.

⁵² **YALÇIN, Bilge**, Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Özel Sektör İşbirliği Uygulamaları – Türkiye'de Yapılacak Hukuki Düzenlemelere İlişkin Öneriler, (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara 2008, s. 101.

uygulamalarının hazırlık süreci masraflıdır ve uzun sürer, ancak şunu da göz ardı etmemek gerekir ki, KÖİ uygulamaları için belirli eşik değerler koymak, kamu idarelerinin projeleri gereksiz yere genişletmesine neden olabilir⁵³. Fakat, doktrinde KÖİ uygulamalarının, büyük ölçekli projelerin karmaşık yapıları karşısında bu projelere ne derece uygun olduğu sorusunun da sorulması gereken bir soru olduğu belirtilmektedir⁵⁴.

Bu noktada şunu söylemek yerinde olacaktır ki, bir projede KÖİ modeli kullanılmak isteniyorsa, önemli olan projenin mali büyüklüğü değil, klasik tedarik yöntemlerine nazaran paranın karşılığını verip vermediği belirlenmelidir⁵⁵.

2. FARKLI ÜLKELERDEN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ ÖRNEKLERİ

A. İNGİLTERE

Kamu özel işbirliği kavramı tüm dünyada olduğu gibi, İngiltere’de de, kamu ve özel sektör arasındaki işbirlikleri bakımından geniş bir kapsamı ifade eder. İngiltere’de kullanılmaya başlanan bir kamu özel işbirliği modeli olarak nitelendirebileceğimiz ve literatüre yerleşen adıyla Özel Finansman Girişimi (*Project Finance Initiative-PFI*), daha

⁵³ YALÇIN, s. 102.

⁵⁴ PPIAF, Toolkit for Public - Private Partnerships in Roads & Highways, Module 1: Overview and Diagnosis, 2009, <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/1/index.html>, (Erişim Tarihi: 25.05.2021), s. 30.

⁵⁵ EVREN, s. 346.

çok bir takım yapım işlerini içeren ve özel sektör finansmanına dayanan uygulamaları ifade etmektedir. İngiltere örneği özelinde, KÖİ uygulamaları oldukça önemli bir yere sahiptir⁵⁶.

Yukarıda da belirtildiği üzere, İngiltere özelinde 1980'lerde özel finansman girişiminin kabulü ile birlikte, KÖİ uygulamaları ön plana çıkmıştır. Muhafazakar Parti iktidarında, sağlık, hapisane, ulaştırma ve savunma projeleri gibi birçok alanda özel sektör finansmanı sağlamaya dönük olarak 1992 yılında uygulanmaya başlanan PFI mekanizması, sonrasında İşçi Partisi hükümetleri tarafından da güçlü bir şekilde benimsenen ve uygulanmaya devam edilen bir model olmuştur⁵⁷. Nitekim, İşçi Partisi'nin ikinci dönem iktidarının başında, 2002 - 2003 yıllarında, PFI modeli kapsamındaki harcamalar ikiye katlanmıştır⁵⁸. Esasen, İşçi Partisi'nin PFI modelinde bu denli istekli olmasının sebebi, önceki ihale uygulamalarında alınan olumsuz sonuçlardır: Örneğin 1992 yılı NAO raporunda, yol yapım sözleşmeleri için Ulaştırma Bakanlığı tarafından başlangıçta öngörülen fiyatın % 28'i kadar ilave ödeme yapıldığı ortaya çıkmıştır⁵⁹. Savunma Bakanlığı ihaleleri ile ilgili hazırlanan bir raporda da, geçmiş 13 yıl boyunca yapılan ihalelerde kayıtların tutulması ve tekliflerin değerlendirilmesi gibi aşamalarda uzmanlık eksikliği olduğu eleştirisine yer verilmiştir⁶⁰. Buradaki esas

⁵⁶ **GÖKYURT, Fatih**, İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, Ankara 2018, s. 18-19.

⁵⁷ **GÖKYURT**, s. 19.

⁵⁸ **POLLITT, Michael**, "Learning from UK Private Finance Initiative Experience", The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience, Massachusetts 2005, s. 207.

⁵⁹ **GÖKYURT**, s. 20.

⁶⁰ **POLLITT**, s. 215

sorunun, Bakanlığın ortaya çıkan proje risklerini özel sektöre aktarma hususunda gösterdiği isteksizlik olduğu sonucuna ulaşıldığından, risk transferinin daha dengeli biçimde yapılabileceği düşünülerek, PFI mekanizması ön plana çıkarılmıştır⁶¹.

İngiliz Hazinesi tarafından, PFI projelerinin genel olarak değerlendirilmesi amacıyla hazırlanan raporda, zamanlama ve maliyet konusunda beklenti ve öngörülere uyum bakımından PFI projelerinin daha başarılı olduğu sonucuna ulaşılmıştır: Diğer projelerin sözleşme süresinden önce veya zamanında bitirilme oranı %30 iken, PFI projelerinin yaklaşık % 85'i sözleşme süresinden önce veya zamanında bitirilmiştir. Ayrıca, diğer projelerin %70'inde başlangıçta öngörülen maliyet aşılrken, PFI projelerinde bu oranın % 21 olduğu belirlenmiştir⁶².

İngiltere'de, özel sektör finansmanına dayanan yatırım modellerin tercih edilmesinin sebeplerinden biri de, kamu harcamalarının Avrupa Birliği Maastricht Kriterleri ve borçlanma üzerindeki benzeri sınırlayıcı düzenlemelere uyum sağlanması ihtiyacıdır⁶³. PFI

⁶¹ **POLITT**, s. 215.

⁶² **HM Treasury**, PFI: Meeting The Investment Challenge, 2003, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/7/PFI_604a.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2021) s. 48.

⁶³ **ROBINSON, Herbert / CARILLO, Patricia / ANUMBA, Chimay / PATEL, Manju**, Governance & Knowledge Management for Public-Private Partnerships, Massachusetts 2010, s. 3.

modeli sayesinde, özel sektörün uzun vadeli borçlanmaları bütçe içinde görünmemektedir ve bu durum bu modeli hükümetler nezdinde daha cazip hale getirmiştir⁶⁴.

KÖİ modellerinin teknolojinin hızla değişip geliştiği bilgi teknolojileri gibi alanlarda kullanılmaması gerektiği yönünde eleştirilere sıkça rastlanmaktadır, nitekim İngiltere'de bu eleştirileri dikkate almış bu konudaki işleri kamu özel işbirliklerinin kapsamından çıkarmıştır⁶⁵.

İngiltere'de 1997 yılı Temmuz ayı ile 2009 yılı Eylül ayları arasında, sağlık alanında, değeri 3 milyon Sterlin ile 1 milyar Sterlin Arasında değişen, toplam tutarı 11 milyar 367 milyon Sterlin olan 113 adet kamu özel ortaklığı sözleşmesi kurulmuştur⁶⁶. Ayrıca, İngiltere'de 2005-2006 yılları arasında, birleşik sermaye değeri 2,8 milyar Sterlin olan, 53 tane kamu özel ortaklığı hastanesi 25 yıllık işletme süresini doldurmuştur⁶⁷.

⁶⁴ **House of Commons Treasury Committee**, Private Finance Initiative, Seventeenth Report of Session 2010 – 12, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/1146.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2021) s. 55.

⁶⁵ **PPIAF**, (Roads and Highways), s. 30.

⁶⁶ **GÜRKAN**, s. 47.

⁶⁷ **Türk Tabipler Birliği**, "Dünyada Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı: Kavram ve Değişimler", Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu, 2011, s. 15.

İngiltere'de eğitim, yerleşim ve cezaevleri gibi kamu hizmetleri için, KÖİ uygulamalarına sıklıkla başvurulmaktadır⁶⁸. İngiltere'de eğitim hizmetinde kamu özel işbirliği uygulamaları, Okul Yapma Projesi kapsamında 2007 yılından itibaren uygulanmaktadır⁶⁹. Kütüphaneler, öğrenci konaklamaları, akademik olanaklar, sosyal barındırma ve spor olanaklarının geliştirilmesi gibi kamu hizmetlerinin büyük bir bölümü kamu özel işbirliği projeleri ile yürütülmektedir⁷⁰. Bu kapsamdaki pek çok proje tamamlanmıştır, devam eden projeler de bulunmaktadır. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, İngiltere'de eğitim hizmetinde KÖİ uygulamaları çok yaygındır⁷¹.

Sonuç olarak, İngiltere'de KÖİ uygulamaları uzun süredir, sağlık, eğitim, altyapı gibi pek çok kamu hizmeti için, kaynakların verimli kullanılması ve diğer başkaca amaçlarla uygulanagelmektedir.

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerika'da, toplumun yararı için özel sektörden faydalanma fikri ilk defa, 17. yüzyılda ortaya çıkmış, kamu hizmetlerinin görülmesinde özel sektör, geçmişten beri aktif bir rol oynamıştır. 18. yüzyılda ilk kamu alımı gerçekleştirilmiş ve bunun yanında, gerçekleştirilen önemli kara yolu projeleri özel sektör tarafından yapılmıştır; ayrıca ülkenin ilk içme suyu

⁶⁸ GÜRKAN, s. 54.

⁶⁹ GÜRKAN, s. 54.

⁷⁰ **Simmons - Simmons & Grup Law Office**, İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri / England and Wales PPP Law & Contracts, London & İstanbul 2008, s. 73-77.

⁷¹ GÜRKAN, s. 54.

yatırımları özel teşebbüsler tarafından yapılmış ve işletilmiştir⁷². 19. yüzyılda ülkenin batısından doğusuna giden demir yolu projeleri de özel teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmiştir⁷³. Yine 19. yüzyılda, kolera salgınına karşı özel sektör ile işbirliği içine girilmiştir⁷⁴.

Ancak, 1929 yılında yaşanan ekonomik kriz, kıtadaki KÖİ uygulamalarını sekteye uğratmıştır, tekrardan kamu işletmeciliğine dönüşüm sağlanmış, büyük bunalım sonucunda iflas eden özel hukuk kişileri tarafından yürütülen kamu hizmetleri devletleştirilmiş, hizmetin sürekliliği sağlanmıştır⁷⁵.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, her ne kadar ABD’de kamu altyapı yatırımlarına özel sektör katılımı uzun bir geçmişe sahip olsa da, tam manasıyla bugün kullanılan anlamda kamu özel işbirliği sözleşmeleri 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra artış göstermiştir⁷⁶. Başkan Bush yönetimi döneminde, özelleştirme ve özel sektöre hizmet devri yöntemleri, Yönetim ve Bütçe Ofisi tarafından hazırlanan A-76 numaralı yönerge (*circular*) ile

⁷² GÜRKAN, s. 41.

⁷³ EMEK, Uğur, Alt Yapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri, Nisan 2010, s. 89.

⁷⁴ BAYAZIT, s. 20.

⁷⁵ GÜRKAN, s. 41.

⁷⁶ BOARDMAN, Anthony E. / POSCHMANN, Finn / VINING, Aidan R., “North American Infrastructure P3s: Examples and Lessons Learned”, The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience, Massachusetts 2005, s. 165.

özendirilmiştir⁷⁷. Yönerge ekinde her türlü sağlık hizmetinden, ulaştırma, mühendislik, bakım-onarım ve ofis hizmetleri ile çok farklı alanlarda malzeme üretimine kadar birçok faaliyetin idarenin değerlendirilmesine tabi tutularak özel sektöre bırakılması gereken ticari faaliyetler olduğunu belirten bir listeye yer verilmiştir⁷⁸. Bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, ABD'de de, hapisane ve sağlık sektöründe gerekli altyapının sağlanmasının yanında, hizmetin kendisinin sağlanması da, önemli kamu özel işbirliği uygulamaları arasında yer alır⁷⁹. Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, ABD'de KÖİ sözleşmelerine ilişkin federal düzeyde çerçeve oluşturan genel bir düzenleme bulunmamaktadır, bununla birlikte Ulaştırma Bakanlığının yasa taslağı ve eyaletlerin bu doğrultudaki düzenlemeleri mevcuttur⁸⁰.

Konu eyaletler seviyesinde incelendiğinde ise, KÖİ düzenlemesi bakımından farklı uygulamalar olduğu görülmektedir. Belirli bir sektör veya model özelindeki düzenlemeler de buna dahil olmak üzere, 30'dan fazla eyalet KÖİ sözleşmelerine yetki veren yasal düzenlemeler yapmış bulunmaktadır⁸¹. Federal düzeyde kamu özel işbirliği sözleşmeleri

⁷⁷ **GAFFEY, David W.**, “Outsourcing Infrastructure: Expanding the Use of Public-Private Partnerships in the United States”, Public Contract Law Journal, Vol. 39, 2010, s. 357.

⁷⁸ Office of Management and Budget, Circular No. A-76, August 4, 1983 (Revised 1999)

⁷⁹ **GÜRKAN**, s. 42.

⁸⁰ **GÖKYURT**, s. 23-24.

⁸¹ **ALBALATE, Daniel / BEL, Germa / GEDDES, Richard R.**, “Do Public Private Partnership Enabling Laws Increase Private Investment in Infrastructure”, s. 0, http://www.chaire-eppp.org/files_chaire/albalate_et_al.pdf (Erişim: 06.05.2021); **GEDDES, Richard R. / WAGNER, Benjamin L.**, “Why Do US States Adopt Public – Private – Partnership Enabling Legislation”, s. 1,

genelde ulaştırma projeleri ile sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. ABD'de federal hükümet temsilcilerinin, yerel yönetim temsilcilerinin ve özel sektör temsilcilerinin içinde bulunduğu Kamu Özel İşbirliği Milli Konseyi (National Council for Public Private Partnerships-NCPPP) bulunmaktadır; merkezi Washington D.C.'dedir. 1985 yılında kurulmuş olan Konsey, kar amacı gütmeyen bir kurumdur ve siyasi partilerden bağımsızdır. Federal, devlet veya yerel seviyede uygun kamu özel işbirliği uygulamalarının gerçekteşmesini sağlamak konseyin esas amacıdır⁸².

ABD'deki sivil havacılık güvenliği, dünyadaki güvenlik hizmetlerinin özel müteşebbisler tarafından icra edilmesine en iyi örneklerden biridir; nitekim 11 Eylül saldırısında kadar, ABD'deki havalimanlarının güvenliğine ilişkin hizmetler, özel şirketler tarafından sađlanıyordu⁸³. Havacılık sektörü tamamen ticari şirketlerin inisiyatifindeydi, güvenlik politikası ve standartları, bir kamu kurumu olan, Federal Havacılık İdaresi olan FAA (Federal Aviation Administration), tarafından belirleniyor, güvenlik hizmeti, belirlenen standartlarda hizmet vermeyi taahhüt eden, özel hava yolu şirketleri tarafından sađlanıyordu⁸⁴. Bunun neticesinde, sivil havayolu şirketlerinin ticari politikaları sebebiyle, güvenlik hizmetleri yasal minimum standartlara kadar gerilemiş, bu durum pek çok eleştiri

<http://www.ub.edu/graap/Final%20Papers%20PDF/Geddes%20Wagner.pdf> (Erişim Tarihi: 06.05.2021).

⁸² **US House of Representatives Committee on Ways and Means Subcommittee on Select Revenue Measures**, Hearing on The Use of Tax – Preferred Bond Financing, Washington 2006, s. 75.

⁸³ **GÜRKAN**, s. 49.

⁸⁴ **GÜRKAN**, s. 49.

beraberinde getirmiştir. Nitekim, özel güvenlik şirketlerinin düşük performansta çalıştığı, Ulusal Denetleme Ofisi (General Accounting Office) ve Federal Havacılık İdaresi tarafından, 11 Eylül saldırısından 9 gün sonra, rapor edilmiştir⁸⁵. Tüm güvenlik hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından verilmesinin doğru olmadığını, bunun birtakım sakıncalara neden olabileceğinin, en önemli göstergesi, 11 Eylül saldırılarıdır⁸⁶. Ulusal güvenliği etkileyebilecek kamu hizmetlerinin, havalimanı güvenlik hizmeti gibi, özel müteşebbisler tarafından sağlanmasında başka hizmetlere göre, daha dikkatli olunması gerektiği açıktır. Bu tip hizmetlerin, örneğin güvenlik hizmetlerinin, kamu özel işbirliği şeklinde sunulması noktasında, hizmetin niteliğinden ötürü, hizmetin minimum kriterlerinin en kötü ihtimalleri de kapsayacak biçimde, daha ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir ve söz konusu hizmetin uygulanmasına yönelik denetimlerin en efektif şekilde yapılması gerekmektedir⁸⁷.

Amerika'da KÖİ uygulamalarının geçmişine bakıldığında, çok eski tarihlere gidildiği görülmektedir, bir dönem sekteye uğrayan KÖİ uygulamaları bugün, yoğun şekilde kullanılmaktadır.

C. FRANSA

Fransa'da, kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanma konusunda ciddi bir birikim bulunmaktadır, zira imtiyaz sözleşmeleri uygulamasının 16. ve 17. yüzyıllara

⁸⁵ **URYAN, Yıldırım / KAPTI, Alican**, "Güvenlik Hizmetlerinde Devlet-Özel Sektör İşbirliği: Metodoloji ve Kriterler ", Polis Bilimleri Dergisi, C. 13 (1), 2011, s. 164-165.

⁸⁶ **GÜRKAN**, s. 50.

⁸⁷ **GÜRKAN**, s. 50.

kadar giden bir geçmişi vardır⁸⁸. Paris'in içme suyunun temini imtiyazının Perier Brothers'a verilmesi ile Eyfel Kulesinin yapımı, meşhur KÖİ uygulamalarındandır. Ancak KÖİ uygulamalarındaki esas gelişme, 17 Haziran 2004 tarihli Kanun Hükmünde Kararname'nin (*Ordonnance*) yürürlüğe girmesi ile yaşanmıştır. Bu KHK ile KÖİ sözleşmeleri “*contract de partenariat public privé*” olarak isimlendirilen ayrı bir sözleşme türü olarak kabul edilmiş ve merkezi bir KÖİ birimi kurulmuştur⁸⁹. Fransa'da, işbirliği sözleşmeleri (*contrat de partenariat*); uzun süreli idari kiralama (*bail emphytéotique administratif*), uzun süreli hastane kiralama (*bail emphytéotique hospitalier*), kamu mallarının geçici işgali izni (*autorisations d'occupation temporaire du domaine public*) ve bu iznin kira sözleşmesi ile birlikte verilmesi veya erken geri alma (*rachat*) hakkı öngörülen kiralama (*bail avec clause de rachat anticipé*) türlerinden oluşmakta olup; “idare öder” türü sözleşmelerin tamamı kamu özel işbirliği sözleşmeleri kategorisinde (*contrat de partenariat and equivalents*) değerlendirilmektedir⁹⁰. Fransız Anayasa Mahkemesi'nin (*Conseil Constitutionnel*) 26 Haziran 2003 tarihli bir kararı ile Fransa'daki KÖİ modelinin sınırları belirlenmiştir⁹¹. Buna göre KÖİ sözleşmelerinde; devamlılık, eşitlik ve uyarlanabilirlik gibi kamu hizmetinin doğasından gelen üç temel ilkeye riayet edilmesi zorunludur⁹². Yine, yatırım veya hizmetin

⁸⁸ **GÜRKAN**, s. 30-31.

⁸⁹ **EPEC**, France: PPP Units and Related Institutional Framework, 2012, s. 5.

⁹⁰ **GÖKYURT**, s. 31.

⁹¹ Conseil Constitutionnel, 26 Juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, Décision n° 2003-473 DC.

⁹² **GROMITSARIS Athanasios**, “Where is the Public Law Element in Public Sector Contracts? : A Comparison of the British, French and German Points of View”, The Public Private Law Divide: Potential for Transformation?, Londra 2009, s. 261.

aciliyeti ve operasyonel ve teknik olarak karmaşık bir yapıda olması gibi şartlar, bir değerlendirme yapılırken göz önüne alınmalıdır⁹³. 29 Ekim 2004 tarihinde verilen bir Fransız Danıştay (Conseil d'État) kararına göre, KÖİ modellerinin uygulanması bakımından aciliyet gerekçesinin haklı görülebilmesi için somut bir kamu yararının bulunması aranmaktadır. Ayrıca KÖİ'nin belirli bir sektör ve kamu hizmeti alanı ile sınırlı olması ve standart ihale usulünün ciddi bir gecikmeye sebep olması da yine, KÖİ modellerinin uygulanabilmesi için, mevcut olması gereken şartlardandır⁹⁴. Fransız Anayasa Mahkemesi'nin 2 Aralık 2004 tarihli bir kararı vardır⁹⁵. Fransız Anayasa Mahkemesi kararı da bu içtihadı benimsemiştir⁹⁶.

Aciliyetin söz konusu olmayıp, konusu itibarıyla karmaşık yapıda olan bir proje söz konusu olduğunda ise, KÖİ modellerinden birinin uygulanmasına karar verilebilmesi için, idare tarafından bir ön değerlendirme yapılması gereklidir. Bu değerlendirmede klasik ihale yöntemiyle veya imtiyaz usulüyle yapılması seçeneklerinin neden tercih edilmediğinin ve KÖİ'nin ekonomik, idari veya hukuki yönden kazandıracığı avantajların ortaya konulması gerekmektedir⁹⁷. Benzer bir usul İngiltere'de de mevcuttur, İngiliz KÖİ uygulamasında, kamu sektörü karşılaştırıcısı (*public sector comparator*) olarak isimlendirilen uygulama bu

⁹³ **HARTMANN David**, "Public Private Partnerships in France -The Principles and the Legal and Policy Frameworks", *European Public Private Partnership Law Review*, Vol. 1, Issue:1, 2006, s. 36-38.

⁹⁴ **GÖKYURT**, s. 32.

⁹⁵ Conseil Constitutionnel, 2 Décembre 2004, Loi de simplification du droit, Décision n° 2004-506 DC.

⁹⁶ **HARTMANN**, s. 38.

⁹⁷ **GÖKYURT**, s. 32.

analize karşılık gelmektedir⁹⁸. Klasik usullerin teknik olarak karmaşık yapıdaki projelerde uygulanamamasının sebepleri, genellikle gerekli standartların ve teknik özelliklerin veya sözleşmenin yürütülmesinde kullanılacak finansal ve hukuki enstrümanların belirlenmesinde yaşanan zorluklardır⁹⁹.

Fransız KÖİ uygulamalarında, ödemelerin sadece idare tarafından düzenli olarak yapılabildiği modellemeler olduğu gibi¹⁰⁰, idare ile hizmetten yararlananların birlikte ödeme yaptığı usuller de bulunmaktadır¹⁰¹.

Fransa'da kamu özel işbirliklerinin gelişimi bu şekilde olmuş ve pek çok şart getirilmişse de, 2008 ve 2009 yıllarında yapılan düzenlemelerle, KÖİ uygulamaları için aranan şartlar hafifletilmiş¹⁰² ve KÖİ sözleşmelerinin uygulanmasını kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmıştır¹⁰³.

⁹⁸ **HM Treasury**, (Value for Money), s. 5.

⁹⁹ **GÖKYURT**, s. 32.

¹⁰⁰ **GROMITSARIS Athanasios**, s. 257.

¹⁰¹ **EPEC**, s. 7.

¹⁰² **VAN de VYVER, Pierre / REFALO, Marie**, "Extending the Scope of Public-Private Partnerships in France", European Public Private Partnership Law Review, Vol. 4, Issue: 1, 2009, s. 43.

¹⁰³ **EPEC**, s. 5.

D. AVRUPA BİRLİĞİ

Kamu Özel Ortaklığının Avrupa Kıtasındaki geçmişi, daha önceki bölümlerde de belirtildiği üzere, posta hizmetleri, liman ve karayolları gibi kamu hizmetlerinin özel teşebbüsler tarafından yürütüldüğü, 2000 yıl öncesine, Roma İmparatorluğuna kadar gitmektedir¹⁰⁴. Roma İmparatorluğunun çökmesiyle birlikte kaybolan bu uygulamalar, baskı, fırın ve köprü gibi alanlarda 12. ve 13. yüzyıllarda yeniden ortaya çıkmıştır¹⁰⁵. Bu dönemde söz konusu kamu hizmetlerini ifa eden imtiyazcılar elde ettiği gelirin bir bölümünü devlete aktarmıştır¹⁰⁶.

19. yüzyıla gelindiğinde ise, sanayileşme hareketleri ve Fransız Devriminin etkisiyle liberal düşünce akımı yayılmış, tüm bunların etkisiyle kamu özel ortaklığı Avrupa'da sistematik bir şekilde tercih edilmeye başlamıştır¹⁰⁷.

2000'li yıllara gelindiğinde AB Komisyonu, kamu özel işbirliği önündeki yasal engelleri kaldırmak için çalışmalara başlamıştır ve 2004 yılına gelindiğinde, Green Paper (Yeşil Kitap) adında bir kitap yayınlamıştır: Bu kitap ile, kamu özel işbirliklerine

¹⁰⁴ **GÖKYURT**, s. 43.

¹⁰⁵ **GÖKYURT**, s. 43.

¹⁰⁶ **EMEK**, s. 91.

¹⁰⁷ **PİLETİC, Jana Habian**, "The Public-Private Partnership Act of the Republic of Slovenia", *European Public Private Partnership Law Review*, Vol. 3, 2008, s. 174.

uygulanacak Avrupa Topluluğu Hukuku tartışmaya açılmış ve kamu özel işbirliği modelinin uygulanmasını artıracak yöntemlerin arayışları başlatılmıştır¹⁰⁸.

Bu çalışmaların sonuç verdiği söylenebilir: Zira, 2001-2008 yılları arasında AB ülkelerinde imzalanan 751 kamu özel işbirliği sözleşmesinin toplam bedeli 97,6 milyar Euro'dur¹⁰⁹. KÖİ uygulamalarının en yaygın olduğu ülke olan, Birleşik Krallık toplam proje miktarının %63'üne ve toplam proje sayısının %73'üne sahiptir, diğer ülkelerde de KÖİ uygulamalarının yaygınlaşması için çeşitli düzenlemeler ve çalışmalar yapılmıştır. Günümüzde Brexit süreci ile birlikte Birleşik Krallık artık AB üyesi değildir, Birleşik Krallığın ardından AB'nde kamu özel ortaklığı projelerini en etkin kullanan ülkeler; Almanya, İspanya ve Fransa'dır¹¹⁰.

Portekiz, kamu özel işbirliğinin yaygın bir şekilde kullanım alanı bulduğu ülkelerden biridir; Portekiz'deki kamu özel işbirliği uygulamalarının içeriği genel olarak, tasarım, inşa, yönetim şeklinde özetlenebilir; Portekiz Hükümeti kamu özel işbirliklerini hayata geçirmek, yönetmek ve gerekli denetimleri yapmak için merkezi idare içerisinde ayrı bir kamu özel işbirliği birimi kurmuştur¹¹¹. 2009 yılı Portekiz'de KÖİ uygulamalarına çokça rastlanan bir

¹⁰⁸ GÖKYURT, s. 43.

¹⁰⁹ GÖKYURT, s. 43.

¹¹⁰ IFSL (2009) verilerine göre 2001 ile 2008 arasında Almanya 40, İspanya 38, Fransa 34 kamu özel ortaklığı sözleşmesine imza atmıştır.

¹¹¹ GÖKYURT, s. 44.

yıl olmuştur ve kamu özel işbirliği projeleri ile yürütülen kamu hizmetlerine harcanan bütçe toplam 1 milyar 595 milyon Euro'yu bulmuştur¹¹².

İspanya hükümeti, PPP projelerinin kapsamını, topluma daha iyi hizmet verebilmek için genişletmiştir. Otopark, toplu taşıma, spor kompleksleri, yaşlı insanların ve kadın derneklerinin desteklenmesine ilişkin hizmetler, bu kapsamda, PPP projeleri ile topluma sağlanacak hizmetler arasındadır¹¹³. Bunun yanında, İspanya'da sağlık alanında birçok kamu özel işbirliği uygulamasına imza atılmıştır, bu projelerin en önemlisi Madrid'deki 9 hastanenin 1.4 milyon Dolara inşa edilmesidir, hastanelerin mülkiyeti devlete aittir, özel hukuk kişileri ile, onlara, çeşitli koşullar altında, belirli miktarda ödeme yapılmasını öngören, uzun süreli sözleşmeler imzalanmıştır¹¹⁴.

Finlandiya'da uygulanan kamu özel işbirlikleri genelde enerji hizmetine ilişkindir, özel kurallara bağlanmış çeşitli imtiyazlar öngörülmüştür, Finlandiya'da bu sözleşmeler özel

¹¹² **ANDRADE, Alexandre / SANTOS, R., André**, "Public Private Partnership in Portugal-The Legal Structure of the Public-Private Partnership Contract and the Peripheral Contract ", EPPL (European Procurement & Public Private Partnership) , S. 1, 2010, s. 47.

¹¹³ **TORRES, Laurdes / PÍNA, Vicente / ACERETE, Basilio**, "Public-Private Partnerships in Spanish Local Governments", European Business Organization Law Review 4, 2003, s. 429-452.

¹¹⁴ **ERSÖZ, Melis**, Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında Public Private Partnership Uygulamaları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 9.

hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir ve genel yasalar ile sözleşme hukuku çerçevesinde yürütülmektedir¹¹⁵.

İsveç'te, yüksek gerilim hatlarının yapımı ve/veya işletilmesi noktasında, enerji hizmetine ilişkin kamu özel ortaklığı projelerine ilişkin imtiyazlar vardır. Özel müteşebbis, yüksek gerilim hatlarının yapımı ve/veya işletilmesini ilişkin sözleşme ortağıdır, sadece şebeke faaliyetlerinden sorumludur. Elektrik şebekelerine ilişkin bu imtiyazlar, İsveç Enerji Kurumu veya Hükümet tarafından verilmektedir¹¹⁶.

Norveç, enerji hizmetinin sunumunda imtiyaz usulünün uygulanabileceğini öngörmüştür. Norveç'te enerji hizmetinin sunumuna ilişkin kamu özel işbirliği sözleşmeleri ve bu işbirliklerine konu idari işlemlerin işlevsel yapısı incelendiğinde, bunların kamu hukuku sözleşmelerine çok benzer olduğu görülmektedir¹¹⁷.

Çek Cumhuriyeti'nde de yine, enerji sektörüne ilişkin kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılan KÖİ projeleri vardır; kurulan kamu özel işbirlikleri incelendiğinde bu işbirliklerinin imtiyazlara dayandırıldığı görülmektedir¹¹⁸.

¹¹⁵ **TALUS, Kim**, "Enerji'de Kamu Özel Ortaklığı Avrupa'da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının ve İdari İşlemlerinin Sonlandırılması ", Çev. **CANTÜRK, Gözde**, TBB Dergisi, S. 84, 2009, s. 366.

¹¹⁶ **TALUS**, s. 367.

¹¹⁷ **TALUS**, s. 369

¹¹⁸ **GÜRKAN**, s. 52.

İrlanda'da ise son yedi yıl içerisinde tamamlanan 4, devam eden 6 kara yolu projesi kamu özel işbirliği ile yürütülmektedir¹¹⁹.

Danimarka ve Hollanda eğitim hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu özel sektör işbirliğinin kullanılmasında yüz yıldan fazla bir geçmişe sahiptir. Son dönemde, eğitim hizmetlerinin yerine getirilmesinde, bazı Afrika ve Asya ülkeleri de özel sektör ile işbirliğine başvurmaktadır. Fakat, yoksul ailelerin çocuklarının da bu hizmetlerden faydalanabilmesi için bu ülkeler, okul maliyetlerini düşük tutmaktadır¹²⁰.

Avusturya, Belçika, Estonya, Fransa, Portekiz ve İspanya gibi AB ülkelerinin bazılarında, eğitim hizmetinde kamu özel işbirliği uygulamaları henüz tartışma aşamasındadır; bir önceki paragrafta bahsedilen Danimarka ve Hollanda'nın yanında Almanya, Macaristan ve İrlanda'da da eğitim hizmetinde çok sayıda kamu özel işbirliği projesi geliştirilmiş ve bu projelerin birçoğu da tamamlanmıştır¹²¹. Nitekim, İrlanda'da eğitim sektöründe kamu özel işbirliği uygulamalarına ilişkin, 2012 yılının Nisan ayında çeşitli düzenlemeler yapmış ve 7 yıllık bir kamu özel işbirliği bütçe planı çıkartmıştır¹²².

¹¹⁹ GÜRKAN, s. 46.

¹²⁰ BARRERA – OSORIO, Felipe / PATRINOS, Harry Anthony / GUAQUETA, Juliana, The Role and Impact of Public-Private Partnerships in Education, Washington 2009, s. 16.

¹²¹ SARISU, Ayhan, Kamu & Özel İşbirlikleri (Public Private Partnership-PPP), Ankara, 2009, s. 214.

¹²² GÜRKAN, s. 54.

Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, Avrupa Birliği ülkelerinde kamu özel işbirliği uygulamalarına sık rastlanmaktadır. KÖİ projeleri pek çok farklı alanda, (ulaşım, enerji, eğitim vb.) uygulanmaktadır.

E. DİĞER ÜLKELER

ABD, Birleşik Krallık, Fransa ve diğer Avrupa Birliği ülkeleri dışındaki birçok ülke kamu özel işbirliği projelerini uygulamakta, bunun yanında bu projelerin yapılması ve uygulaması görevlerini yürütecek çeşitli teşkilatlanmalar oluşturmaktadır. Aşağıda bu uygulamalara dair birkaç örnek verilecektir.

Avustralya'da, kamu özel işbirliğine ilişkin genel bir yasa olmamakla birlikte¹²³, kamu özel işbirlikleri piyasa riskinin tümüyle özel sektörde olduğu hapisane, hastane ve okul gibi altyapıları kurmak için kullanılmaktadır; kamu özel işbirlikleri Federal Hükümet ve Queensland Genel Direktörlüğü adına Maliye ve İdare Bakanlığı tarafından kontrol edilmektedir¹²⁴.

Japonya'da su - atık yönetimi, eğlence tesisleri, sağlık, eğitim ve toplu konut gibi bazı sektörlerde önemli kamu özel işbirliği sözleşmeleri imzalanmış olmakla birlikte, kamu özel işbirliği projelerinin en çok uygulandığı yatırımlar, demiryolu hizmetleridir¹²⁵; Japonya

¹²³ **GÜRKAN**, s. 54.

¹²⁴ **SARISU**, s. 240

¹²⁵ **GÖKYURT**, s. 45.

kamu özel işbirlikleri için 1999 yılında bir teşvik yasası çıkartmış ve kamu özel işbirliği projelerini desteklemiştir¹²⁶. Eğitim hizmeti alanında ise, birçok kamu özel işbirliği projesi geliştirilmiş, bu projelerin birçoğunun uygulamasına başlanmıştır¹²⁷. Dünyada, eğitim hizmeti alanında kamu özel işbirliği uygulamalarını, İngiltere'den sonra en çok hayata geçiren ülke Japonya'dır¹²⁸.

Kanada'da, İngiliz Kolombiyası en çok KÖİ faaliyetinin yapıldığı yer olmuştur; Denizden Gökyüzüne Otoyol, Vancouver Hızlı Geçişi ve Richmond Havaalanı projeleri, 2004 yılından bu yana, ünlü KÖİ uygulamalarıdır¹²⁹. Kanada'da kamu özel işbirliği konularında hükümete tavsiyelerde bulunan, Kamu Özel İşbirliği Birimi (Agence des Partenariats Public Prive), kurulmuştur¹³⁰. Bunun yanında, Kanada Kamu Özel Sektör İşbirlikleri Konseyi (The Canadian Council for Public-Private Partnerships), 1993 yılında, kamu özel ortaklığı projelerinin ilerlemesini sağlamak için, kurulmuş, kâr amacı gütmeyen ve siyasi bir kimliği olmayan bir kuruluştur¹³¹.

¹²⁶ SARISU, s. 242-243.

¹²⁷ GÜRKAN, s. 55

¹²⁸ SARISU, s. 216.

¹²⁹ **The Canadian Council for Public-Private Partnerships**, Public-Private Partnerships: A Guide for Municipalities, Kanada 2011, s. 60.

¹³⁰ GÖKYURT, s. 45.

¹³¹ **The Canadian Council for Public-Private Partnerships**, s. 6.

Rusya, dünyada kamu özel işbirliği projelerinin yaygınlaşmasına rağmen, çok az sayıda kamu özel işbirliği projesi uygulayan ülkelerden biridir¹³²; geçmişte meşhur kamu özel işbirliği örneklerinden Trans – Siberian demiryollarına ev sahipliği yapmış ülkede, 2005 yılında yürürlüğe giren İmtiyaz Kanunu dışında herhangi bir kamu özel işbirliği düzenlemesi yoktur¹³³.

Güney Afrika, kamu özel işbirliği projelerini 2000 yılından beri etkin bir şekilde uygulamaktadır; ülkede sağlık, konut, turizm ve hapisane gibi çok çeşitli hizmet alanlarında kamu özel işbirliği uygulamaları vardır¹³⁴. Bu ülkede merkezi bir kamu özel işbirliği teşkilatı mevcuttur, sağlam bir yasal temele dayanan bu teşkilat, kamu özel işbirliği faaliyetleri ve iş akışını izlenmektedir¹³⁵.

Meksika, kamu sektörü ile özel sektörün işbirliği içinde yürüttüğü projelerin yaygın olduğu bir başka ülkedir. Demiryolu, temiz/atık su ve havaalanı projeleri, bunların başında gelmektedir; kamu özel işbirliği benzeri uygulamaların söz konusu olduğu diğer sektörler; hapisane, eğitim, sağlık, ve karayolu projeleridir¹³⁶. Kamu özel işbirliğine ilişkin yönetmelikler, Meksika'da, federal seviyede kabul edilmiştir ve mevcut yasalar kamu özel

¹³² **GÖKYURT**, s. 45.

¹³³ **BUTTON, Maurice**, A Practical Guide to PPP in Europe, Londra 2006, s. 325.

¹³⁴ **GÖKYURT**, s. 45.

¹³⁵ **SARISU**, s. 242.

¹³⁶ **GÖKYURT**, s. 46.

işbirliği karakteristiğine uygun hale getirilmiştir¹³⁷. Meksik’da kamu özel işbirliği projeleri, Başkanlık ve Maliye Bakanlığı tarafından aktif bir şekilde desteklemektedir¹³⁸.

Şili ve Malezya’da ise çok sayıda kamu özel ortaklığı projesi geliştirilmiş, uygulanmaya başlanmış ve bu projelerden birçoğu da tamamlanmıştır¹³⁹.

Yukarıda verilen örnek ve bilgileri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, biz buraya kadar anlattıklarımızın, kamu özel işbirliğinin dünya genelindeki uygulama örnekleri ile ilgili fikir vermek için yeterli olduğu kanaatindeyiz.

III. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELLERİ

Daha önce de farklı şekillerde değinildiği üzere, hizmetin, sektörün, projenin, tarafların, siyasi etkileşimin, konjonktürün ve sair faktörlerin gereklerine göre ve diğer birçok farklı bileşenin iktisadi ve başka çeşit faydalar elde edebilecek şekilde birleşmesi niteliğinde olan kamu özel işbirliklerinde birbirinden farklı çok model kurulması mümkündür¹⁴⁰. Aşağıda bu modellerin isimleri sıralandıktan sonra, yaygın olan birkaç tanesine daha detaylı değinilecektir. Şunu unutmamak gerekir ki, kamu özel işbirliklerinin niteliği gereği, sınırsız

¹³⁷ **GÖKYURT**, s. 46.

¹³⁸ **IMF**, s. 35-36.

¹³⁹ **GÜRKAN**, s. 55.

¹⁴⁰ **KEŞLİ**, s. 266.

model üretilmesi mümkündür¹⁴¹. Nitekim bunun bir sonucu olarak, kamu özel işbirliği için pek çok farklı model geliştirilmiş bulunmakta ve geliştirilmeye devam etmektedir.

KÖİ şemsiye bir kavramdır, pek çok modeli içinde barındırır. Bir şemsiye kavram olan kamu özel işbirliğinin dünya literatüründe kabul görmüş bir kavram olmakla birlikte herkesçe kabul edilen bir tanımının olmadığına önceki bölümlerde değinmiştik. Bunun bir sonucu olarak, dünyada hangi modellerin KÖİ modeli olduğu konusunda da görüş birliği yoktur¹⁴². Devletler, Dünya Bankası ve IMF gibi uluslararası aktörler, ihtiyaçların, idari yapıların, kamu hizmeti anlayışlarının farklı olması nedeniyle, birbirinden farklı modelleri KÖİ kapsamında kabul etmektedirler¹⁴³. Aşağıda öncelikle, dünya genelinde KÖİ modeli adı altında uygulanan modellere ismen yer verilecek, ardından hemen tüm dünya genelinde KÖİ modeli olarak kabul edilen birkaç başlıca model daha ayrıntılı açıklanacaktır.

- Tasarla İnşa Et Yönet Finanse Et (*Design-construct-manage-finance*)
- Tasarla Yap İşlet (*Design-build-operate*)
- Tasarla Yap Finanse Et İşlet (*Design-build-finance-operate*)
- Yap Sahip Ol İdame Et (*Build-own-maintain*)
- Yap Sahip Ol İşlet (*Build-own-operate*)
- Yap Geliştir İşlet (*Build-develop-operate*)
- Yap İşlet Devret (*Build-operate-transfer*)

¹⁴¹ KEŞLİ, s. 266.

¹⁴² EVREN, s. 347.

¹⁴³ EVREN, s. 347

- Yap Sahip Ol İşlet Devret (*Build-own-operate-transfer*)
- Yap Kirala Devret (*Build-rent-transfer*)
- Yap Kirala Sahip Ol - Devret (*Build-rent-own-transfer*)
- Yap Kirala İşlet Devret (*Build-lease-operate-transfer*)
- Yap Devret İşlet (*Build-transfer-operate*)
- Al Yap İşlet (*Buy-build-operate*)
- Kirala Sahip Ol İşlet (*Lease-own-operate*)-veya Kirala Geliştir İşlet (*Lease-develop-operate*)¹⁴⁴

Bu noktada, tekrar şu hususu vurgulamak isteriz ki; yukarıda sıralanan modellerin üzerinde uzlaşmış tanımları yoktur, bunun yanında her bir model içerik olarak da, ülkeden ülkeye veya hizmetten hizmete farklılık gösterebilmektedir¹⁴⁵.

Doktrinde, modellerin çok çeşitli olmasının KÖİ projelerinde esneklik sağlayacağı, bu sebeple, kamu özel işbirliklerine ilişkin olarak hazırlanacak kanunlarda model sınırlaması getirilmemesi ve idarenin dilediği modeli kullanmasının önünün açılmasının daha doğru olacağı yönünde görüş mevcuttur¹⁴⁶. Esasen modellerin isimlendirilmesi noktasında da görüş

¹⁴⁴ **GÖKYURT**, s. 51; **EVREN**, s. 349-351.

¹⁴⁵ **DELMON, Jeffrey**, Understanding Options For Public-Private Partnerships In Infrastructure Sorting Out The Forest From The Trees: BOT, DBFO, DCMF, Concession, Lease..., 2010, s. 8.

¹⁴⁶ **YESCOMBE**, s. 16.

birliği yoktur; örneğin yap işlet devret modelinin kimi zaman “tasarla yap işlet bakımını yap” olarak adlandırıldığı da olmaktadır¹⁴⁷.

Yukarıda sıralanmış bulunan KÖİ modeli isimlerinden yola çıkarak bir çıkarım yapmak gerekirse, şu söylenebilir ki, KÖİ modeli olarak kabul edilen yöntemler isimlendirilirken, büyük kısmında projelerin özel sektöre devredilecek unsurları harmanlanmaktadır¹⁴⁸. Ne var ki, modellerin ismiyle özel sektöre devredilen proje unsurları arasında da her zaman tam ve eksiksiz bir uyum söz konusu değildir. Bazı modellerde “finansman” unsuru ismen belirtilirken, bazılarında belirtilmemekte; ancak yine de, hemen her modelde finansman sağlama yükümlülüğü özel sektörde olmaktadır. Örneğin; yap işlet devret, yap işlet veya yap kirala devret modelleri isimlendirilirken, finansman unsuruna açıkça yer verilmemiştir, ancak modellerin ortaya çıkışında yatan temel gerekçelerden biri özel sektör finansmanıdır. Benzer başka bir örnek ise; yap işlet devret modelinde işletme süresi boyunca tesislerin bakım ve yenileme yükümlülüğü proje şirketine ait olmakla birlikte, modelin isminde bakım unsurunun yer almamasıdır. Tesislerin bakımını yapmanın, proje şirketinin tesisleri işletebilmesi için gerekli bir yükümlülük olduğu söylenebilecekse de, bu durum bu bakım unsuruna isimlendirmede yer verilmediği gerçeğini değiştirmemektedir. Kamu özel işbirliklerinin temel özelliklerinden biri olan “risk dağılımı” unsuru, özel sektöre

¹⁴⁷ ADAIR, A. / BERRY, J. / GULATI, M. / HARAN, M. / HUTCHINSON, N. / KASHYAP, A. / MCCORD, M. / MCGREAL, S. / OYEDELE, J. / TIWARI, P., The Future of Private Finance Initiative And Public Private Partnership, Research Report, London 2011, s. 94.

¹⁴⁸ EVREN, s. 321.

devredilen unsurlar esas alınarak isimlendiren modellerde, isimlendirmede vurgulanmayan bir diğerk önemli unsurdur¹⁴⁹.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra, taraflara dağıtılan hukuki yükümlülüklerin ne olduğunu ve sözleşmenin niteliğini tespit etme noktasında, sözleşmenin adının bir öneminin olmadığı, hükümlerini incelemek gerektiği söylenebilir. Hangi modelin kullanılması gerektiği çeşitli esaslar göz önünde bulundurularak, idare tarafından belirlenmelidir, zira bütün ihtiyaçları karşılamaya uygun tek bir model yoktur. Her modelin artıları olduğu gibi eksileri de vardır. İdare; hizmetin özelliklerini, teknolojik gelişmeleri, ülkenin politik, hukuki, sosyokültürel durumunu, özel sektörün gelişmişlik düzeyini, projenin teknik ve mali özelliklerini göz önünde bulundurarak ihtiyacına göre kullanacağı modeli seçmeli, gerekirse yaratmalıdır¹⁵⁰. Bu noktada şunu da belirtmek isteriz ki, KÖİ projelerinde başarı için gerekli kriterler genel olarak, dengeli risk dağılımı, etkili hukuki düzenlemeler ve proje öncesi yapılan ve “due-diligence” olarak isimlendirilen sürecin gereği gibi yapılmasıdır¹⁵¹.

Yukarıda sıralanan pek çok olası model içinden en fazla kullanılanları, aşağıda daha detaylı incelenmiştir. Şu unutulmamalıdır ki, bu modellerin hepsinin belirli unsurları

¹⁴⁹ **YESCOBE**, s. 13.

¹⁵⁰ **ESCAP**: A Guidebook On Public-Private Partnership In Infrastructure, Bangkok 2011, s. 10.

¹⁵¹ **KERSCHBAUMER, Katja**, “Public Private Partnerships In Eastern Europe: Case Studies From Lithuania Republika Srpska And Albina”, Eurohealth, Volume 13, London 2007.

içermesi gerekmektedir, sadece özel sektörün katılmış olması bir yatırım projesinin KÖİ olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Örneğin, sadece bir tesisin yapımını içeren bir uygulama KÖİ olarak değerlendirilemez¹⁵².

1. YAP İŞLET DEVRET

Normal şartlar altında kamu idareleri tarafından yürütülen ve kamu hizmeti niteliğinde olan altyapı tesislerinin; özel sektör tarafından finanse edilmesi ve kurulmasını, özel sektörün yatırım maliyeti amortismanı ve ekonomik fayda sağlamak amacıyla kamusal hizmeti belirlenen süre işletmesini ve daha sonra da herhangi bir bedel talep etmeden idareye devrini/teslimini öngören bir yöntemle Yap İşlet Devret (YİD) modeli denir¹⁵³. YİD modelinde idare tarafından seçilen bir özel kişi tarafından, bir altyapı tesisi finanse edilmekte, tasarlanmakta, yapılmakta, işletilmekte ve belirlenen sürenin bitiminde idareye veya ihaleyle belirlenecek yeni bir özel kişiye devredilmektedir¹⁵⁴. 1980'li yıllardan itibaren ekonomide kamu payının azaltılması düşüncesi ve özelleştirme akımının etkisi, ayrıca özel sektörün bilgi ve birikiminden, finansal kaynaklarından yararlanma gibi sebeplerle YİD modeli ortaya çıkmıştır. Hem merkezi idare hem de yerel yönetimler YİD modelini uygulamaktadır¹⁵⁵. YİD

¹⁵² **YESCOBE**, s. 5.

¹⁵³ **GÜNDAY, Metin**, İdare Hukuku, Ankara, 2017, s. 670.

¹⁵⁴ **UNCITRAL**, Legislative Guide On Privately Financed Infrastructure Projects, New York, 2001, s. 5; **EIC**, EIC White Book on BOT/ PPP, Germany 2003, s. 35.

¹⁵⁵ **KUBİLAY, İlkay Sanem**, Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı Şehir Hastanesi Örneği, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 70.

modeli en bilinen modeldir ve hatta kamu özel işbirliklerinin temel modelidir¹⁵⁶. Nitekim doktrinde diğerk modellerin YİD modelinden türediğı şeklinde bir görüş¹⁵⁷ mevcut olup çeşitli eserlerde, YİD ve benzeri modeller şeklinde ifadelere yer verilmiştir¹⁵⁸. Sözleşme süresinin bitimini müteakip, özel şirket tarafından kurulan ve işletilen hizmetler, borçtan arındırılmış ve çalışır vaziyette ilgili kuruma devredilmektedir. Bu modelin amaçlarından biri de ileri teknoloji ve yüksek sermaye gerektiren kamusal hizmetin, kamuya yatırım maliyetinin azaltılmasıdır¹⁵⁹. Şirketler finansmanı kendileri sağlayacak olmalarına rağmen, YİD kapsamındaki yatırımların inşasını tamamladıktan sonra, belirli bir süre işletilmesi sonucunda kâr elde edecek olmaları nedeniyle, bu tür yatırımları gerçekleştirmeyi üstlenmek isterler. Özel sektör tarafı projeyi fizibil bulması durumunda yatırım yapacak ve yaptığı yatırımları işletme döneminde kârıyla birlikte geri alacaktır. Yine de şirketin zarar etmesi ihtimali de mevcut olup, bu durum esas itibariyle kamu idaresini ilgilendirmemektedir. Ancak ülkemizde çoğu YİD projesinde, sözleşmenin tarafı olan kamu idaresi veya hazine tarafından, çeşitli garanti mekanizmalarıyla özel sektörün bu riski paylaşılmakta, hatta çoğu durumda özel sektörün zarar etme riski ortadan kaldırılmaktadır. Ülkemizde en çok

¹⁵⁶ **GRIMSEY, Darrin / LEWIS K. Mervyn**; “Developing a Framework for Procurement Options Analysis”, Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships, New York 2009, s. 410.

¹⁵⁷ **ADB**, s. 27.

¹⁵⁸ **YILMAZ, Osman**: Yap İşlet Devret Modeli Ve Türkiye Uygulaması, (Yayımlanmış DPT Uzmanlık Tezi), Ankara 1999, s. 44.

¹⁵⁹ **KUBİLAY**, s. 72.

kullanılan KÖİ modeli yap işlet devrettir¹⁶⁰. Ülkemizde YİD modeli hakkında çok sayıda düzenleme yapılmış olup, en çok ulaştırma sektörü için kullanılmaktadır. Modelin ülkemizde ulaşımdan sonra ağırlıklı olarak uygulandığı sektör enerjidir¹⁶¹. Bu modele ilişkin daha detaylı açıklamalar, çalışmamızın İkinci Bölümünde yapılacaktır.

2. YAP İŞLET

Mülkiyeti özel sektöre ait olan tesisin, kurulmasını, işletilmesini ve işletme süresince üretilen bu hizmetin belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde devlet tarafından alınmasını düzenleyen model, Yap İşlet (Yİ) modelidir¹⁶². Yap Sahip ol İşlet olarak da adlandırılmaktadır. Yap işlet usulünün diğer çoğu modelden ayrıldığı nokta, kurulacak altyapı tesisinin mülkiyetinin özel şirkete ait olması ve bu tesisin sonradan kamu idaresine devredilmesinin zorunlu olmamasıdır¹⁶³. Yani, tesislerin mülkiyeti özel sektördedir ve idarenin tesisleri devralma veya satın alma gibi bir yükümlülüğü yoktur¹⁶⁴. Yap işlet modeli özel sektörün finansman sağladığı, tesislerin tasarımı, yapımı, bakımı ve işletmesi işlerini üstlendiği modeldir. Bu modelde özel sektör projenin mülkiyetine de kendisi sahiptir¹⁶⁵. Bu

¹⁶⁰ **Kalkınma Bakanlığı**, *Dünyada ve Türkiye'de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler*, Ankara 2017, s. 25.

¹⁶¹ **ERSÖZ**, s. 161.

¹⁶² **KEŞLİ**, s. 266.

¹⁶³ **ERSÖZ**, s. 158.

¹⁶⁴ **United States General Accounting Office (GAO)**: *Public-Private Partnerships, Terms Related to Building and Facility Partnerships*, Washington 1999, s. 3.

¹⁶⁵ **ADAIR, A. ve diğerleri**, s. 94.

model genelde, elektrik üretim tesisi kurma ve işletme hizmetlerinin ruhsat ve sözleşme karışımı bir usul ile özel şirketlere gördürülmesi ile karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁶. Nitekim, bu model Amerika'da geliştirilen enerji satın alma sözleşmelerinin ilk türüdür¹⁶⁷. Yap işlet modeli kapsamında gördürülecek hizmetler için, ayrıcalıklı şirketler yaratıldığı gerekçesi ile, rekabet açısından eleştirilere maruz kalmış bir modeldir¹⁶⁸.

Belirli bir işletme dönemi sonrasında kamuya devredilen tesislerin kamuya bir yararının olmayacağını öne sürerek, yap işlet devret modelinin zamanla yap işlet modeline dönüşmeye başladığını/başlayacağını belirtenler olsa da¹⁶⁹, biz bu görüşe katılmamaktayız. Esasen bu durum doğru planlama, sunulması söz konusu hizmet için en uygun modelin seçilmesi ile ilgilidir. Kamu özel işbirliği modellerinin doğru sektörlerde uygulanması halinde, böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, şirketin tesisin sahibi olmasının ve süresiz olarak tesislerin işletilmesinden hasılat elde etmesinin, özel sektörün bu projelere katılımını artıracığı yönünde kayda değer bir görüş bulunmaktadır¹⁷⁰. Ancak devletler genelde, yap işlet devret modelini bu modele tercih etmekte ve özel hukuk kişinin işletme faaliyetlerine devam etmesini istiyorsa, sözleşme

¹⁶⁶ **GÜNDAY**, s. 328.

¹⁶⁷ **YESCOBE**, s. 7.

¹⁶⁸ **ERSÖZ**, s. 158.

¹⁶⁹ **KEŞLİ**, s. 470.

¹⁷⁰ **KEŞLİ**, s. 470.

süresinin sonunda şirketlerle tekrar sözleşmeye oturma yolunu seçmektedirler¹⁷¹. Esasen bize göre, devletler için kârlı olan da budur.

Modelin amacının idarenin ihtiyaç duyduğu altyapı ve tesislerin oluşturulmasında özel sektör finansmanından yararlanmak olduğuna şüphe yoktur; ancak kamu özel işbirliklerinde devir unsurunun zorunlu olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur, bu görüşe göre yap işlet modelinde, tesislerin mülkiyeti özel sektörde kalmakta ve idare bu tesislere hiçbir zaman sahip olamamaktadır, bu nedenle bu modelin KÖİ modeli olarak değerlendirilmemesi gerekir. Bu görüşü savunanlar görüşlerini KÖİ uygulamalarının amacı, idarenin o anda mali kaynakları ile yerine getiremediği altyapı tesislerinin zaman kaybetmeden yapılmasıdır, savunması ile temellendirmektedirler¹⁷². Ancak kolayca anlaşılacağı üzere, bu görüş kendi içinde çelişmektedir.

Kaldı ki, kimi yatırımların, kullanım ömrü, sözleşme süresi kadardır. Bu yatırımlar bakımından, YİD modeli uygulanması durumunda, işletme süresinin bitiminde kamuya devredilen yatırımın uzun vadeli bir katkısının bulunmayacağı düşünülüyor durumlarda, Yİ modelinin kullanılmasının daha uygun olacağı açıktır¹⁷³. Önemli olan kamunun bu hususu doğru şekilde analiz edip, kendisi için en avantajlı yöntemi seçmesidir. Uygulamada, işletme

¹⁷¹ **YERLİKAYA, Gökhan Kürşat**, Yap İşlet Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara 2002, s. 43.

¹⁷² **EVREN**, s. 359.

¹⁷³ **BAYAZIT**, s. 137.

süresinin bitiminde müteahhit tesisi tahliye edebildiği gibi, istenilmesi ve anlaşılması halinde, işletme süresi yeni şartlarla uzatılabilmektedir¹⁷⁴.

3. YAP KİRALA DEVRET

Yap Kirala Devret (YKD) modelinde, özel kişiler proje konusu tesisi inşa etmekte ve bu tesisi belirli bir süre için ve belirli bir bedel üzerinden kamu idaresine kiralamakta, ayrıca tesisin işletmesini üstlenmektedir¹⁷⁵.

Proje şirketi sözleşmeye konu eseri yapmakta, sözleşme süresi boyunca sözleşmede kararlaştırılan hizmetleri ifa ederek eseri işletme hakkına sahip olmakta, ayrıca yaptığı eseri kamu idaresine kiralayarak idare tarafından kira bedeli adı altında ödeme almaktadır¹⁷⁶. Yani tesisi kiralayan kamu idaresi, tesisi yapan şirketlere hem kira ödemesi yapmakta hem de tesiste verilecek “çekirdek hizmet” dışındaki hizmetlerin ifasını bu şirketlere devretmektedir¹⁷⁷. Tesisin, sözleşmede belirlenen sürenin sonunda kamu idaresine devri gerçekleşmektedir.

¹⁷⁴ **KALÇA, Adem**, “Yap İşlet Devret (YİD) Modeli ve Türkiye Uygulamaları”, Banka ve Ekonomi Yorumları Dergisi, Y. 35, S.5, 1998, s. 29.

¹⁷⁵ **KEŞLİ**, s. 277.

¹⁷⁶ **KARAGÖZ, Dilek**, Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 16.

¹⁷⁷ **ERBAŞ, Özgür/ YAVUZ, Cavit Işık/ İLHAN, Bayazıt**, s. 8.

Yap kirala devret modeli kapsamında kurulacak tesisin yurt binası, okul ve hastane olmasına göre, yapılacak yatırım ve yürütülecek faaliyetler dolayısıyla tarafların akdettiği sözleşmenin içeriği ve hukuki niteliği farklılık gösterse de, özünde yap işlet devret modelinde olduğu gibi bu yap kirala devret sözleşmeleri de bir eser inşa edilmesi ve onun kiralanması esasından dizayn edilecektir¹⁷⁸. YKD modelinde, kamu hizmetinin yürütülmesi için hazine mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde, özel sektör lehine bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmekte, inşa edilecek yapılar özel sektör tarafından yapılmakta ve kamuya kiralanmaktadır¹⁷⁹.

Yap kirala devret için doktrinde yapılmış buraya kadar anlatılanları kapsayıcı bir tanım vardır: “*Yap kirala devret, kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, çekirdek hizmet alanının belirli bir süre için idareye kiralandığı, gerekli hallerde yatırım kapsamındaki diğer mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından işletildiği ve yapının mülkiyetinin, kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir.*”¹⁸⁰. Şunu da belirtmek gerekir ki, yapılacak olan yapının tasarımının da, taraflar arasındaki anlaşma uyarınca, özel sektöre bırakıldığı durumlar mevcuttur.

Bu noktada, YKD modelinin bir özel finansman girişimi örneği olduğunu da belirtmek gerekir. Zira, kamu hizmetlerinin geliştirilmesinde ve modernleştirilmesinde önemli yeri olan bir KÖİ modeli olan, özel finansman girişiminde (private finance initiative-PFI),

¹⁷⁸ **KARAGÖZ**, s. 16.

¹⁷⁹ **KUBİLAY**, s. 73.

¹⁸⁰ **BAYAZIT**, s. 138.

kamusal mal, yapının kontrolü, sorumluluğu ve mülkiyeti yükleniciye ait olmaktadır. Detaylarında farklılıklar göstermekle birlikte, genelde proje şirketleri, PFI projelerinde, kamu binalarının, hastane, okul gibi inşa edilmesi, yenilenmesi ya da tamir edilmesi için kendi finansmanları ile yatırım yapmakta, işletme süresince, temizlenmesi ve bakım, onarımın yapılması, gibi sorumlulukları üstlenmektedir; sözleşme ile kararlaştırılan standartlar sağlandığı sürece, idareler, bu tesisleri kullanmak için aylık ücret öderler ve sözleşme süresinin sonunda ise binaların kontrolünü kazanırlar. Hatırlanacağı üzere, özel sektörün tesisi yaptığı, fiziksel donanımını sağladığı, belirlenen süre boyunca belirlenen alanları işlettiği ve sonunda tesisi kamuya devrettiği, idarenin ise, her yıl özel sektöre kira ödediği, ve başkaca kararlaştırılan ödemeleri yaptığı model, Yap Kirala Devret modelidir¹⁸¹.

IV. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN UYGULANMA NEDENLERİ

Kamu özel işbirliklerinin devletler tarafından kullanılma nedenlerinden birkaçı: Kaynak bulmak, devlet borçlanmasını azaltmak, tasarruf sağlamak, sermaye harcamalarını artırmak, maliyetleri azaltmak; risk dağılımı ve bütçe dengesini sağlamak; özel sektörün ticari ve teknik bilgi ve becerisini kamu hizmetlerine aktarmaktır¹⁸².

Yukarıda anlatıldığı üzere, esas itibariyle geçmişi çok eski zamanlara dayanmakta olan kamu özel işbirliklerinin tekrar gündeme gelmesindeki en önemli etken, ekonomik ve sosyal sorunlardır. Bu sorunlar “bütçe açığı”, “güven açığı” ve “performans açığı” şeklinde “üç

¹⁸¹ TC Cumhurbaşkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı, s. 24.

¹⁸² GÜZELSARI, s. 43.

açık” olarak nitelendirilmektedir¹⁸³. Bu üç açığa kısaca değinmek gerekirse: Ülkelerin karşı karşıya oldukları “bütçe açıkları” ve dünyada yavaşlayan büyüme oranları nedeniyle kamu idareleri, altyapı yatırımlarını gerçekleştirmede zorlanmış ve alternatif finansman kaynakları arayışına gitmişlerdir¹⁸⁴. “Performans açığı” kavramı ise, devletlerin sınırlı kaynakları yanlış kullanmaları ile ilgilidir. Şöyle ki, devletler aldıkları vergileri, idari yapılanma ve işleyişten dolayı verimsiz kullanmış ve bu durum performans açığını beraberinde getirmiştir¹⁸⁵. Üçüncü olarak “güven açığı”, kamu kaynaklarının kullanılmasında ve kamu hizmetlerinin sunulmasında karşılaşılan yolsuzluk ve kayırmacılık nedeniyle ortaya çıkmıştır¹⁸⁶.

Elbette, KÖİ modellerinin kullanılmasında ve yaygınlaşmasında, sosyo-ekonomik gerekçelerin yanında, siyasi gerekçelerin de yadsınamaz bir payı vardır; özellikle 1980 sonrası dönemde dünya genelindeki yaygın politikalar, devletin kamu hizmetlerinden çekilmesini, kamu hizmetlerinin özel sektöre açılmasını ve yabancı özel sektör sermayesinin ülkeye girmesini amaçlamaktadır¹⁸⁷. Bu dönemde KÖİ uygulamalarının

¹⁸³ ALİCAN, s. 14 vd.

¹⁸⁴ ALİCAN, s. 14; *Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, bazı ülkelerde (İngiltere, Hollanda gibi) KÖİ modellerinin kullanılmasında sol görüşlü yönetimlerle sağcı yönetimler arasında önemli bir farklılık yoktur; Örneğin İngiltere için Blair hükümeti, kendinden önceki sağ hükümetlerin KÖİ uygulamalarını devam ettirmiştir.*

¹⁸⁵ EVREN, s. 37.

¹⁸⁶ ALİCAN, s. 16.

¹⁸⁷ EVREN, s. 38.

yaygınlaştırılmasında, iş çevrelerinin başarılı lobi faaliyetlerinin¹⁸⁸ yanı sıra, AB, OECD, IMF, Dünya Bankası gibi pek çok uluslararası organizasyonun “teşviki”, etkili olmuştur¹⁸⁹. Adı geçen kurumların savunduğu görüş, devletin küçültülmesi¹⁹⁰ ve yerini piyasa güçlerine terk etmesidir¹⁹¹. Özel sektör ve kamu idaresi arasında yapılacak olan risk paylaşımı ve bu sayede özel sektör lehine piyasa kurallarından belirli ölçüde sağlanacak bağımsızlık, özel sektörün kamu özel işbirliklerini desteklemesinin en önde gelen sebebidir¹⁹².

Konuya ülkemiz açısından baktığımızda ise, kamu hizmetinin en etkin, verimli ve hızlı biçimde yürütülmesi; özel sektörün teknolojik olanaklarından, deneyiminden, mali kaynaklarından yararlanması, Danıştay’a göre, KÖİ modellerinden beklenen faydalardır¹⁹³. Ayrıca, Türkiye’de kamu özel işbirliklerinin sadece enerji, ulaşım gibi hizmetlerde değil

¹⁸⁸ **TÜSİAD**, 1980 Sonrası Ekonomide Kamu-Özel Sektör Dengesi TÜSİAD Raporu, İstanbul 1988, s. 1; **CEE Bankwatch Network**, Never Mind The Balance Sheet / The Danger Posed By Public - Private Partnerships In Central And Eastern Europe, Prag 2008, s. 8.

¹⁸⁹ **KARASU, Koray**, “Yeni Kamusal Örgütler: Kamu Yararı Şirketleri”, AÜSBFD, C. 64, S. 3, s. 119; **ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge**, s. 156.

¹⁹⁰ **KARASU**, Sağlık, s. 166; **AKDOĞAN, Muzaffer**: “Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. 72, S. 2, 2014, s. 684.

¹⁹¹ **SARISU**, s. 53.

¹⁹² **GÜZELSARI**, s. 49.

¹⁹³ **ÖNDER, Tekin M.**, “Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları”, Ankara 2006, s. 467: TC Danıştay 10. D. 08.06.2004 T. E. 2002/2288, K. 2004/5401.

kültürel kamu hizmetlerinde de kullanılacağı belirtilmiştir¹⁹⁴. Esasen bu uygulama fikir olarak doğrudur. Zira, sosyal devletlerin sunduğu yegane kamu hizmetleri büyük altyapı, üstyapı yatırımlarından ibaret değildir, kamu özel işbirliklerinin insana dokunan alanlarda da kullanılması gerekir. Ancak, hizmetten yararlananlardan ücret alınmadığı veya çok az ücret alınabildiği evde bakım, kütüphane, spor gibi hizmetlerde işbirliğine, özel sektörün ne derece yanaşacağı belirsizdir, zira özel sektör ekonomik altyapı yatırımlarını gerçekleştirmeye daha fazla isteklidir¹⁹⁵.

Sonuç olarak şu söylenebilir ki, KÖİ uygulamalarının yaygınlaşmasının arka planında belli bir ideolojik yaklaşımın yattığını belirtenler olduğu gibi; kamu özel işbirliklerinin ideolojik ve politik olmaktan çok çağın ve teknolojinin gerekleri karşısında toplumun genel

¹⁹⁴ **EVREN**, s. 39: “5225 sayılı *Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu* kültür alanında kamu özel sektör işbirliği adına önemli bir açılım sağlamış olmakla birlikte, bu alanda sponsorluk uygulaması, henüz istenen seviyeye ulaşamamıştır. Bununla birlikte *Kültür ve Turizm Bakanlığı* ile çeşitli özel sektör kuruluşları arasında imzalanan protokollerle 2 adet müze yapımı ve *İstanbul AKM onarımının* önemli bir kısmının özel sektör kuruluşlarınca karşılanması karara bağlanmıştır.” “Kültürel hayatın canlandırılması ve kültürel faaliyetlerin ülkenin bütününe yaygınlaştırılması amacıyla, yerel nitelikteki kültür hizmetlerinin yerel yönetimlere devredilmesi ve kültür alanında kamu-özel sektör işbirliğinin güçlendirilerek geliştirilmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda devletin kültür ve sanat alanındaki hizmet sunum rolünün bu alanı düzenleyen ve destekleyen bir yapıya dönüştürülmesi önemli görülmektedir”.

¹⁹⁵ **EVREN**, s. 39.

refahının artırılmasında etkili ekonomik araçlar olduğunu söyleyenler de vardır¹⁹⁶. KÖİ uygulamalarını çağın bir gereği olarak değerlendirenler, bu uygulamaların, bilimsel olarak gerekli olduğu şeklinde bir savunma getirip, siyasetten soyutlamaktadır¹⁹⁷.

V. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN GEREKLİLİĞİ

Çoğu durumda, hükümetlerin ve devletlerin ekonomi alanındaki en önemli iki hedefi, ekonomik gelişmenin devamını ve sürdürülebilir kalkınmayı sağlamaktır. Bunun yanında, sosyal devletler, tüm kamu hizmetlerinin gerek merkezi gerekse yerel yönetimler eliyle bütün vatandaşlarına ulaşmasını hedeflerler¹⁹⁸. Sosyal devlet kavramı giderek gelişmekte, sosyal devlet ilkesi kapsamında devletlerce sunulması beklenen hizmetlerin niceliği ve niteliği her geçen gün artmaktadır. Örneğin altyapı yatırımlarını ele alalım. Sosyal devlet anlayışının gelişmesi ile birlikte bireylerin altyapı yatırımlarına olan ihtiyacı artmakta, altyapı kapsamında sunulması beklenen hizmetlerin de hem miktarı hem kalitesi artmaktadır¹⁹⁹. Elbette ki, bunun bir sonucu olarak, halihazırda vatandaşlara sunulmakta olan mevcut altyapı yatırımlarının yenilenmesi gereği ortaya çıkmaktadır ve nitelik ve nicelikteki artış beklentisi

¹⁹⁶ **HALL, David / DE LA MOTTE, Robin / DAVIES, Steve**: “Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)”, Working Paper of Public Services International Research Unit, 2003, s. 1, <https://www.epsu.org/article/terminology-public-private-partnerships-ppp>, (Erişim Tarihi: 15.05.2021); **BAYTAN, İlhan**, Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları, Genişletilmiş, Ankara 2009, s. 23.

¹⁹⁷ **EVREN**, s. 39.

¹⁹⁸ **GÜRKAN**, s. 30.

¹⁹⁹ **GÜRKAN**, s. 31.

ile birlikte, sürekli yeni maliyetler ortaya çıkmaktadır. Bu durum kamu kesimi üzerindeki finansal baskının devamlı artmasını beraberinde getirmektedir, KÖİ uygulamaları doğru kullanıldığı takdirde bu finansal baskıları azaltacak yöntemlerin başında gelmektedir²⁰⁰.

Bir sonraki başlık altında kamu özel işbirliklerinin lehine olan görüşlerin anlatıldığı kısımda daha detaylı olarak anlatılacağı üzere, kamu özel işbirliklerinin gerekliliği noktasındaki en temel iddialardan biri, klasik ihale usullerinin, özellikle altyapı projelerinde, verimlilik esasına uygun olmadığıdır. Bu görüşü savunanların iddiaları; kamu hizmetlerinin, geleneksel yöntemlerle sunulduğu durumlarda kamu hizmetinin görülmesine ilişkin projelerde çoğu zaman yatırım planından ve bütçeden sapmalar olduğu ve kıt kamu kaynaklarının verimli bir şekilde kullanılmasını sağlamak için, kamu hizmetlerinin görülmesi noktasında, daha verimli ihale ve modern yöntemler bulunması gerektiğidir. Kamu özel işbirliği modeli bu noktada önemli bir yenilik olarak göze çarpmaktadır. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, bu modele yöneltilmiş bulunan pek çok eleştiri vardır.

Kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün kullanımına yöneltilen pek çok eleştiri vardır ve her yöntemin her zaman faydalı sonuçlar vermediği doğrudur; ancak çoğu zaman sorun yöntemde değil, yanlış uygulamadadır. Hizmet standartları ve kalitesinin ayrıntılı tanımlanmaması, işlem maliyetlerinin iyi hesaplanmaması, hesap verilebilirliğin sağlanmaması, toplumsal önceliklerin iyi belirlenmemesi durumları kamu özel işbirliği uygulamalarının fevkalade olumsuz sonuçlara yol açmasına sebep olabilmektedir²⁰¹.

²⁰⁰ GÜRKAN, s. 31-32.

²⁰¹ EMEK, s. 51.

Aşağıda kamu özel işbirliğinin lehine ve aleyhine dair görüşlere daha detaylı olarak yer verilecektir.

VI. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN LEHİNE ve ALEYHİNE GÖRÜŞLER, AVANTAJLARI ve DEZAVANTAJLARI

Kamu özel işbirliklerinin lehine ve aleyhine pek çok farklı görüş bulunmaktadır. Ancak bu noktada hemen şunu belirtmek gerekir ki, daha önce belirtildiği üzere doktrinde de, kamu özel işbirliği yöntemi ile sunulan hizmetlerin, geleneksel tedarik usullerine göre hangi yönlerden ve nasıl daha iyi veya kötü sonuçlar doğurduğunu gösteren bilimsel ve tarafsız incelemeler hemen hemen hiç yoktur²⁰². Aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, hem kamu özel işbirliklerinin olumlu yanlarının üzerinde durulan lehe görüşlerde, hem de olumsuz yanlarından bahsedilen aleyhe görüşlerde, doğruluk payı olan yaklaşımlar mevcuttur. Ancak belki de en sonda söylenecek olanı baştan söylemek gerekirse, kanaatimizce kamu özel işbirliklerinin aleyhindeki pek çok görüş kamu özel işbirliklerinin kendisine değil, uygulamadaki kötü kamu özel işbirliği uygulama örneklerine getirilmiş eleştirilerdir.

1. KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ LEHİNDE GÖRÜŞLER (KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİNE OLUMLU YAKLAŞIMLAR)

Aşağıda sıralanacak olan, kamu özel işbirlikleri lehindeki görüşler aynı zamanda devletlerin KÖİ modellerini kullanma gerekçeleridir; bu nedenle, bunların kamu özel

²⁰² EVREN, s. 40.

işbirliklerinin önündeki ideolojik engelleri kaldırmak amaçlı ileri sürüldüğünü belirtenler vardır²⁰³. Şunu açıkça belirtmekte fayda vardır ki, kamu özel işbirlikleri sihirli bir model değildir. Aşağıda sıralanmış bulunan faydaların sağlanabilmesi, ancak çok doğru bir proje için çok doğru uygulanmış bir KÖİ modeli uygulaması örneğinde söz konusu olabilecektir.

- Kamu özel işbirliği projeleri ile, devletin kapasitesi artırılır, entegre çözümler üretilir; geleneksel bütçe ve ihale usulü yaklaşımında, büyük projeler, gerek bütçe sınırlamaları gerekse idarenin hantal ve çok bölünmüş yapısı sebebiyle, genellikle parçalara ayrılır ve sırayla uygulanmak zorunda olan ayrı parçalar olarak yürütülür; bu durumun doğal bir sonucu olarak, kamu entegre ve pratik çözümler üretmekten çok uzaktır²⁰⁴. Kamu özel işbirliği modellerinde ise, ihaleler entegre çözümler üretmeye odaklıdır ve daha kapsamlı etkiler doğuracak şekilde genişletilmiştir. Bu durum, komplike projelerin daha çabuk ve etkin bir şekilde hayata geçirilmesini beraberinde getirmektedir. Örneğin, özel sektörün katılımı olmaksızın, Birleşik Krallık ve Fransa arasındaki denizaltından geçen demiryolu ağlarının bulunduğu tünel olan, Channel Tunnel'in bitirilemeyeceği ifade edilmiştir²⁰⁵.
- Kamu özel işbirlikleri ile, projelerin uygulama zamanının azaltılması mümkündür. Devletler bürokratik doğaları gereği hantal yapılardır, yavaş hareket ederler. Geleneksel bir ihale sürecinde, idareler önce söz konusu işin projesinin çizimi için bir ihale yapmakta, sonrasında ise yapımı için ayrı bir ihale düzenlemektedirler, ayrıca

²⁰³ SARISU, s. 170 vd.; KARASU, Sağlık, s. 168.

²⁰⁴ ERSÖZ, s. 16.

²⁰⁵ ERSÖZ, s. 16.

çoğu zaman büyük altyapı projelerinin yapımını parçalara ayırabilirler, tüm bunlar da projelerin bitiş süresini uzatmaktadır. Kaldı ki, idarenin projenin kısa süre içerisinde bitirilip uygulamaya konması için özel bir motivasyonu da yoktur. Oysa, kamu özel işbirliği projelerinde çoğu durumda, tasarım ve yapım işleri sıralı olarak değil, aynı zamanda yapılmaktadır, şirketler devletlerin aksine kâr etme amaçları gereği hantal değil hızlı yapılardır; ayrıca kamu özel işbirliği projelerinde projenin zamanında ve hatta zamanından önce tamamlanması şirketler için önemlidir, zira çoğu durumda KÖİ projelerinde şirketler ancak kamu hizmetinin sunumu başladıktan sonra para kazanmaya başlamaktadırlar²⁰⁶. En azından olması gereken budur. Örnek olarak, Hong Kong'taki Tate's Courtn Tunnel'in yapımında PPP ile zaman tasarrufu sağlanmıştır²⁰⁷.

- KÖİ projeleri ile, sadece kamu finansmanı kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkün olmayan birtakım projelerin gerçekleşmesine olanak sağlanabilir; bireylerin talep ettiği, ancak kamu tarafından finansman yetersizliği nedeniyle karşılanamayan kamu hizmetleri, kamu özel işbirliği projeleri ile karşılanabilmektedir; zira kamu özel işbirliklerinde idare özel sektör ile işbirliği yaparak, finansal kaynak yaratmaktadır²⁰⁸.
2008 küresel ekonomik krizinin ardından, 2009 yılında inşaat sektörü en kötü

²⁰⁶ **YALÇIN**, s. 113-114.

²⁰⁷ **ERSÖZ**, s. 17.

²⁰⁸ **ACARTÜRK, Ertuğrul / KESKİN, Sabiha**, "Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı", SDÜİİBFD, Y. 2012, C. 17, S. 3, s. 35; **WISS, Marcia / FARİA, Teresa Maurea**, "Public-Private Partnerships in Latin Amerika: Governmental Salvation or Deception?", Business Law International, Vol. 8, May 2007, s. 190.

dönemlerinden birini geçirdiği sırada, KÖİ projeleri, kamusal kaynaklar kullanılmaksızın bu durumun aşılabilmesi için bir çözüm olarak sunulmuştur²⁰⁹. Bu sayede devletlere mali yük getirmeden bu krizin aşılması amaçlanmıştır.

- Kamu özel işbirliği yöntemleri kullanılarak, kamu hizmetinin görülmesinde, kamuya mali yük getirmeyen projelerin hazırlanabildiği durumların yanı sıra, devlete mali yük getirse dahi özel finansman kullanıldığında daha etkin (hızlı) bir kamu hizmetinin sunulabildiği durumlar vardır; bu gibi durumlarda kamu özel işbirlikleri, kamu hizmeti yatırımlarına hız kazandırabilir²¹⁰. Ayrıca kamu özel işbirliğinin sunduğu bir başka olanak, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yaymak ve bunu yanında, hizmeti kısa sürede sunmaktır²¹¹.
- Kamu özel işbirliği projeleri ile yenilikçi yaklaşımlar ve yaratıcı faaliyetler elde edilebilir. Kamu özel işbirliği projelerinde idare, gerek proje konusu tesislerin tasarlanması gerekse projeye konu hizmetin sunum yöntemine ilişkin olarak özel sektörün yenilikçi yaklaşımlarından yararlanır; kaldı ki, proje sürecinde idare, ihaleye teklif verenleri kendi becerileri doğrultusunda yarıştırmak, proje için benzersiz ve

²⁰⁹ **CARMONA, Jose**, “Stimulus packages, PPP could spearhead construction industry’s recovery”, Caribbean Business, 2009, s. 40, (Akt: **ERSÖZ**, s. 16.)

²¹⁰ **COLE, Stuart**, Applied Transport Economics: Policy, Manegemant & Decision Making, London 2005, s. 332.

²¹¹ **YALÇIN**, s. 110.

yaratıcı yaklaşımlar elde edilebilir²¹². Bu yöntemle, kamu hizmeti sunumları modernleştirilebilir ve birden fazla amaca uygun proje ortaya çıkabilir.

- Kamu özel işbirlikleri, kamu hizmetinin sunumunda kamu idaresi için en avantajlı sunum yönteminin tespit edilmesine olanak sağlar. Kamu özel işbirliği projelerine teklif verenleri geniş kapsamlı tutarak ve rekabeti artırarak, kamu hizmetinin sunumu noktasında idare için en avantajlı yöntem belirlenebilir. Şöyle ki, KÖİ projesinin kapsamı ve büyüklüğüne göre, daha fazla potansiyel teklifçiler arasından seçim yapılır, bu da rekabetin yoğunluğunu artırır. Bu bağlamda diğer rekabet ettiği şirketlerden daha cazip teklifler sunabilmek amacıyla rekabet eden özel kuruluşlar, hükümete daha çekici koşullar sunarlar. Hatta uygulamada, rekabet oranı yüksek projelerin, hükümetin seçme sürecini uzatabildiği bile görülmektedir, zira bazen her teklif birbirinden caziptir. Örneğin, bir sıvılaştırılmış doğalgaz terminalinin ihalesi Çin’de bu nedenle uzamıştır, hükümet, teklif veren dört şirket arasından seçim yapmakta zorlanmış ekstra zamana ihtiyaç duymuştur; çünkü şirketlerin her biri, diğerine göre farklı yönlerden çok iyi şartlar içeren teklifler sunmuştur²¹³. Başka bir deyişle, idare, kamu özel işbirliği uygulamaları sayesinde, özel sektörün yenilik yapma ve ARGE (Araştırma ve Geliştirme) kapasitesinden faydalanabilir. Özel

²¹² ERSÖZ, s. 16.

²¹³ ERSÖZ, s. 18.

sektörün en uygun ve yenilikçi çözümü üretmesinin sağlanması, kamunun kamu özel işbirliği projelerindeki taleplerinin en iyi şekilde yerine getirilmesi için önemlidir²¹⁴.

- Kamu özel işbirlikleri ile, proje maliyetleri azaltılabilir. Kamu özel işbirliği uygulanmalarında, tasarım, yapım, işletme aşamalarında, masrafların önemli ölçüde azaldığı veya aynı fiyata daha kaliteli mal veya hizmetin sağlandığı durumlar mevcuttur²¹⁵. Zira, çoğu durumda özel sektör, kaynakları kamuya oranla çok daha efektif kullanmaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık'ta kamunun kazandığı bazı ihaleleri özel sektöre devretmesiyle, esas rakamın yarısı kadar tasarrufta bulunulmuştur²¹⁶.
- Kamu özel işbirlikleri ile, risklerin bir kısmının özel sektöre devredilmesi mümkündür. Kamu özel işbirliği projelerinin idare için en önemli avantajı budur. Kamu özel ortaklığı projelerinde riski, onu en iyi yönetebilecek tarafa aktarmak gerekmektedir²¹⁷. Normalde projenin kamu tarafından geleneksel yöntemlerle yapılması durumunda, kamu üzerinde kalacak pek çok riskin, KÖİ projelerinde, kamu sektöründen, özel ortağa devri mümkündür. Kamu özel işbirliği projelerinde, belirli

²¹⁴ **YILMAZ, Ferimah Yusufi / GÜLTEKİN KARAKAŞ, Derya**, "Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı'nın Yapısal/Konjonktürel ve Türkiye'ye Özgü Nedenleri ", Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu, 2011, s. 32; **SARISU**, s. 170; **YALÇIN**, s. 111-112.

²¹⁵ **COGHILL, Ken / WOODWARD, Dennis**, "Political Issues of Public Private Partnerships", The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience, Cheltenham & Massachusetts 2005, s. 85.

²¹⁶ **ERSÖZ**, s. 17.

²¹⁷ **ERSÖZ**, s. 17.

ve makul bir risk devir stratejisi geliştirilmesi elzemdir, zira aksi durumda, idarenin hemen hiçbir avantajı kalmamaktadır. Riskler, onları en iyi yönetecek tarafa bırakılmaktadır. Esasen, kamu özel işbirliği projelerinde genel kural, tasarım, yapım ve işletme risklerinin özel sektöre devredilmesidir²¹⁸. Talep riski ve diğer riskler sözleşmeden sözleşmeye ve hizmetten hizmete farklılık gösterir. Ancak, bizim görüşümüz, kamu özel işbirliği projesi kapsamında doğrudan son kullanıcı ile buluşturulacak olan kamu hizmetlerinde, talep riskinin bir işletme riski olduğu yönündedir, dolayısıyla bu riskin özel sektöre devredilmesi elzemdir.

- Kamu özel işbirlikleri ile, kamu idaresi yetenek, tecrübe ve teknolojiye erişir. Çoğu durumda, kamu idaresinin bürokratik yapısı, yeni şeyler öğrenmeye açık değildir. Devletler yine doğaları gereği, denenmemişi deneyip risk almak istemezler. Özel sektör ise çoğu durumda, yeniliklere çok açıktır ve yeni teknolojileri denemeye heveslidir, bu sebeple kamu idaresi kamu özel işbirliği projeleri ile, yeni yetenekler, teknolojiler ve bilgiler edinir. Sadece kamu özel işbirliği ihale süreci bile, başlı başına yenilikçi teklif ve bunların sunduğu fırsatların analizini de içerdiğinden, kapsamlı olarak analiz gerektirir, bu durum hükümetin konuya dair uzmanlığını artırır²¹⁹.
- Geleneksel tedarik yöntemlerinde, kamu hizmetinin düzeyi zaman içinde önemli ölçüde bozulmaktadır. Kamu özel işbirliklerinde ise, proje kapsamında verilecek hizmetin kalitesi başlangıçta belirlenir, bu seviyenin uzun uygulama süresince korunacağı özel sektör tarafından taahhüt edilir; kaldı ki, kamu özel işbirliklerinde

²¹⁸ ERSÖZ, s. 17.

²¹⁹ ERSÖZ, s. 18.

çoğu zaman, projeye konu tesisin bakım şartları da oldukça ağır olmaktadır, bu durum, tesisin işletme süresinin sonunda kamuya devrinin öngörüldüğü durumlarda kamu için bir avantaj olduğu gibi, kamu hizmetinin doğrudan son kullanıcı ile bulunduğu durumlarda hizmeti alacak bireyler açısından da bir avantajdır²²⁰.

- Kamu özel işbirlikleri kamu bilançosu dışında bırakılmaktadır. Bu durum, idare lehine önemli bir avantajdır. Zira, bu sayede kamu bütçesinde sadece alınan hizmetler için kesin olarak yapılacak yıllık ödemeler gösterilir. İdare, özel sektöre yapılan yıllık ödemenin hesabını tutar. Projenin varlık, yükümlülük ve borçlarını hesaplamaz²²¹.
- Ülkeye yabancı sermaye girişini artırmak ve bunun ekonomiye etkilerinden yararlanabilmek, özellikle gelişmekte olan ülkeler için kamu özel işbirliklerinin kullanılmasında temel avantaj ve amaçlardan biridir²²².
- Kamu özel işbirliği projelerinde, özel sektörün isteği çoğunlukla, gelecekteki kazanç olanaklarını artırmak ve bu kazanç olanaklarını uzun süreli muhafaza etmektir. Riskleri azaltmak, rekabetçi yapıda kalmak ve büyümek, tüm bunları yaparken kamu ile iletişim halinde olabilmek özel sektörün kamu özel işbirliği projelerindeki diğer

²²⁰ YALÇIN, s. 110-111

²²¹ YALÇIN, s. 115.

²²² KARAGÖZ, s. 21.

amaçlarıdır²²³. Ayrıca, bilanço dışı kredi²²⁴, rücusuz ya da sınırlı rüculu kredi, etkin risk paylaşımı ve vergi indirimleri, kamu özel işbirliklerinde özel sektörün diğer avantajlarıdır²²⁵.

Buraya kadar KÖİ lehine olan görüşleri sıraladık. Aşağıda KÖİ aleyhine görüşler sıralanacak, sonrasında genel bir değerlendirme yapılacaktır.

2. KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ ALEYHİNDE GÖRÜŞLER (KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARINDA KARŞILAŞILABİLECEK ZARARLAR OLUMSUZ YAKLAŞIMLAR ELEŞTİRİLER)

Yukarıda da belirtmeye çalıştığımız üzere, her kamu hizmeti birbirinden farklıdır. Bu hizmetlerin bir kısmının karakteristiği kamu özel işbirliği projeleri için uygundur ve doğru kurgulanmış bir projelendirme, ihale ve sözleşme süreci ile çok olumlu sonuçlar almak mümkündür. Ancak kamu özel ortaklığı karakteristiğine uymayan zorlama projeler yapılması halinde, projenin birçok olumsuz sonuç doğurması kaçınılmazdır. Kamu özel işbirliğinin aleyhindeki görüşler, olumsuz yaklaşımlar, eleştiriler ve kamu özel işbirliği uygulamalarında karşılaşılabilecek zararlar şöyle sıralanabilir.

²²³ **BUDAUS, Dietrich / EICHORN, Peter**, Public Private Partnership, Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, s. 56.

²²⁴ **DELMON, Jeffrey**, Private Sector Investment In Infrastructutr Project Finance, BOT Projects ans Risk, Alphen aan den Rijn 2005, s. 59-60.

²²⁵ **DELMON**, s. 59-60; **YALÇIN**, s. 114.

- Kamu özel işbirliklerine ilişkin eleştiriler sıralanırken, hiç şüphesiz ilk sırada bahsedilmesi gereken, idare ve özel sektör arasındaki amaç farkıdır. Devlet kurumları kamu hizmetlerini sosyal devlet ilkesi bağlamında yürütmektedir ve amaç, bireylere kamu hizmetinin en hızlı, en iyi şekilde sunulmasını sağlamaktır; bu durum esas amacı kar oranını maksimize etmek olan özel hukuk kişileri ile çelişebilir. Dolayısıyla, kamu kesimi ile özel sektörün amaçlarının oldukça farklı olduğu ortadayken, tarafların bu işbirliği kapsamında, uyumlu bir şekilde beraber çalışıp çalışamayacağı önemli bir sorundur²²⁶.
- Kamu özel işbirliği sözleşmeleri yapılırken oldukça ayrıntılı hükümlere yer verilmesi gerekmektedir; ürünlerin, hizmet sunumunda uygulanacak tarifelerin, bireylerden alınacak ücretlerin, ve diğer önemli hususların çok ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi, herhangi bir konuda ucu açık, belirsiz hükümlere yer verilmemesi gerekir; aksi takdirde, örneğin hizmet bedelinin özel sektör tarafından belirlenmesine yönelik bir düzenleme yapılması durumunda, kamu hizmeti bedelinde yüksek artışlara neden olacak, kamu hizmetinin vatandaşlar tarafından kullanılması imkansız hale gelecek ve sözleşmede bir alım garantisine de yer verilmişse, kamunun bu bedelleri sübvansesi (karşılması) uzun vadede devlet maliyesinde zarara neden olacaktır²²⁷.
- Kamu özel işbirliği projeleri genellikle uzun süreli sözleşmelerdir ve sözleşme tarafı olan kamunun, belirli bir ücreti, sözleşmede öngörülen süre boyunca, ödemeyi

²²⁶ GÜRKAN, s. 37.

²²⁷ GÜRKAN, s. 37.

taahhüt etmesi söz konusu olabilmektedir; bu hükümlerin çok dikkatli kurgulanması gerekmektedir. Yoksa, kamu tarafınca hiç fizibil olmayan ödemelerin yapılması ve klasik yöntemler ile sunulması durumunda çok daha ucuza mal olacak kamu hizmeti yatırımlarının çok daha pahalıya mal olması söz konusu olabilecektir.

- Kamu özel işbirliği sözleşmeleri düzenlenirken, toplumdan sözleşme süresi boyunca gelebilecek talepler ve yaşanacak teknolojik değişiklikler de göz önünde bulundurulmalı, kamu hizmetinin bu ve benzer sebeplerle ortaya çıkabilecek yeni koşullara uyarlanmasını öngörecektir hükümlere yer verilmelidir. Aksi halde uygulanma imkanı olmayan bir sözleşme nedeniyle veya kamu hizmetinin niteliğinin değişmesine bağlı olarak, kamu özel işbirliğine konu projenin toplumdan talep görmemesi söz konusu olabilecek, kamu hizmetinin sunumu imkansız hale gelecektir; bu durum ise, kamunun, bir yandan eski KÖİ sözleşmesinde taahhütlerini yerine getirirken, diğer yandan, tekrardan söz konusu kamu hizmetinin sunumu için yeni harcamalar yapmasını zorunlu kılacak ve devlet ekonomisine zarar verecektir²²⁸.
- Kamu özel işbirliklerinde, özel sektör çoğu durumda kendi öz sermayesini kullanmamakta, çeşitli finansman araçları ile projeyi finanse etmektedir, özel sektörün bir kamu hizmetini kamu özel işbirliği kapsamında sunmak için yapacağı yatırım masrafı kamuya göre %1 ile %3 oranında daha yüksek olmaktadır; dolayısıyla özel sektörün sunduğu maliyet verimliliklerinin, maliyet artışından daha fazla

²²⁸ GÜRKAN, s. 37; EVREN, s. 48.

olmadığı durumda, söz konusu finansman maliyeti bir kamu özel işbirliğinin genel maliyetinin geleneksel tedarik yöntemlerine göre artmasına sebep olacaktır²²⁹.

- Kamu özel işbirliklerinde, bir kamu hizmetine ilişkin alt yapının kurulması ve söz konusu kamu hizmetinin sunulması için, özel sektör ile kamu, bir işbirliği içine girmektedirler ve bu işbirliğinin tarafı olan özel hukuk kişisine, kamu hizmetinin sunulması noktasında, bir takım düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilebilmektedir; bu türden düzenleyici işlemler tesis etme yetkisi esasında devletin tekelindedir, bu bağlamda, devletin egemenlik yetkilerinin, kamusal faaliyetlerin kamu özel işbirliği ile yürütülmesi sürecinde, özel hukuk kişileri ile birlikte kullanmasının veya devletin egemenlikten aldığı yetkiyi özel hukuk kişilerine tamamen devretmesinin anayasal açıdan sorunlu olduğunu savunan görüşler mevcuttur²³⁰.
- Kamu özel işbirliği uygulamalarında; kamu menfaati ile özel sektörün menfaati arasındaki dengenin sağlanamaması, projelerin hazırlanması vb. konularda, sözleşmenin yetersiz kalması durumunda, proje başarısızlıkla sonuçlanmakta ve kamu yararına olmayan yalnızca özel sektörün ticari menfaati lehine olan sonuçlar meydana gelebilmektedir²³¹. Sözleşmelerin karmaşık yapısı nedeniyle yetersiz veya

²²⁹ **United Nations ESCAP**, s. 2.

²³⁰ **GÜNEŞ, Ahmet M.**, "Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem Kamu Özel Ortaklığı", Güncel Hukuk Dergisi, 2009, s. 61; **GÜRKAN**, s. 39.

²³¹ **GÜRKAN**, s. 40.

eksik yaptırımlar, risklerin taraflar arasında yanlış paylaşımı gibi esaslı hatalar, bu modelde ciddi ve uzun vadeli sorunlara yol açabilmektedir²³².

- Kamu özel işbirliklerinin en büyük dezavantajı, sözleşme kurulurken, kamu kuruluşları tarafından verilen garantilere ilişkin risklerin iyi şekilde değerlendirilememesi durumunda ortaya çıkmaktadır; bu sebeple ileride kamuya, haddinden fazla, ciddi maliyetler yüklenebilmesi ihtimali vardır; her ne kadar kamu bütçesine yük getirmeden projelerin hayata geçirilmesi söz konusuysa da kamu idareleri tarafından verilen garantiler bütçeye yük getirebilmektedir²³³. Bahsedilen garanti mekanizması uygulamaları ülkemizdeki kamu özel işbirliği projelerinde de görülmektedir. Proje hayata geçirilmeden önce hazırlanan fizibilite çalışmalarındaki tahminlerin tam olarak doğru olmadığı durumlarda, devletler büyük tutarlarda koşullu yükümlülük altına girebilmektedir. Bunun sonucunda da, hem bu maddede bahsedilen sonuç ortaya çıkmakta, hem de bir önceki maddede bahsedildiği üzere, kamu yararına olmayan, yalnızca özel sektörün ticari menfaati lehine sonuçlar meydana gelebilmektedir.
- Her ne kadar kamu özel işbirliği uygulamalarında, proje finansmanını özel sektör sağlasa da, bu durum her zaman için maliyetlerin azalacağı ve diğer hizmetlere devletin daha fazla finansman ayıracağı anlamına gelmez. Zira bir önceki maddede de bahsedilen hatalar sebebiyle KÖİ projelerinin bizzat kendisinin devlete aşırı mali

²³² ACARTÜRK / KESKİN s. 36.

²³³ KARAGÖZ, s. 22.

yükümlülük getirmesi de mümkündür²³⁴. Bu projelerin kendisinin devlete aşırı mali yükümlülük getirmesi, özellikle gelir tahminlerinin yanlış yapıldığı, idarenin gereğinden fazla garanti verdiği ve hazırlanan sözleşmelerin yetersiz olduğu hallerde gündeme gelir²³⁵.

- Kamu özel işbirliklerine getirilen bir diğer eleştiri ise, KÖİ modelleri ile yapılan kamu hizmeti sunumlarında, kamu hizmetlerinin özel sektörün kontrolüne ve sorumluluğuna verildiği algısıdır; her ne kadar belli bir model kapsamında yapıyor olsa da, kamunun sorumluluğunda olan hizmetlerin özel şirketlere, piyasaya devredilmesi durumu sosyal devlet ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir²³⁶.

²³⁴ **EVREN**, s. 42: “Örneğin Kolombiya’da KÖİ modellerinden biri ile yaptırılan paralı yollar ve havaalanının beklenenin altında hizmet vermesi nedeniyle devlet 2 milyar dolar ödeme yapmak zorunda kalmıştır. Güney Kore tahminlerin altında kullanılan bir yol için yıllarca milyonlarca dolar ödemiş; Meksika’da talep azlığı ve faiz oranlarının artması yüzünden Devlet 25 tane imtiyazı ve karşılığında da 7.7 milyar dolar borcu üstlenmek zorunda kalmış; Birleşik Krallıkta hava taşımacılığı ile ilgili olarak hava trafiğini kontrol etmek için kısmen özelleştirilen bir şirkete 11 Eylül saldırıları sonrası hava taşımacılığına düşen talebin azalması nedeniyle Hükümet 100 milyon poundluk sermaye eklemesi yapmıştır.”.

²³⁵ **EVREN**, s. 42.

²³⁶ **UYSAL, Yusuf**, “Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının İki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar”, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C. 10, S. 2, 2017, s. 187.

- KÖİ projeleri için danışmanlık hizmeti alınması gerekmektedir. Zira, kamu görevlilerinin bilgi birikimi genellikle çok öznel, uzun süreli ve kompleks bir projeye başa çıkmakta yetersiz kalmaktadır²³⁷. Danışmanlık hizmeti alımları ise maliyetleri arttırır²³⁸. Çoğu zaman KÖİ sözleşmelerinde tahkim şartı yer almakta, bu sebeple projelerde uyuşmazlık doğması halinde tahkime gidilmektedir, tahkim için devletler özel avukatlık şirketlerine büyük paralar ödemek zorunda kalmaktadır. Bu durum da KÖİ projelerinin maliyetlerini arttıran bir diğer nedendir²³⁹. Bunların da etkisiyle, İngiltere’de sadece 20 milyon Sterlinden büyük projelerde kamu özel işbirliklerine başvurulmakta; daha düşük miktartlı projelerde, paranın karşılığının alınamayacağı gerekçesiyle KÖİ uygulamalarına başvurulmamaktadır²⁴⁰.
- Özel sektörün bilgi birikimi, yaratıcılık ve deneyimiyle, hizmetlerin sunumu noktasında kamuya göre daha kaliteli işler ortaya koyabileceği çokça belirtilmekteyse de, bu iddiayı doğrulayan doyurucu bir inceleme veya anket bulunmamaktadır;

²³⁷ **KARAHANOGULLARI, Yiğit**, “Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi”, AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2002, s. 118.

²³⁸ **HARTMANN**, s. 37.

²³⁹ **EVREN**, s. 43.

²⁴⁰ **HM Treasury**, A New Approach To Public Private Partnerships, 2012, s. 21, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211518/pf2_public_sector_equity_consultation.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

esasen KÖİ modellerinin çoğu zaman, hizmetlerin daha etkin sunulmasından öte, bütçe kısıtlarından kaçınmak için kullanıldığı bir gerçektir²⁴¹.

- Kamu özel işbirliği projeleri çoğu zaman büyük finansman gerektirmektedir. Dolayısıyla, yeni işletmelerin KÖİ projelerine dahil olması her zaman için kolay olmamakta, pek çok zaman ihaleler belli başlı büyük şirketler tarafından kazanılmaktadır. Projelerin büyüklüğü nedeniyle başvuran sayının az olmasının yanında idare, klasik temin/tedarik usullerine oranla, kamu özel işbirliği sözleşmelerinde, sözleşmeci karşı tarafın seçiminde daha serbest davranmaktadır ve tüm bunlar rekabeti olumsuz yönde etkilemektedir. Bunun yanında ön yeterlilik değerlendirmesi, isteklilerle görüşme gibi uygulamalar rekabetin ihlaline neden olabilmektedir²⁴².

- Her ne kadar kamu özel işbirliklerinin hesap verilebilirliği artıracığı ifade edilmişse de, taraflardan birinin özel hukuk kişisi ve sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmesi olması, tarafların ticari sır perdesi arkasına gizlenmesine imkan verir²⁴³.

²⁴¹ **BERGVALL, Daniel**, Joint Meeting On Public-Private Partnerships -The Future Of PPP, Sweden 2008, s. 9, <https://www.oecd.org/mena/governance/41752711.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

²⁴² **EVREN**, s. 45.

²⁴³ **EVREN**, s. 45.

- Kamu özel işbirliği projelerinin beyaz fillere²⁴⁴ engel olacağı savunulmaktadır. Ancak, gerekli çalışmaların yeterli ölçüde yapılmadığı kamu özel işbirliği projelerinde, özellikle bu projelerin gereğinden büyük planlandığı durumlarda, tesislerin KÖİ modelleri ile yapılması da aynı sonucu doğurur. Bu olumsuzluklardan kaçınmak için yapılması gerekenler en temelde; gerekli etütlerin doğru ve eksiksiz bir biçimde yapılması ve işbirliğinin özel sektör paydaşına gereksiz garantiler vermekten kaçınılmasıdır. Normal şartlar altında, özel sektör bir projeyi, proje ancak kendi gelirini üretecek ve proje şirketi, proje süresi boyunca yapmış olduğu masrafları geri alabilecekse üstlenir. Ancak gereksiz garantilerin verildiği durumlarda, özel sektör tarafından projenin büyüklüğü ile ilgilenilmeyecek ve kendisine her durumda ödeme yapılacağını bildiği için, projenin beyaz fil olup olmadığına bakmadan idarenin isteklerini yerine getirecektir²⁴⁵.

- Kamu özel işbirliklerinin ülkeye yabancı sermaye girişi sağlayacağı şeklindeki görüşlere de ihtiyatla yaklaşılması gerektiği; çünkü krediyi alacak olan devlet de olsa özel sektör de olsa iki halde de başvurabilecekleri kurumların (uluslararası kredi kuruluşları, bankalar gibi) aynı olduğu, fakat devlet iflas etmeyeceği için aldığı kredilerin geri ödemesinde, özel kişilere oranla, daha fazla ödeme gücüne sahip olacağı için, kredilerin masrafları ve faiz oranlarının daha düşük olacağı yönünde

²⁴⁴ “Beyaz fil – Public white elephants” kavramı kamu maliyesi literatüründe, görkemli, yüksek statüye sahip ancak üretken olmayan, koruması yüksek maliyet gerektiren ve vazgeçmenin de mümkün olmadığı yatırımlar için kullanılmaktadır.

²⁴⁵ **EVREN**, s. 45-46.

görüş vardır²⁴⁶. Ancak daha önceki bölümlerde bahsettiğimiz, kredi için başvurulabilecek kurumların KÖİ projelerini desteklediğı ve doğrudan devletlere borç vermektense bu tarz projelere kredi vermeyi tercih ettikleri hususu unutulmamalıdır.

- Risk dağılımı KÖİ sözleşmelerinin temel özelliklerinden biridir ve doğru uygulanmış bir KÖİ projesinde kamuya en çok fayda sağlayacak olan da bu özelliktir. Fakat, sözleşmelerin hazırlanması ve müzakere edilmesi sırasında ticari risk olarak proje şirketinde kalması gereken alım garantisi, müşteri garantisi verilmesi, borç ödeme taahhüdü altına girilmesi gibi bazı riskler idarece üstlenilebilmektedir. İdarenin, özel sektörde kalması gereken riskleri de üstlenmesi risk dağılımının sağlayabileceğı yararları bertaraf eder.
- Kamu özel işbirlikleri sayesinde, idarenin bütçesinde yeterli ödenek olmadığı için gerçekleştiremediğı birçok proje, daha erken ve kolay gerçekleştirilebilir. Fakat bu durum, idarenin sonradan yapacağı ödemeleri önemli ölçüde artırabilir. Kamuya uzun vadeli ödeme zorunluluğı getiren KÖİ projeleri, bütçe esnekliğini de azaltır; bu durum yeni projelerde yatırım ve planlama sürecini daha karmaşık hale getirir ve gelecekte sunulmak istenecek hizmetlerde yöneticilerin sahip oldukları takdir yetkisini de sınırlar²⁴⁷.

²⁴⁶ ÇAL, Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti Ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Ankara 2008, s. 1.

²⁴⁷ EVREN, s. 49.

- İdarecilerin kişisel amaçlarla hareket etmesi, yeterli sayıda kalifiye kamu personeli bulunmaması, yolsuzluk, tatminkâr ihale süreçlerinin gerçekleştirilememesi, özel sektörün baskı ve lobi faaliyetleri nedeniyle projelerin yeterli düzeyde planlanmaması tehlikesi mevcuttur²⁴⁸. Kamu özel işbirliği uygulamaları kapsamında, şirketlerle girilen sözleşme ilişkisi sürecini yürüten idare personelinin özel hukuk kişileriyle iyi ilişkiler kurmaya çalıştığı, sonrasında emekli olup veya işlerini bırakıp ilgili şirketlerde yüksek maaşlarla işe girdiği görülmektedir²⁴⁹. 2531 sayılı “*Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun*” incelendiğinde, ihale yetkilisi olarak çalışan veya sözleşme sürecinde görev alan bir kamu görevlisinin bu görevden ayrıldıktan sonra daha önce ikili ilişki içinde bulunduğu bir şirketler topluluğunun herhangi bir şirketinde çalışmasını engelleyen açık bir hüküm olmadığı görülmektedir, bu durumda, Türkiye açısından da bu tehlike mevcuttur. Ancak, elbette ki böyle bir düzenleme getirilmesi de oldukça tartışmalı olacaktır.
- KÖİ sözleşmeleri karmaşık sözleşmelerdir. Sözleşmenin hazırlanması ve yönetimi sırasında kamu görevlilerinin tecrübesizliği ve kötü niyetli davranışları yatırım ve işletme döneminde taraflar arasında ihtilafların doğmasına veya projenin paranın karşılığını vermemesine neden olabilir²⁵⁰.

²⁴⁸ **CEE Bankwatch Network**, s. 16.

²⁴⁹ <https://www.theguardian.com/commentisfree/2009/jul/01/corruption-business-government-transport-health>

²⁵⁰ **EVREN**, s. 49.

3. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELLERİ LEHİNE ve ALEYHİNE GÖRÜŞLER ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Bu noktada yukarıda sayılmış bulunan olumlu ve olumsuz yönler ile ilgili genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; kamu özel işbirliği modellerinin belirtilen bütün yararları sağlanması mümkün olmadığı gibi, mutlak suretle sayılan bütün olumsuz sonuçları doğuracağı şeklinde bir kabul de mümkün değildir. Hazırlık aşaması oldukça karmaşık olan KÖİ projeleri, bilgi ve deneyim gerektirir. Bu nedenle projelerden istenen sonuçların alınabilmesi için iyi eğitilmiş kamu görevlileri yanında, iyi bir mevzuat, şeffaf ihale süreçleri, düzgün işleyen denetim yolları, kişisel amaçlarla hareket etmeyen idareciler, doğru yapılmış bir risk dağılımı, gereksiz garantilerin verilmemesi, düzgün hazırlanmış fizibilite raporları ve zaman gerekir.

Kamu özel işbirlikleri çok uzun soluklu ve karmaşık yapılardır. Yukarıda pek çok eleştiri sıralanmış olmakla birlikte, hemen her eleştiri uygulamadaki bir eksikliğe dayandırılmıştır. Bu durumda yapılan eleştirilerin modelin doğrudan kendisine getirilen eleştiriler olmaktan ziyade, bu eksiklikler sonucu oluşan yanlış uygulamalara getirilen eleştiriler olduğunu söylemek mümkündür. Bahsi geçen eksikliklerin varlığı halinde, projenin yukarıda belirtilen olumsuz sonuçları doğurması çok olasıdır²⁵¹.

Yukarıda anlatılanlar bir arada değerlendirildiğinde şu ortaya çıkmaktadır ki; başarılı bir kamu özel işbirliği uygulaması için bilhassa, uygulanacak modelde kamu ile özel sektör

²⁵¹ EVREN, s. 49-50.

arasında etkili bir risk ve maliyet dağılımı yapmak, projeleri birbirinden bağımsız ve kendi şartlarını dikkate alarak değerlendirmek, rekabetçi ihaleler yapmak çok önemlidir²⁵².

Bu bölümde şu hususa da tekrar değinmek gerekir ki; özel sektörün kamu hizmetlerini idareden daha iyi, kaliteli ve ucuza sunacağı şeklinde doğrudan bir kabul mümkün değildir, zira şartlar eşit değildir. Kamunun bazı dezavantajları olduğu ortadadır: Kayıt dışı ekonomi; gerçek değerinin altında yapılan özelleştirmeler; kamudaki aşırı istihdam; gerçek ve etkili vergi denetimlerinin yapılmaması; rücu mekanizmalarının işletilmemesi; hizmetlerin popülist yaklaşımlarla sunulması (örneğin kayıp ve kaçaklara göz yumulması, gereksiz yeşil kart dağıtımı gibi) gibi²⁵³. Bunların kamu idaresinin fitratından kaynaklanan ve asla çözülemeyecek kronik sorunlar mı olduğu, yoksa bir gün çözülebilecek problemler mi olduğu konusu ise tartışmalıdır.

Kamu hizmetlerinin sunulmasında harcanan devlet parası olup bunun doğru kullanılmaması yine vatandaşlara zarar verir. Bu nedenle kamu hizmetlerinde karlılığın değil ama verimlilik yollarının araştırılması gerekir²⁵⁴. Bunun bir sonucu olarak şunu belirtmek gerekir ki, kamu özel işbirliği uygulamaları her zaman, her sunulacak kamu hizmetinde

²⁵² **KOENIG, Christian / WETZEL, Julia**, “The Relevance Of EC State Aid Control For PPP Infrastructure Funding”, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2007, s. 5, s. 5-11.

²⁵³ **YILDIRIM, Turan**, “Kamu Hizmeti ve Kar Amacı”, *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara 2001, s. 46.

²⁵⁴ **ÖZYÖRÜK, Mukbil**, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencileri İçin Çoğaltılmış Ders Notları, 1972-1973, s. 64.

uygulanması elzem olan, her durumda savunulacak bir yöntem değildir. Ancak verimli olduğu durumlarda da yukarıda bahsedilmiş bulunan faydalarından yararlanmak için kullanılması doğru olacaktır. Tümünden reddeden veya kabul eden yaklaşımların her ikisinin de hatalı olduğu kanaatindeyiz.

Kamu özel işbirliğinin alternatifsiz ve mükemmel olduğu varsayımı ne kadar eleştiriye açık ise, modelin sadece sorunlu taraflarını ön plana çıkarmak da bir o kadar yanlıştır. En nihayetinde projelere ilişkin karar, kamu otoritesi tarafından verilmektedir ve her bir projenin ayırt edici özellikleri değerlendirilerek ve karşılaştırmalı bir yöntem benimsenerek kamu menfaatlerine daha uygun olan usulün seçilmesi doğru davranış biçimi olacaktır. Kamu Özel İşbirliğinin salt sağladığı düşünülen avantajlarına bakarak, bunun idarenin taraf olduğu her proje için en uygun model olduğunu savunmak kanaatimizce doğru bir yaklaşım olmayacaktır ve böyle bir yaklaşımın kamu menfaati ile örtüşmeyen sonuçlar doğurması çok olasıdır. Bunun yerine yapılması gereken karşılaştırmalı bir yöntemin belirlenmesi, diğer başkaca usullerle, örneğin geleneksel yollarla tedarik edilmesi halinde, proje maliyetinin ulaşacağı değer ile kamu özel işbirliğine başvurulması halinde oluşacak maliyetin analiz edilmesi ve her bir projenin ayırt edici özelliklerine göre en avantajlı uygulamaya karar verilmesidir. Bu yöntem idare açısından daha faydalı ve doğru olacaktır. Uluslararası arenada da kabul edildiği üzere KÖİ, yüksek uzmanlık gerektiren, karmaşık ve başarısız uygulanması durumunda, kamu kesimi üzerinde uzun süreli yüksek mali riskler getiren bir modeldir²⁵⁵, tüm bunlar bu yöntem kullanılırken çok dikkatli olunması gerektiğini ortaya koymaktadır. KÖİ uygulamaları günümüzde, sosyal gelişmeyi hızlandırıcı, ulusal kalkınmaya yardımcı,

²⁵⁵ **GÖKTÜRK, Serhan**, Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap – Kirala – Devret Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 24.

ekonomik büyümeye işlevsel katkı sağlayan araçlar olarak kabul görmekteyseler de²⁵⁶, yukarıda tekraren belirtildiği üzere, hatalı uygulandıkları durumlarda, çokça olumsuzluğu beraberinde getirirler, bu sebeple kamu özel işbirliklerini uygulamaya koyarken, çok dikkatli olmak gerekir.

²⁵⁶ SARISU, s. 337.

İKİNCİ BÖLÜM

YAP İŞLET DEVRET MODELİ

I. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİ

Öncelikle şunu belirtmek isteriz ki, kamu özel işbirliklerinin genel olarak anlatıldığı çalışmamızın birinci bölümünden sonra, çalışmamızın bu kısmında, kamu özel işbirliği modellerinden biri olan, yap işlet devret modeli incelenecektir. Her yap işlet devret modeli bir kamu özel işbirliğidir, ancak her kamu özel işbirliği uygulaması bir yap işlet devret modeli örneği değildir. Ayrıca bu noktada şunu hatırlatmak gerekir ki; kamu özel işbirliği kavramı, yap işlet devret modeli ve çalışmamızın ilk bölümünde bahsedilmiş bulunan pek çok başka model için kullanılan bir çatı kavramdır. Dolayısıyla, kamu özel işbirliklerinden hiç bahsetmeden, yap işlet devret modelinin anlatılması mümkün değildir. Bu durum, çalışmamızın bu kısmında anlatılanlar ile, ilk bölümünde anlatılanlar arasında bir iç içe geçmişliği beraberinde getirmektedir. Esasen, kavramlar arasındaki ilişki göz önünde bulundurulduğunda, bu durum oldukça normaldir.

1. YAP İŞLET DEVRET UYGULAMALARININ GELİŞİMİ

Günümüzde esasen, büyük sermaye veya yüksek teknoloji gerektiren kamu yatırımlarının finansmanı için kullanılan bir model olan, en azından öyle olması gereken, yap işlet devret modelinin temel felsefesi, Fransa'da, 17.yüzyılda, köprülerin ve kanalların gerek merkezi yönetimler gerekse yerel yönetimler tarafından özel şirketlere yaptırılması ve belirli imtiyaz süresi boyunca, özel şirketler tarafından, işletilen bu yatırımların, sürenin sonunda,

kamuya devredilmesi ile ortaya çıkmıştır²⁵⁷. Her ne kadar birinci bölümde daha eski örneklerden bahsedilmişse de, bu örneklerin kamu özel işbirlikleri için verildiği unutulmamalıdır. Perier Brothers'a, 1782 yılında, Paris'in içme suyunun temini imtiyazının verilmesi yap işlet devret modelinin önemli örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Sonrasında Süveyş Kanalı'nın, Avrupa ve Mısır kaynaklı finansmanla, Mısır Devleti tarafından yetkilendirilen Süveyş Kanalı Şirketince, 1879 yılında, açılması ve işletmesinin bu şirket tarafından 99 yıllığına üstlenilmesi ve ayrıca yapımında benzer bit method kullanılan, Rusya'daki Trans-Siberian demiryolları, bu modelin, belki de en ünlü örnekleridir²⁵⁸. Fas'da Tangiger Limanı ve Kanada'da Vancouver Limanı YİD modeli kullanılarak yapılmıştır²⁵⁹. Sonraki dönemde, yap işlet devret modelinin örnekleri, İngiltere, Almanya ve Osmanlı'da da görülmüşse de, 1800'lerin sonlarından başlayıp 1900'lerin ortasına kadar geçen uzun dönemde, altyapı yatırımlarına olan ihtiyacın, dünyadaki ekonomik gelişmelere paralel olarak artmasının yanında, sanayileşmiş ülkelerde yaygınlaşan, temel kamu hizmetlerinin merkezi planlama ve kontrol altında olması gerektiği düşüncesi ve diğer çeşitli nedenlerle, örnekler azalmıştır²⁶⁰.

²⁵⁷ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin**, Türk Özel Hukukunda Yap İşlet Devret (YİD) Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 5.

²⁵⁸ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 5.

²⁵⁹ **JALE, Ece Nur**; ‘Denizcilik Sektörünün Özelleştirilmesi’, <https://www.denizhaber.com/denizcilik-sektoru-ve-ozellestirme-makale,30.html> (Eşirimi Tarihi: 20.04.2021)

²⁶⁰ **JEFFERIES Marcus / GAMESON Rod / ROWLINSON Steve**, "Critical Success Factors of The BOOT Procurement System; Reflections From The Stadium Australia Case Study", Engineering Construction Architectural and Management , 9/4, 2002, s. 353.

19. yüzyılda, hızlı kentleşme nedeniyle, ulaşım, haberleşme, elektrik, su ve gaz dağıtım hizmetlerine olan ihtiyaç, batı ülkelerinde gözlenen hızlı sanayileşmenin de etkisiyle artmıştır ve bu nedenlerle büyük altyapı yatırım talebi oluşmuştur²⁶¹. Bu dönemde ekonomiye devlet müdahalesinin olmaması gerektiği düşünüldüğünden, bu hizmet ve yatırımların tümü özel şirketler eliyle yürütülmüşse de, bu durum, rakip şirketler arasında yıkıcı bir rekabeti de beraberinde getirmiş, kaynak israfına ve verimsizliğe yol açmıştır²⁶².

Devletin kamu yatırımlarını kendisinin üstlenmesi, bu süreçte, gündeme gelmiştir ve 20. yüzyılda yaşanan dünya savaşlarının neticesinde de, savaşların geride bıraktığı büyük yıkımlar nedeniyle, özel sektör eliyle gerekli olan finansman ve organizasyonun sağlanması ve yatırım ihtiyacının karşılanması mümkün olmamıştır, bunun bir sonucu olarak, devletlerin ekonomiye müdahalesi ihtiyacı devam etmiştir. Yukarıda bahsedilen ekonomiye devletin müdahalesinden kaçınmakta olan endüstrileşmiş ülkelerde bile, özel sektörün kamu yatırımları alanına girmesi mümkün olmamış²⁶³, yeni altyapı yatırımlarının kamu kaynaklarıyla gerçekleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu noktada, 1929 ekonomik krizine de değinmek gerekecektir, zira bu krizin aşılması sonrasında, devletler ekonomiye müdahale etmeye başlamış ve altyapı yatırımlarının yanında, sanayi alanında da, ekonomide yer almışlardır, bununla birlikte, karma ekonomi yayılmaya başlamıştır; bu durum,

²⁶¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 5.

²⁶² **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 5-6.

²⁶³ **AUGENBLICK Mark/ CUSTER B.Scott Jr.**, The Build, Operate, and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries, Policy, Research, and External Affairs Working Papers, Infrastructure, The World Bank, WPS 498, 1990, s. 1.

ekonominin özel sektör eline bırakılmasını, kapitalizmin gelişimine rağmen, engellemiştir. Görülüyor ki, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra, hızlı büyüme ihtiyacında olan ülkelerde, özel sektörün yeterli sermaye birikimi olmadığı için, devletin ekonomideki ağırlığı ve lider rolü ön plana çıkmış, devletler kendi kaynaklarını kullanmışlardır. Bir başka ifade ile, klasik model kullanılarak kamu yatırımları gerçekleştirilmiştir²⁶⁴.

Nihayet, 1970'lerin sonu 1980'lerin başında, dört temel gelişme nedeniyle, büyük projelerin gerçekleştirilebilmesi için yeni finansman modelleri arayışı başlamıştır. Bunlardan ilki, nüfus artmasına ve ekonomik büyümeye bağlı olarak artan altyapı ihtiyacıdır; ikincisi üçüncü dünya ülkelerinde aşırı borçlanma nedeniyle ortaya çıkan ödeme güçlüğü ve bu durumun yarattığı ekonomik krizdir; üçüncüsü büyük inşaat firmalarının, kârlı yeni projeler bulma zorluğudur; dördüncüsü ise 1980'lerde pek çok ülke ve uluslararası kredi kurumlarınca savunulmaya başlanmış olan özelleştirme uygulamalarıdır, bu dört neden yap işlet devret modelinin tekrar popülerleşmesini sağlayan asli nedenlerdir²⁶⁵. Özellikle Batı Avrupa, Kuzey Amerika, Japonya ve Avustralya gibi endüstrileşmiş ülkelerde, 1970'li yılların sonlarında, gelişme hızı karşısında mevcut altyapı yatırımları yetersiz kalmış ve yaşanan nüfusun artan sağlık ve bakım hizmeti ihtiyacı yoğun olarak hissedilmeye başlanmıştır; gelişmekte olan ülkelerde ise Malezya, Hong Kong, Tayvan, Meksika ve Güney

²⁶⁴ **KUMARASWAMY Moham / ZHANG Xue Qing**, "Governmental Role in BOT-led Infrastructure Development", International Journal Project Management, V. 19, Issue 4, 2001, s. 196; **İMRE, Erol**, Türkiye'de Yap İşlet Devret Modeli Yasal Çatısı, Uygulaması, Yüksek Denetleme Kurulu, Ankara 2001, s. 3., <https://archive.is/V8av1> (Erişim Tarihi: 27.5.2021)

²⁶⁵ **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 1.

Afrika gibi, nüfus patlaması nedeniyle mevcut, sınırlı altyapı yatırımları yetersiz kalmıştır. Bu durum beraberinde, devletlerin dış borçlanma ihtiyacının artmasını getirmiş ve uluslararası finans piyasasına talep, fazlasıyla yoğunlaşmıştır²⁶⁶. Globalleşme rüzgarının da etkisiyle, bu dönemde liberal piyasa ekonomisi ağırlık kazanmış, özelleştirme teşvik edilmeye, devletçilik terk edilmeye başlanmıştır. Bu gelişim, uluslararası finans piyasasını da etkilemiş ve devletten devlete açılan krediler kamu yatırımlarının finansmanında kullanılamamaya başlanmıştır²⁶⁷.

Günümüzde, kamu hizmetlerinin hem niteliği hem de niceliği giderek artmaktadır, diğer sosyal ve ekonomik gelişmeler ile birlikte, alt ve üst yapıya duyulan ihtiyaç hızla büyümektedir, oysa devlet bütçesinin imkânları sınırlıdır ve her geçen gün artan ihtiyacın yalnızca eski usullerle karşılanamayacağı muhakkaktır. Bu durum, yeni kaynak ve finansman yöntemlerinin bulunmasını zorunlu hale getirmiştir ve sonuç olarak artan yatırım ihtiyacının karşılanabilmesi için özel teşebbüsün finansman ve riske katılımını sağlamaya yönelik çözüm arayışları başlamıştır²⁶⁸. Yap işlet devret modeli de, tıpkı diğer kamu özel işbirliği modelleri gibi, özel sektörün finansman ve riske katılımına dönük arayışların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle alt yapı yatırımları bakımından özel kesimin payının artırılması suretiyle kamu finansman yükünün hafifletilmesi ve ayrıca hizmet sunumunda etkinliğin artırılması yap işlet devret modelinin en temel hedefidir.

²⁶⁶ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 7.

²⁶⁷ **JEFFERIES / GAMESON / ROWLINSON**, s. 353

²⁶⁸ **GENÇOĞLU, Şerife**, Türk İdare Hukukunda Yap İşlet Devret Modeli (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008, s. 37.

Aynı dönemde, kamunun en önemli finansman kaynaklarından biri olan Dünya Bankası, gelişmekte olan ülkelere subjektif şartlar uygulamaya başlamıştır; kredi vermek için özelleştirmelere gidilmesi, bütçe ayarlamaları yapılması, enflasyona karşı tedbir alınması, yerel alt yüklenicilere tanınan ayrıcalıkların kaldırılması, bunların yanında, birinci dünya ülkelerinin yatırımcılarını destekleyen başkaca politikalar uygulanması ve hatta anayasal düzene ilişkin değişiklik taleplerinin çeşitli yollardan dile getirilmesi ve benzeri şartların koşulması neticesinde, kredi talep eden gelişmekte olan ülkeler bu kurumdan kredi temin etmekte güçlüklerle karşılaşmışlar, alternatif yollar arayışına gitmişlerdir. Kamunun diğer bir önemli finansman kaynağı olan, büyük yatırımlar için kamu kuruluşlarına finansman temin eden yatırım bankaları da, organizasyon bozukluğu ve kendi aralarında etkin bir planlama olmaması gibi nedenlerle, sınırlı fon kaynaklarının verimsiz kullanılması sorunu ile karşı karşıya kalmışlardır, örneğin; aynı ülke veya projeler için mükerrer kredi kullandırılması gibi²⁶⁹.

İşte bu gibi nedenlerle, kamu gelirlerinin çoğunu, yüksek oranlı faizlerle borçlanma sebebiyle kamu açıkları artmış olduğu için, borç ödemelerine ayıran ve uluslararası fonlardan kredi temin edemeyen ülkelerin, yeni yatırımlara ayıracak kendi kaynakları olmadığı gibi, yeni kredi alacak kredibiliteleri de yoktur, ülkeler, kendilerine başka yollar arayışına girmişlerdir. Eski imtiyaz modeline kıyasla çok da yeni sayılamayacak olan ve fakat non-recourse niteliği nedeniyle kendine has bir yapısı olacağı düşünülen YİD modeline yönelmişlerdir²⁷⁰. Tüm bunlara ek olarak, bu dönemde liberal ekonomik rüzgarlarda

²⁶⁹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 7.

²⁷⁰ **SOZZI, J. Christopher**, "Project Finance and Facilitating Telecommunications Infrastructure, Deveelopment in Newly-Industrializing Countries", Santa Clara Computer

şiddetlenmiş, kamu hizmetlerinin görülmesinde, özel sektörün gerek esnek ve dinamik yapısı gerekse elinde tuttuğu kaynaklar ile başarılı olacağı düşüncesi genel olarak kabul görmeye başlamıştır. Bunun sonucunda, devletlerin bütçe dışı kaynak yaratma imkânlarının giderek azalmasının da etkisiyle, devletler ekonomiden ve pek tabii ki büyük yatırımlardan da yavaş yavaş çekilmeye zorlanmıştır. Nitekim özelleştirmeler de bu süreçte, devletin serbest piyasa düzeninin, düzenleyicisi ve denetleyicisi olması gerektiği ve kamunun ekonomideki payının en aza indirilmesi gerektiği düşüncesiyle, gelişen liberal politikaların bir sonucu olarak, gündeme gelmeye başlamıştır; özel sektöre, özelleştirme yolu ile, daha çok hizmet ve imalat sektörlerindeki faaliyetlerini aktarmayı amaçlayan devletler, altyapı hizmetlerini ise genellikle YİD modeli ile özel sektöre yaptırmayı hedeflemişlerdir²⁷¹. Ancak, YİD modelinin kullanımı, gelişmiş ülkelerde, ekonomik etkinliği arttırmak ve kamunun ekonomiye müdahalesinin azaltılması gayeleryle sınırlı kalırken, gelişmekte olan ülkelerde, teknoloji ve finansman ihtiyacının karşılanmasına yönelik olmuştur²⁷².

and High Technology Law Journal, V. 12, Issue 2, 1996, s. 4-5; **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 2; **ERDOĞDU, Seyhan**, "Yap-İşlet Devret Modeli Özelleştirmenin Kestirme Yolu", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C. 21, S. 200, Ankara 1997, s. 23; **KERR, M.Thomas**, "Supplying Water Infrastructure to Developing Countries via Private Sector Project Financing", (Cite as: 8 Geo Int'l Envtl.L.Rev.91), Georgetown International Environmental Law Review, V.8, 1995, s. 3-4; **ALTINTAŞ, M. Ayhan**, : "Birlikte Tüketim Konusu Olan Mal ve Hizmetlerde Yap-İşlet-Devret Modelinin Düşündürdükleri", İdarecinin Sesi Dergisi, C. 3 S. 3, Ankara, Mayıs 1989, s. 28.

²⁷¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 8.

²⁷² **İMRE**, s. 3; **COŞKUN, İsa**, "Yap İşlet Devret / Yap İşlet Modelleri ve Yabancı Sermaye", Yaklaşım Dergisi, Y. 6, S. 67, 1998, s. 44-45.

Sonuç olarak Şu sylenabilir ki, YİD modelinin uygulama örneklerine baktığımızda, birkaç yüzyıl önceden beri uygulanagelen bir model olduğu görülmektedir. Bununla beraber, modelin çeşitli nedenlerle popülerleŐtiđi, çokça uygulama alanı bulduğu dönemler olduğu gibi, uygulama alanı bulamadığı dönemler de olmuştur. Bugün itibariyle, yukarıda uzunca açıklandığı üzere, pek çok farklı devlet tarafından pek çok farklı nedenle tercih edilmektedir. Peki ya ülkemiz coğrafyasında bu modelin gelişimi nasıl olmuştur?

Kamu borçlanması, Osmanlı döneminden bu yana, ülkemiz için her zaman bir sorun olmuştur, bu durum da, yapılacak yatırımlarda farklı çözümler aranmasını beraberinde getirmiştir. Bunun bir sonucu olarak, yap işlet devret modeli, ülkemiz topraklarında geçmişten bugüne uygulanagelmiŐtir. Bunların belki de en önemlisi, Londra Metrosundan sonra dünyanın en eski ikinci metrosu olan “Tünel”dir²⁷³. Bunun dışında; HaydarpaŐa Liman

²⁷³ <https://www.iETT.istanbul/tr/main/pages/tunel-hakkinda/93>: “Londra’dan sonra dünyanın en eski ikinci metrosu olan Tünel’in oluŐum hikayesi Fransız mühendis Eugene Henri Gavand’ın giriŐimiyle başlar. Gavand, dönemin ticaret ve bankacılık merkezi olan Galata ile sosyal hayatın kalbinin attığı Pera arasında sürekli mekik dokuyan insanları gözlemler ve Yksekaldırım YokuŐu ile Galipedede Caddesine alternatif bir yol düŐünür. Bu iki merkezi birbirine bağlayacak asansör tipinde bir demiryolu projesi için Osmanlı PadiŐahı Sultan Abdülaziz Han’ın huzuruna çıkar, 10 Haziran 1869’da Tünel yapım imtiyazını alır. İŞletme süresi 42 yıl olarak belirlenen Tünel ‘yap-işlet-devret’ modeliyle inşa edilir. Tünel yapım alıŐmaları 30 Haziran 1871’de başlar. Temmuz 1872’de İngiliz uyruklu “The Metropolitan Railway Of Constantinople From Galata to Pera” adlı Şirketin tescili yapılır. 05 Aralık 1874’de yapımı tamamlanan Tünel’de hayvan taŐımalı deneme seferlerinin ardından 10 para yolculuk creti karşılığında insan taşımacılığına geçilir. Tünel, 17 Ocak 1875’te yerli ve

İşletmesi, İzmir Liman İşletmesi ve Göztepe Tramvay İşletmesi, Gaz İdaresi, Osmanlı dönemindeki diğer yap işlet devret örnekleridir²⁷⁴.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise, Osmanlıda örnekleri çokça bulunan bu uygulamalar, 1930 yılından itibaren, KİT'lerin kurulması suretiyle, karma ekonominin uygulanmaya başlaması ve kamu hizmetlerinin sunulmasının kamu kurumlarına bırakılmasıyla sona erdirilmiştir²⁷⁵. Zaman içerisinde ülkemiz bir yüksek enflasyon sarmalı içerisine girmiş ve Türkiye, uzun yıllar boyunca yaşadığı yüksek enflasyonun etkisi ile ve enflasyonu düşürmek amacıyla, kamu yatırımlarına ayırdığı kamu gelirlerini giderek azaltmıştır; zira ülkemiz, bu dönemde, gelirlerinin büyük bölümünü iç ve dış borç ödemelerine harcamak zorunda kalmıştır.

1980 sonrasında, uygulanan liberal ekonomik politikaların da etkisiyle, yeni yasal düzenlemeler ve çeşitli ülkelerle yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları imzalanmak suretiyle, yabancı sermayenin ülkeye gelişinin özendirilmesi amaçlanmıştır²⁷⁶.

yabancı muteber davetli topluluğunun katıldığı görkemli bir törenle hizmete alınır. İlk yapım maliyeti 180 bin Osmanlı Lirası olan Tünel tesislerinin enerjisi 150 beygir gücünde iki buhar makinesiyle sağlanır. Tünel, sefere başladığında iki tarafı açık olan vagonlar elektrik olmadığı için gaz lambalarıyla aydınlatılır

²⁷⁴ İMRE, s. 4-5.

²⁷⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 10.

²⁷⁶ CÖMERT, Faruk, "Yabancı Sermayenin Dünü, Bugünü ve Geleceği", Hazine Dergisi, S. 12, Ekim 1998, s. 13.

Bu dönemde, liberal ekonomi stratejisi çerçevesinde, finans, ticaret ve endüstri sektörleri dış rekabete açılmıştır, rekabetteki bu gelişmeler beraberinde, bir sermaye yoğunlaşmasını getirmiş, firmaların ölçeklerinin büyümesiyle birlikte, modern yönetim teknik ve teknolojilerinin önem kazanmasının yanında, verimlilik ve maliyetlerin kontrolü ön plana çıkmıştır; başta karayolları, haberleşme ve enerji alanlarındakiler olmak üzere, altyapı yatırımları hız kazanmış, yabancı sermaye girişi artmıştır. İşte bu yeni ortamda, YİD terimi ilk kez, Turgut Özal tarafından telaffuz edilmiş ve literatürde kendisi, bu modelin isim babası olarak anılmaya başlanmıştır²⁷⁷. İlk yasal düzenleme de, 1984 yılında, yine Turgut Özal'ın öncülüğünde yapılarak, en fazla 99 yıllığına olmak üzere, enerji üretim tesislerinin yapımı ve işletilmesi hakkının özel sektöre verilmesine imkân yaratılmıştır. Bu yeni yasal düzenlemeyle, yatırım ve işletme maliyetinin tümünün yatırımcı şirketçe karşılanması öngörülmekte, bu şekilde özel sektörün bilhassa enerji sektörüne girişi desteklenmekteydi. Mevzuat çalışmaları ile ilgili ayrıntılı bilgi sonraki bölümde verilecektir.

Ülkemizde YİD modelinin uygulanması ilk defa, Mersin yakınlarındaki Akkuyu Nükleer Güç Santrallerinin inşası amacı ile 1984 yılında, gündeme gelmiştir; ikinci gündeme gelişi ise, 1985 yılında ikinci boğaz köprüsünün yapımıdır, fakat her iki projenin gerçekleştirilmesinde de yap işlet devret modeli uygulanamamıştır²⁷⁸. Bununla birlikte, YİD modelinin uygulanmasına yönelik ilk sözleşme, Ankara Büyükşehir Belediyesi Encümeni'nin, 2.8.1985 tarih, 1135/1633 sayılı kararına dayalı olarak, alışveriş merkezi Atakule'nin yapımı ve işletilmesi için, Belediye ile Anıtsal Yapılar Sanayi Ticaret ve Turizm

²⁷⁷ **SEZER, Yasin**, “Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap-İşlet-Devret Modeli”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000, s. 32.

²⁷⁸ **GENÇOĞLU**, s. 41.

Şirketi arasında (YİD sözleşmesi) imzalanmıştır²⁷⁹. Günümüzde ise, yap işlet devret modeli sıkça kullanılmaktadır: İstanbul Yeşilköy Hava Limanının genişletilmesi, Ankara Esenboğa Hava Limanının genişletilmesi, Antalya Hava Limanının genişletilmesi, İstanbul Sabiha Gökçen Hava Limanının genişletilmesi, Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Kuzey Marmara Otoyolu, Osmangazi Köprüsü ve Avrasya Tüneli ilk akla gelen örneklerdir.

2. TÜRKİYE’DE YAP İŞLET DEVRET İLE İLGİLİ MEVZUAT

Geçmişten bugüne ülkemizin yap işlet devret mevzuatı, ana hatları ile, aşağıdaki gibidir:

- YİD modeline ilişkin ilk yasal düzenleme, 4096 sayılı ve 4.12.1984 tarihli “*Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*” ile enerji sektöründe yapılmıştır. Bu Kanunun uygulamasına yön vermek amacıyla dört adet yönetmelik yayımlanmıştır. Bunlar; 85/9759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (BKK) ekinde yayımlanan “*Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik*”, 85/9800 sayılı BKK ekinde yayımlanan “*TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösterir Yönetmelik*”, 87/11488 sayılı BKK ekinde yayımlanan “*Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim*

²⁷⁹ GENÇOĞLU, s. 41; PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 9-10; ÖZER, Kadir, “Yap İşlet Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları”, Ziraat Mühendisliği Dergisi, S. 358, s. 35.

Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti Konusunda Görev Verilmesi Esasları Hakkında Yönetmelik” ve 91/1630 sayılı BKK ekinde (95/7003 sayılı BKK ile değişik) yayımlanan “Elektrik Enerjisi Fonu Yönetmeliği” dir.

- Enerji sektöründe, YİD modeli çerçevesinde, elektrik ticaretini, iletimini, üretimini ve dağıtımını düzenleyen 3096 sayılı Kanundan sonra; otoyolların ve üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi konusunda, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin, YİD modeli kapsamında görevlendirilebilmesini öngören, 28/5/1988 tarih ve 3465 sayılı *“Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”* 19830 sayılı ve 2.6.1988 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış, yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun uygulama yönetmeliği ise, 93/4186 sayılı BKK ekinde yayımlanmıştır. Uygulamada, 3465 sayılı Kanuna, daha çok otoyol hizmet tesislerinin yapılması ve işletilmesinde başvurulmaktadır.
- Yapılan bu sektörel düzenlemelerin ardından, modele genel bir hukuki temel kazandırmak amacı ile, 3996 sayılı *“Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun”* 21959 sayılı 13.6.1994 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur. 1.10.1994 tarihinde ise, bu kanunun uygulama usul ve esaslarına dair 94/5907 sayılı BKK, yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. 3996 sayılı Kanun ile, 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun hükümleri saklı tutulurken; ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren diğer bazı yatırımlar, otoyol yatırımları, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, YİD modeli kapsamına alınmıştır.

- Anayasa'nın 47'nci maddesi, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla, değiştirilmiş; devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği hususlarının kanunla belirlenebilmesine olanak tanınmıştır. Anayasa'da yapılan bu değişikliğe uyum sağlanaması amacıyla, 3996 sayılı YİD Kanunu'nun 2 ve 5'inci maddelerinde, 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış; pek çok kamu hizmeti, 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmış ve 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur.

3. YİD MODELİNİN TANIMI

Yap işlet devret modeli için, gerek doktrinde gerekse mevzuatta, pek çok tanım yapılmıştır. Bu tanımlar aşağıda sıralanmıştır:

A. DOKTRİNDE YAP İŞLET DEVRET TANIMLARI

YİD için doktrinde yapılan pek çok tanım aşağıda sıralanmış olmakla birlikte, tanımlarda genel olarak aynı ifadeler kullanılmıştır. Bu sebeple, bu bölümde tanımları incelerken, ilk bölümde yaptığımız gibi, tanımlarda yer verilen unsurları kullanarak bir inceleme yapmayacağız, doğrudan tanımları vermekle yetineceğiz.

DURAN, YİD modelinin *“bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulması, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan*

sermayenin amortismanı ve kâr gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devrine imkân veren bir rejim” olduğunu ifade etmiştir²⁸⁰.

Çok benzer bir tanım yapan **COŞKUN**, YİD için “ *bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulması ve belirli süre işletilmesi suretiyle yatırılan sermayenin amortismanı ve kâr gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir rejim, iç finansman kaynaklarının yetersizliği ve kredi imkânlarının sınırlı olması nedeniyle ortaya çıkmış bir girişim modeli” tanımlamasını yapmıştır²⁸¹.*

Benzer bir başka tanım, **YERLİKAYA** tarafından da yapılmıştır: “*YİD modeli, kamu finansmanının kamusal nitelikli yatırımları gerçekleştirip, kamusal mal ve hizmetleri yerine getirmede yetersiz kalması durumunda ya da devletin ekonomi ve kamu hizmeti anlayışının değişmesi sonucunda söz konusu yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde özel sermayenin finansmanına imkan tanıyan ve özel sermayenin sağladığı yatırım ve finansman karşılığında belirli süreliğine karı ve zararı kendine ait olmak üzere işletilmesine ve süre sonunda tüm yatırım ve tesislerin bedelsiz ve her türlü borçtan ari olarak ilgili kamu idaresine geçmesini sağlayan bir model” olarak tanımlamıştır²⁸².*

²⁸⁰ **DURAN, Lütfi**, "Yap-İşlet-Devret", AÜSBF Dergisi, C. 46, S. 1, Ankara 1991, s. 150.

²⁸¹ **COŞKUN**, s. 46.

²⁸² **YERLİKAYA, Gökhan Kürşat**, Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirilmesi, Ankara 2002, s. 26-27.

İMRE, YİD modelinin işletme kısmına ilişkin birtakım detaylara yer vererek, modeli , “bir kamu altyapı yatırım veya hizmetinin finansmanı özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve kamu tarafından belirlenen bir süre için işletilmesi ve yine bu süre içinde ürettiği mal ve hizmeti, tarafların karşılıklı saptadıkları bir tarife uyarınca kamu kuruluşlarına satması ve sürenin sonunda işletmekte olduğu tesisleri bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda ilgili kamu kuruluşuna devretmesi” şeklinde tanımlamıştır²⁸³.

UĞUR tarafından yapılan tanım; “Yap İşlet Devret modeli bir kamu hizmet ya da faaliyeti ya da bayındırlık işinin, (kamu kurumu ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası şirketler arasında yapılan bir sözleşme çerçevesinde) sabit bir fiyat üzerinden, tüm masrafların özel teşebbüs tarafından karşılanarak, yatırım yapılan ülkenin üretilen mal ya da hizmetleri satın alma garantisi altında projelendirilmesi, finanse edilmesi, inşa edilmesi, korunması ve belli bir süre işletilmesi suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kârının gerçekleştirilmesinden sonra sürenin bitiminde tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu kurum ya da kuruluşuna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir” şeklindedir²⁸⁴.

GÜNEŞ ise YİD modelini, “Yap İşlet Devret modeli, bir kamu hizmetinin kamu kurum ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası özel sermaye arasında yapılan bir sözleşme çerçevesinde sermayeyi, kâr ve zarar ile tüm masrafları yüklenici tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi, yapılan tesisin yüklenici tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi;

²⁸³ **İMRE**, s. 4.

²⁸⁴ **UĞUR, Oktay**, “Yap-İşlet-Devret Girişim Modelinin Hukuksal ve Ekonomik - Mali Etkileri”, 1993 yılı Hesap Uzmanları Kurulu Konferansları IV, Ankara 1993, s. 245.

*yapılan tesisin yüklenici tarafından belli bir süre işletilmesi sonucunda, yatırılan sermayenin ve belli bir kârın (zararın) elde edilmesi; sözleşmede belirtilen süre sonunda tesisin işler vaziyette, her türlü taahhüt ve borçtan arındırılmış olarak, ilgili kurum ya da kuruluşlarına devir ve teslimini sağlayan kamu yatırım ve finansman modelidir*²⁸⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

KARACA ve **PİRLER** ise çok daha kısa bir tanım yapmayı tercih etmişler; “*YİD özellikle büyük ölçekli altyapı projelerinin özel sektör tarafından gerçekleştirilerek, belli bir süre işletildikten sonra kamuya devridir*” şeklinde bir tanımlama yapmışlardır²⁸⁶.

SİRMEN ve **ÇAL** ise daha farklı bir bakış açısıyla, YİD’in, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde geliştirilen bir finansman modeli olduğuna işaret etmişlerdir²⁸⁷.

²⁸⁵ **GÜNEŞ, Cengiz**, Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara 2002, s. 21.

²⁸⁶ **KARACA Yüksel**, “Yap İşlet Devret Modeli”, Yaklaşım Dergisi, S. 34, 1995, s. 58; **PİRLER Orhan**, “Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, S. 1, Ankara 1995, s. 47.

²⁸⁷ **SİRMEN, Lale**, “Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli”, Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara 1996, s. 11; **ÇAL, Sedat**, “İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım Önerisi ve Bu Bağlamda Enerji Sektöründe Karşılaşılan Hukuki Sorunlara Getirilebilecek Çözüm Üzerine Denemeler”, Finans Dünyası Dergisi, S. 100, İstanbul 1998, s. 42.

CENGİZ, YİD modelinin “*yap işlet devret modeli bir kamu hizmetinin kamu kurumu ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası özel sermaye arasında yapılan bir idari sözleşme çerçevesinde sermayesi, kar ve zarar ile tüm masrafları yüklenici tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve yapılan tesisin yüklenici tarafından belli bir süre işletilmesi sonucunda yatırılan sermayenin ve belli bir karın elde edilmesi ve sözleşmede belirtilen sürede tesisin işler vaziyette her türlü taahhüt ve borçtan arındırılmış olarak ilgili kamu kurum ya da kuruluşlarına devir ve teslimini sağlayan kamu yatırım ve finansman modeli*” olduğunu ifade etmiştir²⁸⁸.

GENÇOĞLU ise, YİD modelini “*Yap-işlet-devret modeli, kanunun görev alanına giren bir yatırım ya da hizmetin, yatırım ve işletme döneminde oluşacak masrafları karşılayan yüklenici tarafından belirli bir süre işletilmesi hakkına sahip olunması*”²⁸⁹ şeklinde tanımlamaktadır.

B. MEVZUATTA YAP İŞLET DEVRET TANIMLARI

Doktrinde geliştirilen bu tanımların yanında, 3996 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinde YİD, “*ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi(dir)*”

²⁸⁸ **GÜNEŞ**, s. 21.

²⁸⁹ **GENÇOĞLU**, s. 39.

şeklinde tanımlanmıştır²⁹⁰. Aynı tanım 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda da tekrar edilmiştir²⁹¹.

Esasen, 3996 sayılı Kanun'un Amaç maddesinde “*Bu Kanunun amacı kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamaktır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre de, YİD ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi ihtiyacı nedeniyle ortaya çıkmış bir finansman modelidir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'un gerekçesinde, “*Ülke kalkınmasında önem taşıyan, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve yaygın işletmecilik anlayışında yapılması yararlı olan yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin yanı sıra, Türk kanunlarına göre kurulmuş olan sermaye şirketleri ve Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümlerine göre Türkiye’de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı şirketlerin de görevlendirilmesi, kamunun kıt kaynaklarının en gerçekçi biçimde kullanılması açısından büyük önem taşımaktadır. Kanunda öngörülen yatırım ve hizmet alanlarında, rekabetçi bir ortamın oluşturulması, finansman ve yönetim açısından kendine yeterli bir modelin geliştirilmesi ile Devletin bütçe imkânlarının daha ağırlıklı kamu hizmetine kaydırılarak, özel sektör ve yabancı kuruluşların söz konusu yatırım ve hizmet alanlarına çekilmesi, ekonomik kaynak sorunlarına çözüm getireceği gibi hedeflenen gerçekçi büyüme doğrultusunda yatırımların hayata geçirilmesi, yeni iş olanaklarının*

²⁹⁰ Bkz. 13/6/1994 Tarih, 21959 Sayılı R.G.

²⁹¹ Bkz. 01/10/1994 Tarih, 22068 Sayılı R.G.

yaratılması ve işsizliğin giderilmesi konularında da yardımcı olacaktır”²⁹² açıklamasıyla, büyük yatırımlardaki finansman ihtiyacına işaret edilmiştir. Temel ihtiyaç finansman olmakla birlikte, yabancı sermaye ile çalışmak ve ileri teknoloji transferi, diğer ihtiyaçlardır; esasen bu ikisi de en az finansman temini kadar önemlidir. Zira, esasen kamu tarafından kredi temin edilerek, yüksek maliyetli yatırımların gerçekleştirilmesi mümkün olabileceken, projeyi gerçekleştirecek olan özel sektör yatırımcısının know-how’ına (işletme süresi sonunda da olsa) sahip olmak, bir başka deyişle, işletmeye yatırımın gerektirdiği ileri teknolojinin girişini sağlamak, YİD’in tercih edilmesinin sebebidir. Özel sektör yatırımcılarının (çoğu durumda yabancı sermayenin) söz konusu yatırıma ilgisini arttırmak için, işletme döneminde elde edilecek kâr, özel sektöre bırakılmaktadır²⁹³. Bunlara ek olarak, kamusal yatırımlar bakımından, bölgesel kalkınma farklılıklarının giderilmesi, bazı yatırım alanlarına ilginin artırılması ve altyapı yatırımlarındaki kamu payının azaltılması, gibi düşünce ve amaçlar da tabii ki mevcuttur²⁹⁴.

Sonuç olarak şu söylenebilir ki, YİD modeli için gerek doktrinde, gerekse mevzuatta çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan yola çıkarak biz de bir tanım yapmaya çalışırsak eğer: Yap İşlet Devret modeli; bir kamu hizmeti sunumunun, özel sermayenin finansmanından yararlanmak amacıyla, bir tarafında kamunun diğer tarafında özel sektörün olduğu bir sözleşme kapsamında sağlandığı; özel sektörün sağladığı finansman ile kamu hizmetinin sunulacağı tesisi inşa ettiği, belirli süreliğine yapılacak risk dağılımı çerçevesinde bu tesisi işlettiği ve süre sonunda tüm yatırım ve tesislerin her türlü borçtan ari olarak, çalışır

²⁹² TBMM Tutanak Dergisi 19.Dönem, C. 61 Eki.

²⁹³ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 33.

²⁹⁴ **POLATKAN VAHİT**, Yap İşlet Devret, Ankara 1997, s. 11.

vaziyette ve bedelsiz şekilde, ilgili kamu idaresine devrini sağladığı bir model, olarak tanımlanabilir.

II. YİD MODELİNİN TARAFLARI

A. KAMU

Yatırım sahibi, bir yatırımın gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olan YİD sisteminin taraflarından ilkidir. Daha çok kamu yatırımlarının finansmanında tercih edilen YİD modelinde yatırım sahibi, bir devlet veya bir kamu kurumu ya da mahalli idareler olmaktadır. YİD uygulamalarında sözleşmenin kamu tarafının kararlılığı çok önemlidir. Zira, YİD uygulamaları oldukça uzun bir zamana yayılır ve çok yönlü riskler içerir, bunun yanında, klasik yöntemlere nazaran daha pahalıdır ve daha fazla zaman alırlar, dolayısıyla zorlukları oldukça fazladır.

B. PROJE ŞİRKETİ

YİD'in diğer tarafı ise, yatırımcı proje şirketidir ve genelde kamu yatırımlarında kullanılan YİD modelinin özel sektör tarafıdır. Bu şirketin, mali açıdan güçlü, tecrübeli olması gerekir, bir veya birden fazla yatırımcıdan oluşabilir. Genellikle, uluslararası nitelikte, büyük bir müteahhitlik ve mühendislik firması veya yatırımın esaslı unsuru olan tesisatın tedarikçileri ile bunların yanına işletmeci şirketin katılımıyla, yatırımcılar arasında bir konsorsiyum oluşturulmakta ve ihalenin üzerlerinde kalmasını takiben, YİD için münhasır

amaçlı bir proje şirketi kurulmaktadır²⁹⁵. Kamunun YİD projelerine, bu şirketler tarafından ilgi gösterilmesi için, yatırımın karlılığı, teknik fizibilitesinin güvenilirliği, yatırım süresi ve risk paylaşımındaki denge, önemlidir²⁹⁶.

Bir YİD sözleşmesinde yatırımcı proje şirketi olarak bulunacak olan özel sektör tarafının, çok sabırlı olması gerekmektedir. YİD sözleşmelerinin çok uzun süre devam eden müzakereleri oldukça uzun zaman aldıkları gibi, çok yıpratıcı da olabilmektedir. YİD sözleşmesinin tarafı, kural olarak, yatırımcıların oluşturacağı konsorsiyum tarafından kurulan proje şirkettir. Ancak, şirket kuruluncaya kadar, konsorsiyum YİD sözleşmesine imza atmak suretiyle yatırım sahibine karşı taahhütlerde bulunulabilmektedir. Proje şirketi kurulduğunda ise, söz konusu sözleşme, bu şirkete devredilerek ilişkiye devam edilmektedir²⁹⁷.

III. YİD MODELİNİN UNSURLARI

Bir önceki bölümde YİD modeli için yapılmış birçok tanım sıralanmıştır. Tüm bu muhtelif tanımlar ve YİD modelinin uygulamaları bir arada değerlendirildiğinde, YİD'in dört temel unsuru olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlar; “*risk paylaşımı*”, “*eser inşası*”, “*finansman*” ve “*işletme hakkı*” dır. Doktrinde “risk paylaşımının” bir unsur olarak değil, fakat YİD'in önemli bir faktörü olarak ele alındığı çalışmalar da mevcuttur²⁹⁸.

²⁹⁵ AUGENBLICK / CUSTER, s. 7.

²⁹⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 64.

²⁹⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 66.

²⁹⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 33 vd.

1. RİSK PAYLAŞIMI UNSURU

Yukarıda kamu özel işbirliği aleyhine görüşlerin incelendiği kısımda da belirtildiği üzere, kamu ve özel sektör arasında bir amaç birliği yoktur, hatta bazı noktalarda aralarında bir menfaat çatışması olduğu dahi söylenebilecektir. Bu durum, tüm diğer kamu özel işbirliği modelleri için söz konusu olduğu gibi, yap işlet devret modeli için de söz konusudur. İşte YİD'in temelindeki menfaat çatışmalarını esas almak suretiyle, bu modeli mercek altına aldığımızda, karşımıza risk paylaşımının önemi çıkmaktadır; zaten, risk paylaşımı sırasında hangi riskin kimin üzerinde kalacağı mevzusu da başlı başına bir menfaat çatışmasıdır. Nitekim, YİD sözleşmesinin tarafları ve diğer unsurları arasındaki dengeler de risk paylaşımı politikasına göre belirlenmektedir²⁹⁹.

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, YİD en temelde finansman yaratmak amacıyla kullanılan bir modeldir ve uygulamadaki örneklerinde, gerek yatırımcı özel sektör kuruluşları gerek kredi kurumları, harcadıkları mali kaynağın kârı ile tahsiline engel olabilecek her türlü riske karşı büyük bir hassasiyet göstermektedirler. Bu tarz riskler, kurumların almak istemediği risklerdir ve risk paylaşımı sırasında, bu riskin kamuya devri için kullanılan yöntemlerden biri, “hazine garantileri”dir, ki bu konu aşağıda finansman unsuru başlığı altında detaylı olarak anlatılacaktır.

Gerek bu risk gerekse projeye dahil olan diğer tüm riskler, taraflarca önceden tanımlanmaya çalışılmakta, genellikle en az bir tarafın kontrolü altındaki olaylardan kaynaklanan bu riskler, riski en iyi yönetecek, kontrol edebilecek tarafın üzerinde

²⁹⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 34-35.

bırakılmaktadır, kontrol edilemese de sigorta edilebilir olan kimi riskler, proje tarafları açısından, sigorta edilebilir oldukları için, katlanılabilir kabul edilmektedir.

Örneğin; proje şirketi üzerinde kalması gereken kimi risklerin bazıları, tesisin ve işletme tesisatının sigortalanmasından başka, işçi tazminatları için sigorta, işletmenin kesintiye uğraması, gelir akışının kesilmesi gibi ticari risklere karşı sigorta ve yine politik riskler için de sigortalar yaptırılarak hafifletilebilmektedir; ancak, tüm riskler sigortalanamamaktadır, sigorta maliyetinin, riskin büyüklüğü nedeniyle, çok yüksek olduğu durumlar vardır³⁰⁰.

YİD projelerinde genellikle kâr marjı düşüktür, sigortalanabilen riskler nedeniyle (ödenen sigorta primleri dolayısıyla) maliyetin artması ve bunun bir sonucu olarak zaten az olan kârın daha da azalması nedeniyle, proje risklerinin kimin üzerinde kalacağı noktasındaki menfaat çatışmasının önemi daha fazla ağırlık kazanmaktadır. Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, YİD modelinde, risk paylaşımının finansman kurumları açısından da kabul edilebilir olması (bankability), kamu ile özel sektör arasındaki pazarlık sürecinde, asli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır, ki esasında bu durum, risklerin çoğunun yatırımcı özel sektör kuruluşu üzerinde bırakılması yolundaki en büyük engeldir³⁰¹.

³⁰⁰ **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 28-30; **KERR**, s. 9.

³⁰¹ **MORRISON, Neil**, "Project Finance in The United Kingdom", International Banking and Financial Law, 1996, s. 3,5; **STEWART - SMITH, Martin**, "Private Financing and Infrastructure Provision in Emerging Markets", Law and Policy in International Business, 1995, s. 1000.

Daha önce de belirtildiği üzere, risk paylaşımında temel ilke, her riskin bu riski yaratan olayı en iyi kontrol edebilecek olan tarafın üzerinde bırakılmasıdır; şunu da unutmamak gerekir ki, riski taşımanın bir maliyeti vardır, riskin üzerinde bırakıldığı taraf için, bu maliyet ile riski üstlenmekten beklenen kâr arasındaki denge, YİD projesinde yer alma hususundaki karar için belirleyici olacaktır. Bu dengeyi sağlamak amacıyla, proje taraflarının menfaat çatışmalarını gidermeye yönelik özel sözleşme hükümleri de düzenlenmektedir. Risk dağılımını temin edecek hükümler oluşturulurken, risk çeşidi ve ağırlığı kadar, proje taraflarının riskleri kontrol güçleri ve risk maliyetini taşıyabilme kapasiteleri de göz önünde bulundurulmaktadır. Dolayısıyla, her bir YİD projesinde kendine özgü bir risk kombinasyonu yaratılmaktadır³⁰². İki tarafça da kabul edilebilir bir risk dağılımına ulaşmak için yapılan pazarlıklarda, en fazla ele alınan unsurlar; sermaye maliyetinin yüksekliği, inşaat döneminin uzunluğu, işletme döneminin belirsizlikleri, temel girdi teminindeki güçlükler, pazara giriş imkânları, teknolojik sorunlar ve kamu yatırımları açısından politik risklerdir³⁰³.

Kamu, yatırımcı özel sektör kuruluşu, kredi kurumu ve tüketiciler açısından, bütün bu risklerin önemi ve ağırlığı farklıdır. Örneğin; işletmenin, yeterli bakım yapılmaması nedeniyle, sözleşme süresinin sonunda kullanılmaz halde olması veya verimli şekilde çalıştırılmayan projenin bunun bir sonucu olarak, iş hacminin ve müşteri çevresinin düşük düzeyde kalması ve işletme süresi sonunda kamuya bu şekilde devredilmesi, kamu açısından

³⁰² **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 36.

³⁰³ **TIONG Robert L.K. / ALUM Jahidul**, "Final Negotiation in Competitive BOT Tender", *Journal of Construction Engineering and Management*, V. 123, Issue 1, 1997, s. 89-93; **MAUEL John G.**, "Common Contractual Risk Allocations in International Power Projects", *Columbia Business Law Review*, V. 37, s. 38-39.

büyük bir risk oluşturmaktadır. Yine kamunun karşı karşıya olduğu bir başka risk, uygulanabilir bir teknoloji transferinin gerçekleştirilememesidir. Zira, YİD modelinin özellikle yüksek teknoloji gerektiren büyük yatırım projelerinde tercih edilmesi durumunda, teknoloji transferinin sağlanması asli bir unsurdur.

Kamu tarafınca sözleşmeye konulan, kamu menfaatini koruyan hükümlerle, YİD projesi kapsamında üretilecek mal veya hizmetin tüketicilere düzenli ve kesintisiz olarak ulaştırılması ve aynı zamanda satış fiyatının da makul düzeyde kalması sağlanmaktadır, bunun sağlanamaması durumu, hem kamu hem de tüketiciler için bir risk oluşturmaktadır, zira böyle bir durumda, kamu sağlaması gereken kamu hizmetini sağlayamamakta tüketici de kamu hizmetinden faydalanamamaktadır³⁰⁴.

Tesiste üretilecek mal veya hizmetin arz edileceği pazara girememesi ve tesis gelirinin kesintiye uğraması durumu ise, sözleşmenin özel sektör tarafı olan yatırımcının ve onun finansman temin ettiği kredi kurumlarının, ön plana çıkardığı risklerdir. Bunun yanında, YİD sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarca kusurlu ihlali halleri ve bunların hukuki sonuçlarının ayrıntılı olarak, her bir tarafın kusur halinin ayrı ayrı ele alındığı farklı başlıklar halinde, kararlaştırıldığı görülmektedir. Buna bağlı olarak projenin, kamu tarafından süresinden önce geri alınması (buy out) halinde uygulanacak usul ve bedelin de tespiti, özel sektör için önemlidir. Buraya kadar anlatılanlardan ve verilen örneklerden anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki menfaat çatışmasının da etkisiyle, riskler projenin her bir tarafı için farklılık

³⁰⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 36.

gösterir, esasında bu durum, yapılacak sözleşmelerde tarafların risk paylaşım hedeflerinin de kaynağıdır³⁰⁵.

YİD modeli kamu yatırım projelerinin hayata geçirilmesinde kullanılmaktadır. Rekabetçi ortamda yarışan yatırımcı kuruluşların, hak ettikleri yatırım projelerinin yapımı işini ve işletme hakkını alabilecekleri şeffaf ve adil bir ihale sistemi ve buna bağlı olarak politik risklerin de bir bölümünün bertaraf edilmesi, YİD uygulamalarında yatırımcılar açısından risklerin en aza indirilmesi için atılması gereken ilk adımdır; kaldı ki, yatırım sahibi olan kamu ve hizmetten yararlanacak olan toplumun, yatırımın en uygun fiyatla ve en iyi şekilde yapılmasındaki menfaatleri de, adil ve şeffaf bir ihale sistemini zorunlu kılmaktadır³⁰⁶.

Hem inşaat hem de işletme dönemlerinde muhtelif riskler içermekte olan YİD projelerinde, sözleşme süresinin de oldukça uzun bir dönemi kapsamı sebebiyle, sözleşmede taraflar arasında yapılan risk paylaşımının yanında, bir başka ekonomik gücün, sigortanın kullanılması kaçınılmaz hale gelmektedir. Büyük riskler, büyük zararlar doğabilme ihtimalini beraberinde getirmektedir, ortada bir zarar olduğu durumda da, bu zarara katlanması gereken bir tarafın da olacağı aşıkardır. Zararlara taraflardan biri veya her ikisinin katlanması zorunluluğu, projeleri tercih edilebilir olmaktan çıkarabilmektedir, bunun yanında proje şirketinin mali gücü sınırlıdır, bunun sonucu olarak doğan zararın tazmini mümkün olmayabilmektedir. Tüm bu sebeplerle, proje risklerinin sigorta edilmesi yoluna

³⁰⁵ **NASSAR Nagla**,: "Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns; A Practitioner's Perspective", Fordham International Law Journal, V. 23, Issue 6, 1999, s. 70.

³⁰⁶ **NASSAR**, s. 63.

gidilmektedir, sigorta primlerinin kimin tarafından ödeneceği, tazminatın kime ait olacağı gibi konular da sözleşmelerde belirlenmektedir³⁰⁷.

YİD projelerinde, *non recourse* veya *limited recourse* finans sistemi kullanılmaktadır, bu sebeple etkin bir sigorta sisteminin oluşturulması, büyük bir önem arz etmektedir. Tesisin inşasından, işletilmesinden doğabilecek her türlü malvarlıksal ve bedensel zararlar, sözleşme taraflarınca, önceden belirlenmeye çalışılmakta ve bu zararlara karşı sigorta yaptırmak yolu tercih edilmektedir. Projenin öngörülemez sebeplerden dolayı tamamlanamaması riskini de kapsamı nedeniyle, mücbir sebeplere karşı yaptırılan sigortalar; tesiste kullanılan teknik ekipmanın arızalanması nedeniyle üretim kapasitesinin düşmesi halinde doğacak zararı önlemek amacıyla, genel sistem sigortaları; personelin tazminat ve diğer sosyal hakları gibi hususlar için ise, genel sorumluluk sigortaları tercih edilmektedir. Ayrıca, YİD projelerinde konsorsiyum ortağı olmayı düşünen Amerikan şirketlerine Overseas Private Investment Corporation (OPIC) tarafından, Amerikan yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkelerdeki sosyal ve politik risklere karşı korunmalarını teminen garanti verilmektedir³⁰⁸.

Sonuç olarak, YİD projelerinde, sözleşme taraflarının çatışan menfaatleri arasında bir denge kurabilmek için, risk yönetimi sistemi kullanılmakta ve bu kapsamda projenin

³⁰⁷ Antalya Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.38), Atatürk Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.39), Yat Limanı İmtiyaz Sözleşmesi (m.28).

³⁰⁸ **SOZZI**, s. 30.

öngörebildikleri bütün riskleri tanımlanmakta ve her bir riskin hangi taraf üzerine bırakılacağı sözleşmelerde gösterilmektedir.

2. FİNANSMAN UNSURU

YİD modeli, anahtar teslim inşaat sözleşmesine ve diğer klasik tedarik usullerine bir alternatif olarak, yatırımda en önemli ihtiyaç olan finansmanı sağlamakta ve yatırımların gerçekleştirilmesinde kullanılmaktadır. Doktrindeki değerlendirmelerde de finansman, YİD modelinin asli bir unsuru olarak kabul edilmektedir³⁰⁹. Nitekim, 3996 sayılı Kanunun 3. maddesinde de modelin tanımı verilirken, özel bir finansman modeli olduğu belirtilmiştir.

Bu noktada finansmanın ne olduğu sorusu önem kazanmaktadır. Finansman esas itibariyle genel ve soyut bir kavramdır, bütün finansman araçlarını içine alacak geniş bir finansman tanımı yapmak gerekirse; para veya para benzeri araçlarla, bir işletmenin gereksinim duyduğu işletme veya yatırım sermayesinin karşılanması, şeklinde bir tanım yapılabilir. İşletmeler ihtiyaçları olan sermayeyi, nakit kredinin yanında, finansal kiralama, factoring, forfaiting, risk sermayesi, forward, futures, swap vb. bir çok para benzeri modeller kullanmak suretiyle temin edebilmektedirler.

Bu her biri birbirinden farklı nitelikteki finansman araçlarından özellikle finansal kiralamanın, YİD modeli ile birtakım benzerlikler gösterdiği söylenebilir³¹⁰: Gerçekten, tıpkı

³⁰⁹ **SİRMEN**, s. 11; **KAPLAN**, İbrahim, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", **BATİDER**, C. 19, S. 4, Aralık 1998, s. 13; **YERLİKAYA**, s. 30.

³¹⁰ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 41.

YİD modelinde olduğu gibi, finansal kiralamada da bir yatırım ihtiyacı söz konusudur ve yatırımın finansmanı bu yatırımda kullanılacak yatırım mallarının işletilmesi suretiyle sağlanmaktadır³¹¹. Ancak, finansal kiralama ile YİD arasında ciddi bir farklılık vardır, finansal kiralamada işletmeyi yürüten ile yatırım sahibinin aynı kişi olmasına karşın; YİD modelinde işletme (projeye konu tesis), yatırım sahibi (kamu) tarafından değil, finansmanı temin eden proje şirketince yürütülmektedir. Ayrıca ve daha da önemli bir fark ise, finansal kiralama sisteminde kiracı, kira bedelinden yani finansmanın geri ödenmesinden şahsen sorumludur; YİD modelinde kural olarak, aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, finansmanın geri ödenmesinden şahsi sorumluluk söz konusu değildir, finansmanın işletme gelirinden karşılanması esastır.

YİD modelinin ne şekilde finansman sağladığı konusuna gelirsek; YİD modeli finansman sağlama külfetinin bir üçüncü kişiye devrine imkân vermektedir, bunun bir sonucu olarak, bu yöntemle temin edilen finansmanın geri dönüşünden de, yatırım sahibi (kamu) değil, yatırımcı proje şirketi sorumludur. Temin edilen finansman, işletme döneminde yatırım konusu tesisin gelirleriyle geri ödenmektedir, ayrıca bu gelirlerin yeterli olmaması nedeniyle yatırım sermayesinin geri alınamaması ihtimalinde de zarara, kural olarak, yatırımcı özel sektör kuruluşu tek başına katlanmaktadır³¹². Bir başka anlatımla, YİD

³¹¹ **KUNTALP, Erden**, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988, s. 26; **KOCAĞA, Köksal**, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 35; **ALTOP, Atilla**, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 16 vd.

³¹² **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 42.

modelinde finansman temini, kural olarak sadece yatırımcı özel sektör kuruluşunun sorumluluğundadır ve finansmanın geri dönüşü de, kural olarak, işletmenin kendi kendisini finanse etmesi esasına dayanmaktadır³¹³. Nitekim, 3996 sayılı Kanunun, 6. maddesinde yatırımın finansmanının yatırımcının sorumluluğunda olduğu hükme bağlanmıştır.

Yatırımcı özel sektör kuruluşunun, inşaat masrafları ile ücretini, işin tamamlanmasından hemen sonra eseri teslim etmek suretiyle, yatırım sahibi kamudan talep etmek hakkının bulunmaması; bunun yerine işletme süresinin sonuna kadar elde edeceği işletme gelirinden bu masraf ve ücretini (kârını) tahsil etmek imkânına sahip olması, YİD modelinin temel taşı olan finansman unsurunun taraflar arasındaki hukuki ilişkiye yansımadır. Bu durumun bir neticesi olarak, yatırımın finansman riski yatırımcı özel sektör kuruluşuna aittir, işletme süresi boyunca işletmeden elde edilen gelirin, yatırımcının masraflarını ve ücretini (kârını) karşılamaya yetmediği durumda, bu olumsuz sonuca kural olarak, yatırımcının katlanması gerekmektedir.

Yatırım sahibi kamu, proje finansmanını, YİD modeli ile temin etmektedir. Peki, yatırımcı proje şirketinin finansman temininde kullanacağı yöntem nedir? Elbette ki, ilk imkân; yatırımcı şirketin kendi özsermayesidir; ancak, genellikle yatırımın büyüklüğü nedeniyle özsermaye yeterli olmamaktadır. İlk aşamada (inşa aşamasında) projenin nakit akışı dönemi ve sürekliliği de, projenin finansman ihtiyacının ortaya çıktığı dönemler ile örtüşmediği için, düzenli proje gelirine ulaşıncaya kadar kullanılacak bir sermaye temin etme gerekliliği ortaya çıkmaktadır³¹⁴. Bu noktada, yatırımcı proje şirketi (özel sektör), çareyi

³¹³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 42.

³¹⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 42-43.

ticari bankalar ve uluslararası finans kurumlarından destek almakta bulunmaktadır. Temin edilecek kredilerin vadelerinin, tesisin işletme dönemini aşmaması hususu; özel sektörün işletme dönemi sonunda tesisi borçsuz olarak yatırım sahibine devri yükümlülüğü nedeniyle önemli ve zorunludur. Netice itibarıyla, proje finansmanında kullanılan mali kaynak, özsermaye ile kredilerden temin edilmiş olmaktadır³¹⁵.

Yatırım sahibi kamu kurumu, ihale şartnamelerinde açıkça belirtilmiş olmasa dahi, tekliflerin değerlendirilmesinde, kredi/özsermaye oranına önem vermekte ve ihalelerde yüksek özsermaye taahhüdünde bulunan yatırımcı özel sektör kuruluşlarının şansı artmaktadır, bu sayede muhtelif proje riskleri ortaya çıktığında şirketin yatırımı yarım bırakması veya kredi geri ödeme dönemleri ile proje gelirlerinin tahsilat dönemleri birbirine denk düşmediği hallerde, temerrüt doğması gibi sorunlardan kaçınılmaya çalışılmaktadır³¹⁶. Özsermaye ne kadar çok olur ise, yatırımcı da, gerek kamu kurumları gerek kredi kurumları nezdinde, o derecede daha çok güvenilir kabul edilmektedir. Zira, YİD projelerinde özel sektör, projenin yapımını, işletmesini ve finansmanını üstlenmektedir ve bunları üstlenmek isteyen bir şirketin bizzat kendi kaynaklarını da özsermaye olarak projeye yatırmış olması, sunulan teklifin gerçekçi ve kârlı olduğunun, ayrıca ortaya çıkacak risklerin aşılmasında yatırımcının daha istekli olacağını göstergesidir. Fakat, şunu da belirtmek gerekir ki, özsermayenin nasıl temin edildiği çok önemlidir ve bunun bir sonucu olarak, çok yüksek bir özsermayeye dayalı bir mali teklif sunulması durumu, yatırım sahibi kamu kurumu tarafından tercih edilmeyebilir. Zira yatırımcı özel sektör kuruluşu, projenin yapımı ve işletilmesinde etkin olacak ve menfaati buna bağlı olan pay sahipleri dışında, halka arz edilen hisseleri satın

³¹⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 43.

³¹⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 43.

alan büyük veya küçük yatırımcılar ile, hisse karşılığında kredi veren kredi kurumları yoluyla bir özsermaye ortaya koyabilir. Bu yatırım sahibi (kamu) tarafından tercih edilmeyen bir yöntem olacaktır. Çünkü, yatırımcıların kâr payı beklentileri sebebiyle, şirketin toplayacağı proje gelirlerini, tesisin geliştirilmesinden veya bakımından ziyade, kâr payı dağıtmakta kullanması riski ortaya çıkabilecektir. YİD modeli için en optimum yatırımcı, projenin finansmanını sağlarken özsermaye ve kredi imkânlarını belirli bir denge içinde kullanan şirketlerdir. Genellikle %20-30 oranında özsermaye, %70-80 oranında da kredi kullanılır. YİD projeleri için uluslararası kredi kurumları, yatırım bankaları, ticari bankalar ve ihracat kredi kurumlarının bir araya gelmeleri suretiyle sendikasyon kredisi verilmesi, söz konusu olabilmektedir³¹⁷.

Bu noktada, kredinin geri ödenmemesi halinde sorumluluğun kime ait olacağı hususu çok önemlidir. YİD modelinin özgün yapısı olarak kabul edilen ve proje için kullanılan kredinin geri ödenmemesi halinde, yatırımcıya (özel sektöre) veya yatırım sahibine (kamuya) rücu edilememesi esasına dayanan bir kredi sistemi olan non recourse³¹⁸ finansman modeli kullanılan projelerde, kredi borcundan şahsen sorumlu bir kişi bulunmamakta ve kredi sadece proje gelirinden tahsil edilebilmektedir³¹⁹. Diğer bir kredi sistemi olan, limited recourse finansman modelinde ise, yatırımcılar kredi borçlarından şahsen sorumludur³²⁰. Finansmanın non recourse veya limited recourse olması, proje finansmanı için yaratılan muhtelif

³¹⁷ **NASSAR**, s. 63.

³¹⁸ **STELWAGON, William M.**, "Financing Private Energy Projects in The Third World", Catholic Lawyer, V. 7, 1996, s. 48; **KUMARASWAMY / ZHANG**, s. 196.

³¹⁹ **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 27.

³²⁰ **SOZZI**, s. 8; **JEFFERIES /GAMESON /ROWLINSON**, s. 354.

güvencelerin niteliği ve yeterliliği hususunda belirleyici olmaktadır. Kural olarak, yatırımcı özel sektör kuruluşunun kredibilitesine önem verilmeyen ve projenin uygulanabilirliği esas alınan YİD finansman metodunda, yatırım için gerekli olan kredinin geri dönüşü projenin getirisiyle sağlandığı için, kredi kurumlarına verilen teminatların en önemlisi de, projeden beklenen gelir ve nakit akışı olmaktadır³²¹. Ancak, proje gelirinde bir belirsizlik olması durumunda, proje şirketinin riski artacağı için, bu risk göz önünde bulundurulmakta, verilen tekliflerde yatırım bedeli yükselmektedir. Uygulamada çoğu zaman non recourse modelde kredi temin etmek mümkün olmamakta ve limited-recouse model tercih edilmektedir. Zira, limited recouse finans modelinde, yatırımcı özel sektör kuruluşunun malvarlığına rücu imkânı bulunmakta, bu bağlamda, yatırım arazisi üzerinde, yatırımcı lehine tesis edilen aynı haklar (üst hakkı) kredi kurumlarına rehnedilebildiği gibi, sigorta, hazine garantisi ve diğer sözleşmelerden doğan alacak hakları da kredi kurumlarına rehin veya temlik edilmek suretiyle bir güvence yaratılabilmektedir³²².

Uygulamada, proje için sağlanacak finansman modelinin yapım dönemi ve işletme dönemi için farklı nitelikte olması da mümkündür. Örneğin, kimi zaman projenin yapımı, limited-recouse finance veya non-recouse finance modeli ile finanse edilememekte, ancak işletme döneminde bu modellerin uygulanması söz konusu olabilmektedir³²³.

Yatırımda kullanılacak kredilerin geri ödenmesi sorunu, proje risklerinin büyüklüğüne bağlı olarak önem kazanmaktadır; işletme gelirinin kredi borçlarının ödenmesinde, riskler

³²¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 44.

³²² **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 3.

³²³ **STEWART – SMITH**, s. 1000

nedeniyle, yetersiz kalması ihtimali göz önüne alınmakta, bu durum beraberinde teminat ihtiyacını getirmektedir. Kredi kurumları, kendilerini garantiye alabilmek için, yatırımcının (özel sektörün) vereceği teminatların yanında yatırım sahibinden (kamudan) de bir katılım beklemektedir; örneğin, hazine garantileri. Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, YİD projesinin gerçekleştirileceği ülkenin gelişmiş bir ekonomiye sahip olduğu durumda, finansman riskine yatırım sahibinin de katılması ihtiyacı, bu bağlamda kamu yatırımlarındaki hazine garantisi talepleri ortadan kalkabilmektedir. YİD modelinin az gelişmiş ülkelerde kullanıldığı durumlar için bu ihtimal, çok istisnai olarak gerçekleşebilecektir³²⁴. Örneğin; Tayland'daki Skytrain ve Stage Expressway projelerinde, İngiltere'deki Channel Fixed Link projesinde, Amerika'daki Florida ve Teksas hızlı tren projelerinde, Çin'deki Shajiao Enerji Santrali projelerinde finansman riski tamamen yatırımcı özel sektör kuruluşuna yüklenmiş ve devletler hiç bir garanti vermemişlerdir; Hong Kong'daki Eastern Harbour Crossing Tünel projesinde ve Tate's Cairn projesinde hiç bir şekilde hazine garantisi verilmemiş, sadece devlet kârlı bulduğu projelere hissedar olarak katılmıştır³²⁵.

Hukuki riskler, alınan kredinin veya yatırımcı şirketin kullandığı özsermayenin geri dönüşünü olumsuz etkileyen bir diğer önemli bir husustur. YİD projesinin uygulandığı ülkenin hukuk sisteminde mülkiyet hakkının ne şekilde korunduğu, sorumluluk hükümlerinin kapsamı ve sonuçlarının neler olduğu, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yargılama sürecinin ne şekilde işlediği gibi soru işaretleri mevcuttur. Bunları gidermek amacıyla,

³²⁴ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 45.

³²⁵ **TIONG, Robert L.K.**, "Risk and Guarantees in BOT Tender", Journal of Construction Engineering and Management, V. 21, s. 184-186; **SOZZI**, s. 13.

yatırımcı özel sektör kuruluşuna, projenin takibi ve kontrolüne yönelik olarak özel yetkiler tanınması suretiyle bir teminat yaratılması yoluna gidilmektedir.

Hukuki riskler kapsamındaki diğer bir konu da, özellikle kamu yatırımları açısından, yatırım sahibi kamu kurumunun ülkesinde görülecek bir davada devletin daha avantajlı bir konumda olacağı ve adil bir yargılama yapılamayacağı varsayımdır; bu varsayımından hareketle, YİD sözleşmelerinde tahkim kayıtlarına yer verilmektedir. Böylece, bu sözleşmeye konu YİD projesine ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, yatırım sahibi devletin yargı yetkisi dışına çıkarılmakta ve hatta sözleşmeyle uygulanacak hukuk olarak, yabancı bir hukuk kabul edilebilmektedir³²⁶. Tahkime ilişkin ayrıntılı açıklamalar, çalışmamızın Üçüncü Bölümünde yapılacaktır.

Sonuç olarak, finansman unsuru, YİD modelinin en önemli unsurudur ve yap işlet devret sözleşmelerinde bu unsurla bağlantılı pek çok hükme yer verilmektedir: Sigorta, hazine garantileri ve tahkim bunlardan birkaçıdır.

3. ESER İNŞASI UNSURU

Yap işlet devret modelinin adında “yap” ifadesi ile karşılığını bulan eser inşası, yap işlet devret modelinin bir diğer önemli unsurudur. Nitekim, yapımına ihtiyaç duyulan bir projenin varlığı, yani eser inşası, 3996 sayılı Kanun ile yapılan tanımlamaya göre, bu modelin kullanılması için gereklidir.

³²⁶ STELWAGON William M., s. 61, 69.

Finansman unsuru incelenirken, detaylı olarak izah edildiği üzere, YİD modeli, finansmanı kendi içinde mevcut olan bir hukuki modeldir³²⁷; dolayısıyla, proje konusu yatırımın kendi kendini finanse etmesi, yani, inşa eserinin işletilmesi suretiyle bu inşaatın finansmanının sağlanması, bir başka anlatımla inşaatın kendi kendini finanse etmesi gerekir. YİD modeli kapsamında inşa edilecek eserin, tek başına bir menkul veya gayrimenkul mal imali olarak düşünülmemesi gerekir, bunun ötesinde bir işletme tesisi olarak tasarlanmalıdır.

Öte yandan, çalışmamızın bu noktasında, YİD modelindeki eser inşası unsurunun, istisna akdi perspektifinden ele alınarak bir değerlendirme yapılması zorunludur. Zira, yatırımcı özel sektör kuruluşunun, emek sarf ederek ifa ettiği inşa borcu, istisna akdi ile büyük bir benzerlik göstermektedir. YİD modelinde yatırımcı şirket, tıpkı istisna akdindeki müteahhit gibi, eser inşası borcunu, özel bilgi ve estetik duygusunu haiz, nitelikli emeği ile araçlarını bu işe tahsis etmek ve emek vermek suretiyle ifa etmektedir. Bunun yanında, yatırımcı özel sektör kuruluşunun, inşası amaçlanan işletmenin gerektirdiği know-how'a sahip olması ve bu özel bilgisini işletmeye dahil etmesi de gerekmektedir³²⁸. İşte, yatırımcının yüklendiği bu borçlar ve bunların bir karşı bedelinin sağlanacak olması, akıllara istisna akdini getirmektedir.

Bununla birlikte, YİD modelinde, yatırımcının bir ücret alacağını olmaması; finansmanı kendisi temin etmek suretiyle inşaatı yaptıktan sonra, bu ticari faaliyetten beklediği kârını, işletme gelirinden almayı hedeflemesi, fakat işletme riskleri nedeniyle,

³²⁷ **KAPLAN, İbrahim**, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", BATİDER, C. 19, S. 4, Aralık 1998, s. 11.

³²⁸ **POLATKAN**, s. 11,13.

beklediği gelire ulaşmamak riskini de göze almak durumunda olması gibi, yatırımcı özel sektör kuruluşunun hak ve borçlarının istisna sözleşmesindekinden farklılaştığı da unutulmamalıdır³²⁹.

YİD ilişkisinin doğal bir sonucu olarak, yatırım dönemindeki riskler yatırımcı proje şirketinin üzerine bırakılmaktadır. Dolayısıyla, inşaat aşamasında ortaya çıkacak olumsuz olayların yarattığı maliyet artışları ve gecikmelerin sonuçlarına, finansman riski kendisinde olan yatırımcı şirket katlanacaktır. Çoğu durumda, yatırımcı proje şirketleri, inşa borcunun ifası için, taşeron müteahhit şirket ile anlaşmaktadır ve bu riskleri taşerona yansıtmaktadır. Bununla birlikte, yatırımcı proje şirketinin taşeron müteahhit ile imzaladığı bu sözleşme hükümleri, inşaat sorumluluğunu proje şirketi üzerinden kaldırmamakta, sadece bir rücu imkânı yaratmaktadır. Buna bağlı olarak yatırımcı özel sektör kuruluşu, fizibilitesindeki eksiklik veya kusurlarından dolayı fizibilite raporundan farklı olarak meydana gelecek bütün teknik, sayısal, ekonomik veya mali değişiklik riskine tek başına katlanmakta, dolayısıyla bu riskten doğan maliyet artışını yatırım sahibi kamuya yansıtamamaktadır³³⁰.

İnşaatın iş programına uygun olarak yürütülmemesi, gerekli izinler alınıp, inşaata başlandıktan sonra ortaya çıkabilecek en büyük risktir. Bu noktada iş programına uygunluğun sağlanması için kamu tarafına bir denetim imkânı verilmesi tercih edilmekte ve yatırımcı proje şirketinin genel ihbar borcu kapsamında, dönemsel faaliyet raporları sunması öngörülebilmektedir. Kural olarak, iş programındaki gecikmeler nedeniyle ortaya çıkacak maliyet artışları, proje şirketinin üzerinde kalmaktadır. Ancak gecikmenin şirket kusurundan

³²⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 47.

³³⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 48.

kaynaklanmadığı hallerde, maliyet artışlarının taraflar arasında paylaşımı kabul edilmektedir. Bu paylaşım, her bir YİD uygulamasının kendine özgü hükümlerine uygun olarak, artışın tarife veya işletme süresine yansıtılmasına izin verilmek suretiyle yapılmaktadır³³¹.

Gerekli izinlerin alınamaması veya geç alınması, YİD modelinin uygulandığı projelerde, yatırım aşamasında mevcut risklerden biridir³³². YİD modeli yukarıda da pek çok kez belirtildiği üzere, genellikle kamu yatırımlarının finansmanında kullanılmaktadır, bunun bir sonucu olarak, kamunun taraf olduğu YİD uygulamalarında, bu risk sadece proje şirketi üzerinde bırakılmamakta, yatırım sahibi idare de, kendi yetkisinde olan izinleri vermek taahhüdü altına girmektedir. Buna ek olarak, diğer kurumlardan alınacak izinler hususunda yardımcı olmak ve ayrıca tesisin tasarımının sözleşmede belirtilen şekilde yapılması ve uygulanması için yararlı olacak ek bilgilerin kamu kurumlarından elde edilmesine katkıda bulunmak borcu, sözleşmenin kamu tarafına yüklenen diğer borçlardır. Uygulamada, pek çok sözleşmede bu yardımlaşma hükümlerine rastlanmaktadır³³³.

³³¹ Antalya Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.9), Atatürk Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Müteemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.48) ile Yat Limanı İmtiyaz Sözleşmesi (m.7).

³³² **MORRISON**, s. 4.

³³³ Antalya Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.43), Atatürk Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Müteemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.48)

İnşaatın kalitesi, YİD projelerinin inşaat döneminde, önem arz eden bir başka husus olmaktadır. Gerekli kalitenin sağlanabilmesi için, yatırım sahibi kamunun bizzat veya bir kontrollük şirketi aracılığıyla denetim yapmak ve düzeltme istemek hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla, yatırımcı proje şirketinin, taşeron müteahhitte imzaladığı sözleşmede de, bu nitelikte hükümlere yer verilmektedir.

Esasen tüm bu risklerin önem arz etmesinin tek sebebi, maliyet artışına neden olmalarıdır ve yukarıda belirtildiği üzere; bu riskler genelde yatırımcı proje şirketi ile müteahhit firma arasında imzalanan inşaat sözleşmelerinde; götürü bedel, kesin iş teslim tarihi ve anahtar teslimi sistem kullanılarak; müteahhit firmaya yansıtılmaktadır. Bu nedenle, yatırım dönemindeki maliyet artışı riski kural olarak yatırımcının, uygulamada ise nihai olarak da taşeron müteahhit firmanın üzerinde bırakılmış olmaktadır³³⁴.

Yatırımcı üzerinde kalacak olan büyük inşaat risklerinden rahatsız olan bir taraf da, kredi kurumlarıdır. Bu durum uygulamada, gerekli finansmanın temininin sağlanabilmesi için, yatırımcıların kendi kontrol alanı dışında kalan politik riskler ile inşaat aşamasında

³³⁴ *YİD sözleşmelerinde yatırımcı özel sektör kuruluşunun, kusurundan kaynaklanan gecikmelere ve maliyet artışlarına kendisinin katlanacağı kabul edildiğinden, bu nedenle doğan maliyet artışları taraflar arasında paylaşılmamaktadır. Dolayısıyla, taşeron müteahhit firma ile imzalanan inşaat sözleşmesinde de aynı esas kabul edilmektedir. Tabii ki, inşaat genel riziko (all risk) sigortası yaptırılması zorunluluğu sözleşmelerde yer aldığı için, müteahhit firmanın üzerinde bırakılan maliyet artışı riski sigorta şirketleriyle paylaşılmış olmaktadır. Bkz. DEMİRCİ Zeki, Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler, İstanbul 2000, s. 42,65*

mücbir sebepler nedeniyle doğan maliyet artışlarının yatırım sahibine yansıtılmasını beraberinde getirmektedir³³⁵.

Sonuç olarak; eser inşası unsuru, yap işlet devret modelinin, önemli bir unsurudur. Yatırım dönemi yani inşaat riski, kural olarak yatırımcı özel sektör kuruluşunun üzerindedir; inşaat sözleşmeleriyle, bu risk, taşeron müteahhit firmaya yansıtılmaktadır; ancak, mücbir sebep ve politik riskler nedeniyle doğan maliyet artışları toplam yatırım tutarına ilave edilerek, yatırım sahibine yansıtılmaktadır³³⁶.

4. İŞLETME UNSURU

Tesisin inşası ve yatırımın finansmanı, YİD modeliyle gerçekleştirilecek bir yatırımda, yatırımcı proje şirketi tarafından taahhüt edilmektedir; bunun karşılığında ise şirketin beklentisi, inşa edilecek tesisin işletme hakkının belirli bir süre için kendisine verilmesidir. Bu sayede yatırımcı şirket, tesisi işlettiği bu süre boyunca işletmeden elde edeceği gelirler ile, sermayesini geri alma ve makul bir kâr elde etme imkânına kavuşacaktır. Taraflar arasındaki ilişkinin denge noktası da, bu hakkın yatırımcıya tanınmasıdır³³⁷. Nitekim, yatırımcı şirkete tesisin işletme müsaadesinin verileceği hususu, 3096 sayılı Kanun'un 3. ve 4. maddeleri ile 3465 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir; ayrıca 3996 sayılı Kanun'un 3. maddesinde YİD tanımı yapılırken “yatırım bedelinin... ..şirketin işletme

³³⁵ AUGENBLICK / CUSTER, s. 25.

³³⁶ MAUEL, s. 56.

³³⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 52.

süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi” ifadesine yer verilmiştir.

İşletme süresinin belirlenmesi, bu sürede elde edilecek gelirle yatırıma harcanan sermayenin geri alınacağı ve beklenen kâr da işletme döneminde sağlanacağı için, özellikle önemlidir. İşletme süresi belirlenirken, tesisin amortisman süresi ve gelir akış kapasitesinin yanında işletme risklerinin de dikkate alınması zorunludur. Belirlenecek işletme süresi, yatırımcı özel sektör kuruluşunun, işletme gelirlerinden maliyet ve kâr tutarını elde edebileceği kadar uzun ve yatırım sahibi kamunun, yatırımdan tesisi bizzat işletme yönündeki fayda beklentisini engellemeyecek kadar da kısa olmalıdır. Zira, işletme hakkı süresinin fazla uzun olması halinde, sürenin sonunda işletmenin ekonomik ömrü tükenmiş olacaktır. Nitekim bu sebeple, YİD ile ilgili yasalar, işletme süresi için azami süreler öngörmüştür. Örneğin; 3465 sayılı Kanun’un 5. maddesinde tesisin yapım, bakım ve işletilmesini kapsayan süresinin en fazla 49 yıl olacağı; 3096 sayılı Kanun’un 7. maddesinde, sürenin tespitinde inşa edilecek tesisin amortisman sürelerinin dikkate alınacağını ve en fazla 99 yıl olacağı; 3996 sayılı Kanun’un 7. maddesinde ise, sözleşme süresinin belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar olarak, elde edilecek kâr, yatırım bedeli, yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi, projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları sıralanmış, sürenin 49 yılı aşamayacağı hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeler ile amaçlanan, bir sınır oluşturarak menfaat dengesinin sağlanmasıdır.

Buraya kadar anlatılanlardan, YİD modelinin başarıyla uygulanması ve işletme süresinin doğru tespiti için, işletme gelirinin gerçekçi bir hesaplama dayandırılması gerekliliği ve bunun için de ayrıntılı bir fizibilite çalışması yapılmasının önemi,

kendiliğinden oraya çıkmaktadır³³⁸. Tüketici portföyü, rakip işletmelerin sayısı ve bu sayının artma ihtimali, tesisin kurulacağı alanın temin maliyeti ve işletme maliyeti, işletme izninin geçerliliğinin kesinliği, çevresel etkiler, yerel paranın yabancı paraya çevrilmesindeki muhtemel sorunlar, risklere karşı sigorta imkânları vb. çok çeşitli unsurlar, gerçekçi bir gelir beklentisi yaratılabilmesi, fizibilite çalışması yapılması için önemlidir³³⁹. Zira, işletmeden beklenen karın elde edilip edilemeyeceği, işletme kapasitesinin öngörülen düzeye ulaşip ulaşamayacağı, girdilerin fiyatlarında aşırı bir artış olup olmayacağı gibi sorular, gerek yatırımcı şirket gerek yatırımcıya kredi veren finans kurumları için önemlidir; yatırım sahibinin (kamunun) taahhütlerini yerine getirip getirmeyeceği sorusu, finans kurumları için ayrıca önemlidir; proje öncesinde yapılacak gerçekçi bir fizibilite çalışması ve bu çalışma ışığında alınacak tedbirlerle, bu soruların yaratacağı gelir riskinin en aza indirgenmesi mümkündür³⁴⁰.

Projenin bütün tarafları için önem taşıyan, taraf menfaatlerinin kesiştiği bir başka konu ise, tesisin hazırlanan fizibilite raporu paralelinde tespit edilecek bir işletme programına uygun şekilde işletilmesidir. Tesisin işletmesinin nasıl olacağı yatırım sahibi kamu açısından, kamu yatırımlarında mal veya hizmet üretiminin sürekliliğini temin etme gerekliliği nedeniyle önemlidir; yatırımcı özel sektör kuruluşu ve kredi kurumu içinse, hedeflenen proje gelirinin elde edilmesi ancak bu sayede mümkün olabileceği için önemlidir³⁴¹. İşte bu nedenle uygulamada, YİD sözleşmesinden ayrı olarak, yatırımcı proje şirketi ile uzman bir

³³⁸ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 53

³³⁹ **STELWAGON**, s. 51-52.

³⁴⁰ **STELWAGON**, s. 51.

³⁴¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 54-55.

işletmeci şirket arasında bir işletme ve bakım sözleşmesi imzalandığı ve yatırımcının kendisine tanınan işletme hakkını bu uzman şirket eliyle kullandığı örnekler mevcuttur³⁴². Bu durumda, tesisin emre amade tutulmasına, YİD sözleşmesine uygun olarak günlük, haftalık işletme programlarının oluşturulmasına, tesisin uygun verimlilikte devamlı çalışmasının sağlanmasına, tesisin bakım ve onarımının yapılmasına, fizibilite raporunda verilen üretim programının gerçekleştirilmesine ve mümkün olduğu ölçüde üretimin artırılmasına yönelik asli hükümler ile; tesisin güvenliğinin sağlanmasına, çevre ve sağlık koşullarına uygun işletme yapılmasına, personelin standartlara ve mevzuata uygun şekilde çalıştırılmasına, personele eğitim verilmesine ve diğer idari hususlara yönelik hükümler, uzman şirket ile imzalanan işletme ve bakım sözleşmesinde yer almaktadır³⁴³.

Yatırımcı, kamu yatırımlarında, tesisin izinlerinin geç alınması veya hiç alınmaması nedeniyle işletmeye açılmaması veya geç açılması riskini üstlenmek istememekte; ve bu yönde, yatırım sahibinin (kamunun), kendi yetkisi dahilindeki izinleri vermeyi ve diğer izinlerin de verilmesi hususunda yardımda bulunmayı taahhüt etmesi gibi sözleşmesel düzenlemeler talep etmektedir.

İşletmenin öngörülen işletme programına uygun olarak faaliyette bulunamaması ise, gerekli izinler alınarak işletmeye başlandıktan sonra gündeme gelen bir risktir; bunun önlenmesi için, yatırımcıya (özel sektöre) yeterli personel bulundurma ve düzenli bakım yapma borçları yüklenmektedir; yatırım sahibine (kamuya) ise sürekli denetim yapmak ve düzeltme istemek yetkisi tanınmaktadır. Bununla birlikte, yatırım sahibine sözleşme ile

³⁴² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 54.

³⁴³ DEMİRCİ, s. 45.

tanınan özel denetim yetkileri yeterli olmayabilmekte ve tesisin bakımının yatırım sahibi tarafından da yapılabilmesi ve hasarların giderilmesi hususlarında, özel düzenlemeler yapılması tercih edilmektedir. Tesislerin ve şirketin faaliyetleri ile bakım onarım hizmetlerinin her an denetlenmek ve tespit edilen eksikliklerin giderilmesini talep etmek yetkisi yanında, bu talep yerine getirilmez ise, masrafları yatırımcıya ait olmak üzere, yatırım sahibine bizzat önlem almak ve hatta belirli durumlarda işletmeyi üstlenmek yetkisi de tanınmaktadır³⁴⁴. Bu bağlamda, hasarın tazmini sorumluluğu da, kusur halinde kusurlu tarafa yüklenmekte, mücbir sebep hallerinde de belirlenen limitlere göre, hasara şirketin tek başına katlanması veya yatırım sahibi ile paylaşılması gündeme gelmektedir³⁴⁵.

Şunu da belirtmek gerekir ki, YİD sözleşmesinde yer alan, yatırım sahibi kamu kurumu ile yatırımcı özel sektör kuruluşu arasındaki, tesisin işletilmesine ilişkin bütün bu sorumluluklar, (böyle bir sözleşmenin mevcut olduğu hallerde) işletmeci şirket ile yatırımcı proje şirketi arasında imzalanan işletme ve bakım sözleşmesinde de bulunmaktadır, bu yolla yatırımcı (özel sektör), kendi üzerindeki riskleri işletmeci şirkete aktarmayı hedeflemektedir³⁴⁶.

İşletme gelirlerinin yetersiz kalması durumu, muhtelif risklerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak en önemli ve korkulan sonuçtur. Bu sebeple, tesisin doğru işletilmesi çok önemlidir. Esasen kredi kurumlarının, yatırımın sahibi olan devletlere doğrudan kredi vermekten ziyade, proje finansmanı niteliğinde yatırımcı şirkete kredi vermeyi tercih

³⁴⁴ NASSAR, s. 79-80.

³⁴⁵ NASSAR, s. 79.

³⁴⁶ MAUEL, s. 43-44.

etmelerinin temel nedeni de budur; zira, YİD modeli genellikle yüksek teknoloji veya büyük sermaye gerektiren kamu yatırımlarının finansmanında kullanılmaktadır, kredi kurumları yatırım konusu tesisin işletilmesi hususunda yatırımcı şirkete (özel sektöre), yatırım sahibinden (kamudan) daha fazla güvenmektedir. Tesisin doğru işletilmesi ile, işletme süresi içinde işletme gelirleriyle, yatırım ve işletme dönemi içi kullanılan kredilerin geri ödenmiş olacağı düşüncesi hakimdir³⁴⁷. İşletme döneminde elde edilecek gelir ile yatırımcı şirket, kendi özsermayesini geri almayı, bir miktar kâr elde etmeyi ve kredilerin geri ödemelerini yapmayı hedeflemektedir, bu bağlamda kredi kurumları da işletme gelirin izlenmesinde etkin olmak istemektedirler³⁴⁸.

İşletme dönemi sonunda, tesis yatırım sahibine (kamuya) intikal edecektir, bu sebeple proje şirketinin (özel sektörün) işletme dönemindeki; kârın yükseltilmesi amacıyla tesis kapasitesinin üstünde üretim yapılmak suretiyle yatırımın yıpranması, bakım onarım giderlerinden kesinti yapılması veya kalitesiz üretim nedeniyle rekabet gücünün kaybı gibi; hatalarının sonuçlarına yatırım sahibinin katlanması söz konusu olabilecektir.

Tesisin işletmesi ile ilgili her biri farklı bir tarafı farklı şekillerde etkileyen bu risklerin bertaraf edilmesi gerekmektedir. Bu gayeyle, tesisin belirli standartlara göre işletilmesini temin etmek için bir işletme programı oluşturulmakta ve bu programa uyulmasını temin için, taraflar arasındaki sözleşmeye, para cezası müeyyidesine yönelik hükümler konmaktadır³⁴⁹. Ancak, işletme programına uyum sağlanabilmesi için, tesiste yapılacak üretimin veya

³⁴⁷ **SOZZI**, s. 13.

³⁴⁸ **MORRISON**, s. 4.

³⁴⁹ **STELWAGON**, s. 50.

sunulacak hizmetin bir alıcısının olması, bir başka ifade ile, yatırım konusu işletmenin ilgili ürün piyasasında bir pazar payının bulunması gerekmektedir. İşte bu amaçla, uygulamada pek çok YİD projesinde, yatırımcı için bir tekel hakkı veya imtiyazlı bir statü yaratılmaya çalışılmakta, özellikle yüksek teknoloji gerektiren ve potansiyel pazarı sınırlı olan ürün ve hizmetlerin üretimine ilişkin projelerin gerçekleştirilmesinde bu şekilde özel düzenlemeler yapılmaktadır³⁵⁰. Ürün veya hizmet arzının monopol piyasalara yapıldığı durumlarda bu nitelikte tedbirlere gerek kalmazken, bu sefer de satış fiyatının aşırı yükselmesini önlemek için yatırım sahibine fiyat kontrol mekanizmaları tanınması gerekmektedir.

Sonuç olarak, YİD projesi kapsamında kurulacak olan tesisin bir süre yatırımcı özel sektör kuruluşu tarafından işletilmesi, yap işlet devret modelinin önemli bir unsurudur. Bu unsur farklı riskleri beraberinde getirmektedir. Bu riskler çeşitli yöntemlerle bertaraf edilmeye çalışılmaktadır.

IV. YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. YİD BİR SÖZLEŞMEDİR

Sözleşme bir hukuki işlemdir. Hukuki işleme dahil olan tarafların sayısının, bu tarafların amaçlarının, yükümlülüklerinin ve bunların ifa şekillerinin, bir sözleşmenin varlığının tespiti için ortaya konulması gerekmektedir³⁵¹.

³⁵⁰ KARABULUT PEKGÜÇLÜ, s. 57.

³⁵¹ KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 42.

YİD, yukarıda da açıklandığı üzere, yatırım maliyetini karşılamak için yeterli kaynağa sahip olmayan veya kaynaklarını yatırım sermayesi yapmayı tercih etmeyen yatırım sahipleri (kamu) tarafından kullanılan bir finansman modelidir. Yine daha önce belirtildiği üzere YİD, 3996 sayılı Kanun'un 3.maddesinde, bir finansman modeli olarak tanımlanmaktadır. YİD'in kanunda da ifade bulmuş olan bu özelliği, modelin iki asli tarafı olduğuna işaretler; zira, her finansman modelinde olduğu gibi, YİD modelinde de bir tarafta finansmanı temin edecek olan yatırımcı, diğer tarafta finansman ihtiyacı olan yatırım sahibi yer almaktadır³⁵². Bu durumda, YİD'in, Borçlar Kanunu 1. maddede ifade edildiği gibi, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin bir araya gelmesi ile kurulan bir hukuki ilişki, yani bir sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek zorunlu olacaktır³⁵³.

Esasen, kanun metinlerinde YİD'in bir sözleşme ilişkisi olduğu hususu açıkça hükme bağlanmamış olmakla birlikte, muhtelif hükümlerle (3096 sayılı Kanun m.3/2, 3465 sayılı Kanun m.2, 3996 sayılı Kanun m.4 ve m.5) YİD modelinin bir sözleşme imzalanarak uygulanacağı ifade edilmektedir. Nitekim, YİD modelinin sözleşme imzalanması yoluyla uygulanacağı, 3996 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye istinaden çıkarılan 94/5907 sayılı BKK ile belirlenmiştir.

Bu sözleşmenin konusu proje yatırımının gerçekleştirilmesidir ve yatırım sahibi konumundaki idare ile yatırımcı konumundaki özel sektör kuruluşu/şirketi arasında imzalanacaktır. Finansmanın ne şekilde temin edileceği, işletme tarihi ve süresi, gecikmelerin ve maliyet artışlarının sonuçları, kamulaştırma, denetim, mücbir sebepler,

³⁵² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 68.

³⁵³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 68.

teminat, sigorta, fesih gibi birçok hususun da sözleşmede düzenlenmesi ve işin yürütülmesi için imzalanması gereken diğer sözleşmelerin de gösterilmesi gerekmektedir³⁵⁴. YİD modeli uygulanan kamu yatırımlarında, karmaşık bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır. Zira, temel sözleşme olarak uygulama sözleşmesinin ve diğer sözleşmeler adı altında da muhtelif sözleşmelerin imzalanması suretiyle oluşturulan ilişkinin kapsamında, tarafların asli borçları yanında, projelendirme, teknik kontroller, teknoloji transferi gibi konular yer almakta ve böylece karmaşık bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır.

2. YİD BİR ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİDİR

Anayasa'nın 47. maddesinde 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, Devletin, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerini özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırabileceğinin kanunla düzenleneceği hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeye istinaden, 20.12.1999 tarihinde 4493 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş, bu Kanunla, çalışmamızın "Türkiye'de YİD İle İlgili Mevzuat" kısmında daha detaylı olarak anlatıldığı üzere, ilgili kanunlarda değişiklik yapılarak, KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak akdedilmesi imkanı yaratılmıştır.

Ayrıca, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun ile Anayasa'nın 125. maddesine "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak*

³⁵⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 69.

yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar için gidilebilir” kısmı eklenerek, bu sözleşmelerde tahkime ilişkin hükümlerin yer almasının önü açılmıştır.

3. YİD’İN AMACI FİNANSMAN TEMİNİDİR

Kanun metinlerinde ve doktrinde YİD’in niteliği için kullanılan “finansman modeli” kavramı, esasen YİD’i kullanan taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi işaret etmemektedir, sadece işlem taraflarının temel amaçlarını ortaya koymaktadır³⁵⁵; dolayısıyla yukarıdaki açıklamalarımız da göz önünde bulundurulduğunda, YİD için, tarafların finansman amacı etrafında bir araya geldiği bir hukuki işlem (sözleşme) ifadesinin kullanılması doğru olacaktır.

Bununla birlikte, şunu da belirtmek gerekir ki, doktrinde, YİD’in bir sözleşme tipi olmadığını, sadece bir finansman modeli olduğunu ileri süren, ancak bu modelin kullanımı için niteliği ne olursa olsun, bir sözleşme yapılması gerekeceğini kabul eden görüşler de mevcuttur³⁵⁶. Nitekim, yatırım sahibi kamu ile, finansman temin ederek bu yatırımın konusu olan tesisi inşa edecek ve sonrasında belirli bir süre işletip yatırım sahibine devredecek olan, yatırımcı proje şirketi arasında meydana gelen bu iki taraflı hukuki ilişkinin niteliği, ne 3096 sayılı Kanunda, ne 3465 sayılı Kanunda ve ne de 3996 sayılı Kanunda açıkça ortaya konulmamaktadır, sadece bir finansman modeli olduğundan bahsedilmektedir.

³⁵⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 69.

³⁵⁶ SİRMEN, s. 11.

Ancak, bütün finansman modelleri, sözleşme yapıları içinde kullanılabilir, örneğin: Taksitle satım sözleşmesi, vade avantajı sağlamak için; ivazlı temlik sözleşmesi, bir alacağa vadesinden önce kavuşmak için; finansal kiralama sözleşmesi, yatırım malı temini için; şirket sözleşmesi, ortaklık suretiyle finansman temini için kurulmaktadır. Finansman temini, bütün bu sözleşmelerin ortak amacıdır, buna rağmen, her bir sözleşme, kendi başına bir hukuki yapı olarak ortaya çıkmakta ve “finansman modeli” olarak değil, kendine özgü ismi ile anılmaktadır. YİD modelinin bir sözleşme olarak değil de, sadece “finansman modeli” olarak ifade edilmesinin, örneklerle anlatılan hukuki gerçeklik dikkate alındığında, ne kadar hatalı olduğu, açıkça ortadadır. Şunu da söylemek gerekir ki, YİD modelinin yalnızca bir finansman modeli veya finansman temini olarak ele alınması, bir hukuki ilişkinin asli unsurunun veya temel amacının hukuki ilişkinin yerine geçirilmesi ve bu suretle, ilişkinin özgün yapısının göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Zira, kira sözleşmesinin yalnızca bir kullanma hakkı temini modeline indirgenmesi, hizmet sözleşmesinin yalnızca bir iş görme modeline indirgenmesi, satım sözleşmesinin yalnızca bir mübadele modeline indirgenmesi nasıl mümkün olmayacak ise; YİD modelinin de, bir yatırımın finansmanının sağlanması ortak noktasında buluşan tarafların kurdukları hukuki ilişkide yarattıkları menfaat dengesinin özellikleri yok sayılarak, sadece bir finansman modeline (amaç unsuruna) indirgenmesi, hukuken doğru bir yaklaşım olmayacaktır³⁵⁷.

Bu nedenle, YİD’in bir finansman modeli olduğu ve kullanımı için bir sözleşme kurulmasının gerekli olduğu yönündeki görüşten ziyade; YİD’in, finansman temin edecek taraf ile finansman ihtiyacı olan tarafın karşılıklı olarak hedeflerinin gerçekleştirilmesi için,

³⁵⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 69-70.

bir uyum yaratmak suretiyle bir araya gelmeleri üzerine kurulu bulunduğu dikkate alınmalı, yukarıda da ifade edildiği gibi, bizatihi kendisinin bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir³⁵⁸.

4. YİD SUI GENERIS BİR SÖZLEŞMEDİR

YİD sözleşmesinde, iki tipik sözleşmenin tip unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelmesinden daha ötede bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır³⁵⁹. Zaten eğer durum bu olsa idi, YİD'in bir karışık muhtevalı sözleşme olduğunun kabulü gerekirdi ki, doktrinde bu yönde görüşler olduğu gibi³⁶⁰, yüksek mahkeme Yargıtay'ın da görüşü bu şekildedir³⁶¹. Ancak biz bu görüşe aşağıda detaylı olarak açıklandığı üzere, katılmamaktayız. Doktrinde, YİD modelinin istisna ve hasılat kirası karışımı bir sözleşme olduğunu savunan görüşler mevcuttur³⁶². Her iki sözleşmede de bir tarafın inşa ediminin karşısında, para borcu yerine başka bir tipik edimin yer aldığı, işte bu benzer yapı itibariyle, YİD sözleşmesinin, bir

³⁵⁸ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 70.

³⁵⁹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 111.

³⁶⁰ **BİLGE, Necip**, Borçlar Hukuku Özel Hukuk Münasebetleri, Ankara 1962, s. 14; **KUNTALP**, Kuntalp II, s. 79; **OKTAY, Saibe**, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İHFM, C. 9, 1996, s. 274, s. 264-295

³⁶¹ Y.13.HD., 24.2.1987 T., E.1986/12595, K.1987/2236, bkz. YKD., C. XIII, S. 12, Aralık 1987, s. 17671769.; Y.13.HD., 31.10.1995 T., E.1995/9907, K.1995/9429, bkz. Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi, C. XV, S. 170/1, Şubat 1996, s. 120-121; Y.13.HD., 9.6.1998 T., E.1998/4614, K.1998/5241, bkz. YKD, C. 24, S. 11, Kasım 1998, s. 1655-1658.

³⁶² **SİRMEN**, s. 12; **ŞENYÜZ, Doğan**, Borçlar Hukukuna Göre Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi ve Tarafların Vergiler Karşısındaki Durumu, Ankara 1996, s.12; **YERLİKAYA**, s. 151.

karışık muhtevalı sözleşme olarak kabul edilen “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin”³⁶³ bir benzeri olduğu, dolayısıyla, YİD’in de bir karışık muhtevalı sözleşme olduğu sonucuna varılması gerektiğinin düşünülmesi de olasıdır. YİD modelinin özgün yapısında, tipik edimler olan inşaat yapımı ve tesis işletilmesi karşı karşıya gelmemekte, bu edimler aynı taraf (yatırımcı özel sektör) üzerinde kalmaktadır; yatırım sahibinin (kamunun) karşı edimi, sadece yatırımcıya işletme hakkı tanımak ve bu hakkın kullanılabilmesi için yatırım arazisini teslim etmektir. Şunu da belirtmek gerekir ki, burada işletme, esas itibarıyla, yatırımcı açısından bir borcun konusunu teşkil eden bir edim değildir; bir hak niteliğindedir. YİD modelinde iki tipik sözleşmenin tipik edim borcunun karşı karşıya gelmesi suretiyle oluşan, karışık muhtevalı bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyeceği açıktır³⁶⁴. Bir an için, yatırımcının (özel sektörün) inşa ve finansman edimlerinin karşısında, yatırım sahibinin (kamunun) işletme hakkı tanınmasının “iki tipik edimin karşı karşıya gelmesi” olarak kabul edilebileceğini varsaysak bile, yatırım sahibinin (kamunun) işletme hakkı tanınması ediminin, istisna sözleşmesindeki iş sahibinin “bedel” borcunun yerine geçen, belirli bir parasal değer olmadığı ortadadır. Bu durum dikkate alındığında, yine bir karışık muhtevalı sözleşmenin söz konusu olmadığı izahtan varestedir. Buraya kadar yapılan

³⁶³ *İki sözleşmenin bir araya gelmesi sonucu oluşan arsa payı kat karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesinin bileşik veya iki tipli karma sözleşme olduğu hususu tartışmalı olmakla beraber, baskın görüş, iki tipli karma sözleşme olduğu yönündedir. Yargıtay’ın kararları da bu yöndedir. Gerçekten, arsa payı kat karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesi bir araya getirilerek, karma bir şekilde düzenlenmektedir. Bir araya getirilen sözleşmelerin sayısı dikkate alınarak da, karma-iki tipli sözleşme denilmektedir.*

Bkz. KARTAL Bilal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 23-26.

³⁶⁴ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 104.

açıklamalardan YİD'in, farklı tipik edimlerinin, edim-karşı edim (sinallagma) ilişkisinin bağlayıcı unsur teşkil ettiği bir karışık muhtevalı sözleşme olmadığı açıktır. YİD ile ilgili, karışık muhtevalı sözleşme bağlamında yapılacak son inceleme, YİD'in birden fazla tipik edimin aynı tarafça yüklenildiği bir karışık muhtevalı akit sayılıp sayılamayacağıdır. Örneğin, pansiyon sözleşmesinde bir taraf oda tahsisi (kira), yiyecek-içecek verilmesi (satım) ve odanın bakımını (hizmet) üstlenirken, karşı taraf para borcu altına girmekte ve bir karışık muhtevalı sözleşme oluşmaktadır³⁶⁵. YİD de yatırımcı özel sektör kuruluşunun üstlendiği finansman ve inşaat edimleri nedeniyle bir tarafın "birden fazla tipik edimi aynen üstlendiği karışık muhtevalı bir sözleşme sayılabilecek midir? Finansman, YİD sözleşmesinde yatırımcı şirketin edimlerinden biridir, tipik bir edim olmadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Esasen bir hukuki amaç olan finansman, çok farklı edim tipleriyle sağlanabilmektedir. Örneğin; kanuni finansman tipleri olan; ödünç veya üçüncü şahsın fiilini taahhüt veya taksitle satım tipik edimleri gibi. YİD modelindeki finansman, kanuni finansman tiplerinin tipik edimleriyle değil, tesisin inşası ve daha sonra işletilmesi suretiyle sağlanmaktadır. Diğer yandan, tipik edim borçlarının tamamının kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait olmasının gerekmediği, bunların bir kısmının kanuna yabancı olabileceği de kabul edilmektedir. Örneğin, şoförlü araba kiralanmasında, arabanın kiralanması kanuni bir sözleşmenin tipik edimi iken, şoförün kiralanması kanunda öngörülmemiş bir edim türü olup, üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlaması (sui generis) sözleşmenin tipik edimidir³⁶⁶. Bu nedenle, finansman ediminin kanuna yabancı olmasına dayanılarak YİD'in karışık muhtevalı bir sözleşme olmadığı söylenemeyeceği ileri sürülebilecektir. Ancak, finansman edimi, sui generis bir sözleşmenin dahi tipik edimi

³⁶⁵ OKTAY, s. 274.

³⁶⁶ KUNTALP, Kuntalp II, s. 85.

olmadığı için, böyle bir itiraz sonucu etkilemeyecektir³⁶⁷. Buraya kadar YİD'in neden karışık muhtevalı bir sözleşme olamayacağını açıkladık. Şimdi kendi görüşümüzü açıklayalım ve detaylandıralım.

Esasen, YİD modelinde, iki tipik sözleşmenin tipik edimleri bir araya gelmektedir, bunun yanında tipik sözleşmelerdeki karşı edimlerin yerini finans unsuru almakta ve böylece kendine has yapısı oluşmaktadır; YİD modelinde, projeyi inşa ettiren yatırım sahibinin (kamunun) esas amacı, inşaatın finansmanını bu yolla temin etmek iken, tesisi inşa eden yatırımcının esas amacı da, inşaatın yapımını ve finansmanını temin etmek, ve bunun karşılığında işletme hakkı elde etmek, bu sayede harcadığı sermayeyi geri almak ve aynı zamanda, kâr da elde etmektir. YİD sözleşmesinde, iki tipik sözleşmenin tip unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelmesinden daha ötede bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır.

YİD sözleşmelerinde, inşa ile işletme hakkı unsurlarının, finansman unsurunun edim muhtevaları halini aldıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, YİD, temelde bir proje finansman modelidir. İlişkinin taraflarını YİD modeline yönlendiren belirleyici hukuki amaç da, bir tesisin inşası veya işletme hakkının alınması değil; bir taraf için, yatırım için gerekli finansmanın sağlanması, diğer taraf için ise, bu finansmanın kârı ile birlikte geri alınmasıdır. Bu durum, tipik sözleşmelerin tipik edim muhtevaları veya bunların yüklenilme biçimleri değiştirilerek yaratılan, sui generis sözleşmeler ile uyusmaktadır³⁶⁸.

³⁶⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 105.

³⁶⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 111.

YİD sözleşmesinde, istisna sözleşmesinin tipik edimi olan “inşa” ile hasılat kirası sözleşmesinin tipik edimi olan “işletme”, edim-karşı edim yapısı içinde bir araya gelmemekte, bilakis bu edimler aynı tarafta kalmaktadır, ayrıca bu edimlerin yönelikleri amacın farklılaştığı gözlenmektedir³⁶⁹: Gerçekten, inşa borcunu ifa eden yatırımcı, inşa edimini, ücretini almak üzere teslim amacıyla ifa etmemekte, finansman temini taahhüdünde bulunarak inşasını üstlendiği tesisin işletme hakkına sahip olmak suretiyle, kâr elde etmeyi amaçlayarak edimini ifa etmektedir. Aynı şekilde, işletme ediminin ifa amacı da, hasılat kirasındaki nazarın farklıdır, yatırımcının işletme hakkını elde etmekteki beklentisi, mevcut bir işletmeyi kendi nam ve hesabına işleterek kâr elde etmenin çok ötesindedir: Yatırımcı, harcadığı sermayeyi geri alabilmek ve aynı zamanda gerek inşada kullanılan emeğin gerek harcanan fonun karşılığı olacak şekilde bir kâr elde edebilmek beklentisi içindedir. YİD için yapılabilecek en doğru hukuki niteleme, sui generis bir sözleşme olduğunun kabulü olacaktır; zira hukuki yapısını belirleyen finansman amacına yönelik olarak, tipik edim muhtevaları değişikliğe uğramıştır.

Doktrinde, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü tipik sözleşmelerin hiç birinde mevcut olmayan unsurları içeren sözleşmeler sui generis olarak kabul edilmektedirler³⁷⁰. YİD’de, finansman unsuru, hukuki ilişkinin tamamını etkilemekte ve diğer edimlerin muhtevalarının değişmesine neden olmaktadır, finansman unsurunun özgünlüğü, ayrıca bu

³⁶⁹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 111.

³⁷⁰ **TANDOĞAN Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, 4. Basım, C. I/1, Ankara 1985, s. 13.

özgünlüğün bütün üzerindeki esaslı etkisi itibariyle, YİD'in de sui generis sözleşmeler grubuna dahil edilmesi gerektiği muhakkaktır³⁷¹.

Bu noktada şu hususa da muhakkak değinmek gerekmektedir ki, münferit sui generis YİD sözleşmelerinin, zaman içerisinde “YİD sözleşmesi tipi” oluşturdukları söylenebilecektir. Zira, esaslı unsurları aynı olan ve bu unsurların aynı özgün yapı içinde bir araya geldiği çok sayıda YİD sözleşmesi mevcuttur. Tip sadece kanunlarla değil, sosyal hayat içinde düzenli olarak tekrarlanan hukuki ilişkilerle de yaratılabildiğinden, bir YİD sözleşmesi tipinin oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Başka bir deyişle, birbirine benzer ve uygun bir şekilde yapılan somut sözleşmelerin genel bir tanzimi olan tipin varlığından söz edilebilmesi için, belirli bir biçimde meydana gelen muhtelif hukuki işlemlerin gerçekleşmiş olması zorunludur³⁷². Bu bağlamda, her ne kadar, her somut projede taraflar arasında farklı risk paylaşımları ve bu nedenle sözleşmeye eklenen muhtelif edimler olabilmekte ise de, aynı ana çatı altında, özgün yapısı değişmeden tekrarlanan münferit YİD sözleşmelerinin genelleştirilmesi ve soyutlaştırılması suretiyle, bir YİD sözleşmesi tipi yaratıldığını kabul etmek yerinde olacaktır³⁷³.

5. YİD TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR

Yukarıdaki açıklamalarımız göz önünde bulundurulduğunda, YİD'in bir sözleşme olduğu ve YİD ilişkisinin taraflarının bir araya getiren ihtiyacın, finansman temini olduğu

³⁷¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 112.

³⁷² KUNTALP, Kuntalp II, s. 44-45.

³⁷³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 113.

açıktır. YİD modeli, sadece bu noktadan ele alınırsa, yatırım sahibine karşılıksız bir kazandırma yapıldığı izlenimi uyanabilecektir³⁷⁴.

Oysa ki, modelin isminden de belirtildiği üzere, yatırımcının “yap”, yani yatırımı gerçekleştirme borcunun yanında “işlet”, yani yatırım konusu tesisi belirli süre işletme hakkının olduğu aşıkardır. Bir başka ifade ile, bu modelin kullanılmasında, bir tarafın amacı “finansman ihtiyacının” giderilmesi iken, diğer tarafın amacının “finansmanını sağladığı yatırımın rantından yararlanmak” olduğu açıktır³⁷⁵. Nitekim, yatırım bedelinin şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin satışından gelir elde edilmesi suretiyle geri ödeneceği hususu 3096 sayılı Kanunda ve 3465 sayılı Kanunda üstü kapalı şekilde, 3996 sayılı Kanunda ise açıkça, hükme bağlanmıştır.

YİD modelinde, karşı karşıya gelen taraflar arasında, her birinin karşı tarafı kendisine karşı borç altına sokmak için borçlandığı, en basit anlamda “vermek-almak” ekseninde kurulu, bir tam iki tarafa borç yükleyen ilişkinin mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekecektir³⁷⁶.

³⁷⁴ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 70.

³⁷⁵ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 71.

³⁷⁶ Y.13.HD., 3.4.2003 T., E.2003/2417, K.2003/3948: “*Davacının davalı Belediyenin açtığı ihaleye katılması sonucu aralarında ihale şartnamesine uygun olarak Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin düzenlendiği tarafların kabulündedir... ...Taraflar arasındaki sözleşmenin tam karşılıklı taahhütleri havi sözleşmelerden olduğu duraksamaya yer olmaksızın bellidir.*”

(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.04.2021)

YİD ile, nakdi veya gayri nakdi bir kredi temini veya ortaklık şeklinde değil, projenin kendi kendini finanse etmesine dönük bir finansman yaratılmakta, bir proje finansman tekniği olarak kullanılmaktadır. YİD’de finansman temin eden taraf olan yatırımcının (özel sektörün) modeldeki rolü, yatırım için gerekli olan finansmanı kendisi temin etmek suretiyle yatırım konusu tesisi inşa etmek ve kendisine tanınan sürede bu tesisi işletmektir. YİD modeli, finansman ihtiyacı olan bir taraf ile finansman temin etmek imkânı bulunan bir karşı taraf arasında, finansman “verilmesi(sağlanması)” ve bu finansmanın (karı ile birlikte) “geri alınması” amacına yönelik olarak kurulan ve ilişkinin kurulduğu anda bir tarafın finansman temini ve inşa borcu altına girdiği, diğer tarafın da işletme hakkının kullanılabilmesini temin borcu altına girdiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi olup; finansmanın verilmesi ve geri alınması noktalarındaki özgün yapısı nedeniyle de farklı bir alternatif niteliği taşımaktadır³⁷⁷.

Yatırım sahibi kamu, ihtiyaç duyduğu finansmanı YİD modeli ile ele ederken; bir işletme hakkı tanımak suretiyle, inşa edilecek tesisin rantını da bir süreliğine yatırımcı proje şirketine bırakma borcu altına girmektedir³⁷⁸, bu yolla özgün bir finansman modeli yaratılmaktadır. YİD sözleşmesi ile, yatırım sahibi lehine bir karşılıksız kazandırma yaratılmadığı açıktır; aksine, hukuki sebep bağlamında, bir iade alacağı yaratmaya yöneliktir ve bu nedenle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ortadadır. Tarafların karşılıklı edimleri, hem doğuş, hem de ifa açısından birbirine bağlı bulunmaktadır.

³⁷⁷ ŞENYÜZ, s. 15.

³⁷⁸ POLATKAN, s. 13.

Sonuç itibariyle YİD, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. YİD modelinde, hukuki ilişkinin iki tarafı, bir menfaat dengesine ulaşmıştır, karşılıklı hak ve borçlar bütünü içindedir. Yatırım sahibi kamu, finansman ihtiyacını; yatırımcı proje şirketi tarafından sağlanması suretiyle ve yatırım konusu tesisin işletme hakkının da bir süre için yatırımcı şirkete bırakılması şeklinde, karşılıklı olarak; yatırımcı proje şirketinin de inşa ettiği tesise harcadığı sermayeyi geri almasını ve aynı zamanda kâr elde etmesini temin eder, YİD “sinallagmatik” bir sözleşmedir³⁷⁹.

Esasen, bu durum, bir proje finansman modeli olan YİD’in, alternatif finansman araçlarına nazaran üstünlüğünün de nedenini oluşturmaktadır. Zira, diğer alternatiflerin aksine, YİD modelinde önemli olan, finansman kullanan tarafın, temelde bir geri ödeme borcu bulunmaması nedeniyle, borç ödeme yeterliliği (kredibilitesi) değil, yatırım konusu projenin borç ödeme yeterliliğidir. Böylece, klasik finansman araçlarından yararlanamayacak olan bir yatırımcı için, yeni yatırımlarını gerçekleştirme imkânı YİD sözleşmesi ile yaratılmış olmaktadır. YİD modelinin bu niteliği gereği, finansmanı temin eden taraf da, klasik yöntemlerdekinden farklı olarak, nakit kredi veya yatırım kredisi verebilecek olan bir ticari banka veya bir yatırım bankası veya bir başka finans kurumu olmamaktadır; yukarıda da açıklandığı gibi, yatırım konusu tesisin inşasını taahhüt eden yatırımcı, aynı zamanda finansman teminini de taahhüt etmektedir³⁸⁰.

³⁷⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 72.

³⁸⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 73.

6. YİD SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİDİR

Edim sonucunun yani, alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleşmesinin, zaman içinde bir süreci kapsadığı borç ilişkileri, sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda, YİD taraflarının edimlerini dikkatlice inceledikten sonra, bir sui genesis sözleşme olduğunu ortaya koyduk. Özel sektörün finansman temini ve inşa borcu ile, kamunun işletme hakkı tanıma borcu üzerine kurulu bu ilişkide, karşılıklı borçların muhtevaları dikkate alındığında, aralarındaki borç ilişkisinin edimlerinin yerine getirilme ile tükenmediği, YİD sözleşmesi ile hasıl olan amacın gerçekleşebilmesi için, edimlerin bir zaman dilimi içinde devamlılığının zorunlu olduğu, bu nedenle de sözleşmenin ani edimli değil, sürekli edimli olduğu açıktır³⁸¹.

Alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleşmesi olarak tanımlanan, edim sonucunun zaman içinde bir süreci kapsadığı borç ilişkileri sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmekte³⁸² ve YİD modelinde de, tarafların ifa menfaatleri açısından aynı yapı görülmektedir. Yatırımcı, ani edimli bir tipik borç niteliğindeki inşa borcunu³⁸³ ifaya başladığı anda, inşa maliyetini

³⁸¹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 113.

³⁸² **SELİÇİ, Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, s. 7-8; **OGUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut**, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 10,44.

³⁸³ **SELİÇİ**, s. 26; **SELİÇİ, Özer**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 78; **TANDOĞAN, Haluk**, "Arsa Üzerine İnşaat Sözleşmelerinde İşi

karşlamak suretiyle, sürekli edim niteliğindeki finansman borcunun da ifasına başlamış olmakta; yatırım sahibi de sözleşmenin kurulması ile birlikte, yatırım arazisinin kullanım hakkını ve inşa edilecek tesisin işletme hakkını yatırımcıya vermiş ve yatırım arazisinin teslimi ile de, teslim borcunu ifa etmiş olduğu için, o andan itibaren, yine bir sürekli edim niteliğindeki kullandırma borcunu (buna bağlı olarak da yatırımcıya engel olacak davranışlardan kaçınma, işletmeyi engellememe borcunu) yerine getirmeye başlamış bulunmaktadır³⁸⁴.

V. YİD SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL SORUNU

Bilindiği üzere, bir kanun hükmü ile şekil şartı öngörüldüğü hallerde, bu şekle uyulmadıkça, sözleşme geçerli olmayacaktır. Bu durumda, 3096, 3456 ve 3996 sayılı kanunlar uyarınca YİD sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gereklidir, bu bir geçerlilik şartıdır³⁸⁵.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, anılan kanunlar kamu yatırımları ile ilgilidir ve uygulamada pek karşılaşılmasa da, iki özel sektör kişisi arasında bir YİD sözleşmesi kurulması mümkündür. Dolayısıyla, 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar, sadece kamu yatırımlarını kapsadığı için, bu kanunların öngördüğü yazılı şeklin genelleştirilmemesi

Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler", BATİDER, C.11, 198, s. 28-36.

³⁸⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 114.

³⁸⁵ KEŞLİ, s. 274.

gerekir. Bir tarafın kamu olduğu YİD sözleşmelerinde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının bir geçerlilik şartı olduğu şeklinde ifade edilmesi daha doğru olacaktır.

VI. YAP İŞLET DEVRET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. SÖZLEŞMENİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ

YİD sözleşmelerinde, esas itibariyle iki farklı şekilde süre belirlenmesi mümkündür: Bunlardan ilki, yatırım ve işletme için tek bir süre belirlenmesidir; ikincisi, yatırım (eser inşası) ve işletme dönemlerinin sürelerinin ayrı ayrı belirtilmesidir; her iki durumda, sözleşme süresinin sonunda YİD sözleşmesi kendiliğinden sona erer³⁸⁶.

Sözleşme taraflarının, sözleşme süresi boyunca, borçlarını düzenli olarak, herhangi bir ihtilafa yer bırakmayacak biçimde ifa ettikleri durumda, sürenin bitişi ile birlikte taraflar arasındaki borç ilişkisi sona erecektir. Tarafların borçlarını eksiksiz ifa ettiği durumda, yatırımcı özel sektör tarafından finansmanı temin edilen tesis inşa edilmiş ve bir işletme niteliğine kavuşturulmuş olacak, sürenin sonunda işletmenin/tesis devrinin de yapılması kaydıyla, yatırım sahibi kamunun ifa menfaati sağlanmış olacaktır; işletme süresinde işletme gelirini toplayan yatırımcı da, yatırım sermayesini geri almış ve kârını elde etmiş olacağı için, ayrıca ifa menfaatine kavuşmuş olacaktır. Başka bir anlatımla, sözleşme süresi boyunca tarafların sözleşmeye uygun olarak, karşılıklı borçlarını ifa ettikleri durumda, süre sona erdiğinde, her bir taraf hem kendi borçlarından kurtulmuş, hem de karşı tarafın ifa menfaatini

³⁸⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 265.

temin etmiş olacaktır ve böylece sözleşme sona erecektir³⁸⁷. Sürenin ve dolayısıyla yap işlet devret sözleşmesinin sona ermesinin bir neticesi olarak, sözleşme kapsamında inşa edilen tesis, her türlü borç ve taahhütten arındırılmış olarak, tam ve çalışır bir halde, bir bedel karşılığında olmaksızın, kendiliğinden idareye intikal edecektir. Uygulamada, bir devir teslim komisyonu oluşturulmakta ve tesisin gerekli şartları haiz olup olmadığı tespit edilmekte, eğer eksikler var ise, sözleşme hükümleri uyarınca tamamlanmaktadır.

Sözleşme süresi boyunca, karşılıklı borçların sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmediği durumda ise, sözleşme süresinin bitmiş olmasına rağmen, tarafların daha önceki dönemde muaccel olmuş ve fakat ifa edilmemiş borçları sona ermemiş olacaktır. Süre sonunda sözleşme sona ermiş olsa dahi, eğer bir tarafın sorumlu tutulabildiği bir ifa engeli nedeniyle sözleşme süresinde uygun ifa sağlanamamış ise, zamanında ifa edilmemiş asli edim borcu tazminat borcuna dönüşecektir ve sürenin bitmesinden sonra da bu tazminat borcu devam edecektir. Tarafların sözleşme süresi içinde doğmuş borçları sona ersin veya ermesin, sürekli borç ilişkisi, sürenin bitimi ile birlikte sona erecektir; bunun sonucunda, artık sürekli edim borçları doğmayacağı için, ileriye dönük olarak, yatırımcının ve kamunun borçları son bulacaktır.

Bu noktada şunu da söylemek isteriz ki, sürenin bitimi ile sona eren YİD sözleşmesinin, zımni yenileme veya sükut ile tecdit suretiyle, uzatılması da mümkün değildir³⁸⁸. Zira, YİD sözleşmesindeki süre, sadece ilişkinin bu süre boyunca devam etmesi anlamında olmayıp,

³⁸⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 266.

³⁸⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 267.

sürenin bitmesiyle birlikte hukuki ilişkinin sona ermesini de ifade etmekte, bunun doğal sonucu olarak da, süre sonunda YİD sözleşmesi sona ermektedir.

2. SÖZLEŞMENİN FESHİ

YİD sözleşmesinin, idare tarafından veya yüklenici tarafından feshedilmesi, sözleşmenin sona ermesi için, bir başka olasılıktır³⁸⁹. Fesih, sözleşme taraflarından birinin kusuru nedeniyle olabileceği gibi, herhangi bir kusur bulunmamasına rağmen de söz konusu olabilir; kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararının bulunması nedenleriyle de fesih söz konusu olabilmektedir³⁹⁰.

YİD modelinde, kural olarak, tarafların farklı çözümler bulunduğu sürece fesihden kaçınması gerekir, sözleşmenin süresinden evvel sona erdirilmesi son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur³⁹¹. YİD sözleşmelerinde, erken sona erme hallerine ilişkin özel düzenlemeler yapılmaktadır. Taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların sorun fazla büyümeden çözümlenmesi, bu düzenlemelerin temel amacıdır. Genelde oluşturulan sistem,

³⁸⁹ **BAYAZIT**, s. 309.

³⁹⁰ **AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat /KAYA, Cemil**, Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 557- 558; **GÖZLER / KAPLAN**, s. 503, 506-507; **BRACONNIER, Stéphane**, “L’indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d’un contrat public d’affaires pour motif d’intérêt général”, AJDA, No: 37, 2009, s. 2036.

³⁹¹ **TALUS**, 360; **UNCITRAL**, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, New York 2001, s. 153; **WB-PPIAF**, Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3.0, Washington 2017, s. 157

sözleşmenin ihlal edildiğini ileri süren tarafın, bu iddiasını ve gerekçesini karşı tarafa bildirmesi ve bir çözüm bulunmasını talep etmesi, bu yöntemle çözüm bulunamadığı takdirde, sözleşmeyi feshetmesi esasına dayanmaktadır. YİD sözleşmelerinde fesih yetkisi, çoğu zaman, karşı tarafı çözüme zorlamak için bir baskı unsuru olarak kullanılmaktadır. Ayrıca, sözleşmenin feshi durumunda, yatırımcı özel sektör kuruluşuna ödenecek tazminat kalemleri, özel hükümler ile sınırlanarak, yatırımcının mahrum kalınan kârı talep hakkı ortadan kaldırılmaktadır; burada amaçlanan çok uzun süreli sözleşme ilişkileri kapsamında doğabilecek muhtelif riskler nedeniyle büyük tazminat taleplerinin önüne geçmek ve yatırım sahibi devletler açısından en büyük risk niteliğindeki bu riski taraflar arasında dağıtmaktır³⁹². Ne var ki ülkemizde, YİD sözleşmelerinde uygulanacak fesih sistemi, taraflar arasındaki pazarlıklara kalmış durumdadır. Zira, YİD ile ilgili özel kanunlarda, belirli bir fesih usulü veya bir başka sistem, öngörülmemiştir; bu hususun sözleşmede düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bunun bir sonucu olarak; yatırımcı proje şirketinin kusurlu ihlallerinde, ihlalin giderilmesi için verilecek süreler ve ihlallerin sonuçları, inşaat dönemindeki gecikmeler ve diğer ihlaller nedeniyle tahakkuk edecek cezalar ve tesisin üzerindeki kredi borçlarının tasfiyesi ve yukarıda bahsedilen tazminatlar hususu da dahil olmak üzere, fesih ile ilgili diğer tüm hususlar, tarafların pazarlıkla ulaştıkları ortak noktaya bağlı olarak belirlenecektir.

³⁹² PEKGÜÇÜLÜ KARABULUT, s. 281.

VII. YİD MODELİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

1. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR

Yap işlet devret uygulamalarında, uyuşmazlıkların çözümü noktasında, uyuşmazlığın hangi aşamada çıktığı önem taşımaktadır. Zira yap işlet devret modeli uygulamalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü yönünden en önemli sorun uyuşmazlıkların çözüm yeridir³⁹³. Bu uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların çözümü aşamasında uygulanacak hukuk kuralları ile çözüm mercileri bakımından, birbirinden tamamen ayrılabilir iki aşama mevcuttur. Bunlardan ilki, sözleşme yapılmadan önce çıkan uyuşmazlıklar; ikincisi, sözleşmenin yapılmasından sonra çıkan uyuşmazlıklardır.

A. SÖZLEŞME YAPILMADAN ÖNCE ÇIKAN UYUŞMAZLIKLAR

YİD projesi için taraflar arasında bir sözleşmenin imzalanmasından önce, idarenin tek taraflı olarak yaptığı birçok işlem söz konusudur. Bu işlemler sözleşme imzalanmadan önce pek çok farklı aşamada yapılabilmektedir, örneğin; sözleşme hazırlığı, işin ilanı, ihalenin yapılması aşamalarında, idarenin tek taraflı tasarrufları söz konusu olabilmektedir. Bu işlemler, ilgililerin haklarını ve menfaatlerini etkileyebilir.

³⁹³ NÖMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN, Günseli, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003, s. 109; DURAN, s. 163-164.

Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde yaptığımız açıklamalardan şu açıkça anlaşılmaktadır ki; yap işlet devret modeline ilişkin sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesidir. Ancak, sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada, idare tarafından tek taraflı olarak yapılan işlemlerden dolayı, örneğin bir imar değişikliğinden dolayı, ortaya çıkan uyuşmazlıkları, ayrı değerlendirmek gerekecektir: Sözleşmeden ayrılabilen bu tür işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar “ayrılabilir işlem kuramı” gereği idari yargıda çözümlenmelidir³⁹⁴. İdari nitelikte olan bu tür işlemlere karşı dava açma hakkına, Anayasa’nın 36’ncı ve 125’inci maddeleri gereği, menfaati olan herkes sahiptir³⁹⁵.

B. SÖZLEŞMENİN UYGULANMASINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM YOLLARI

YİD projelerinde, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda, yukarıda da bahsedildiği üzere, farklı çözümler üretilmiştir. Uyuşmazlıkların yargısal yolla çözümünün yanı sıra, tahkim yoluyla çözümü de söz konusudur. Esasen uygulamada kullanılan yöntem, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüdür, biz de çalışmamızda özellikle bunun üzerinde duracağız.

Çalışmamızın önceki kısımlarında da bahsedildiği üzere, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun ile Anayasa’nın 125. maddesinde “Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve

³⁹⁴ GENÇOĞLU, s. 88.

³⁹⁵ POLATKAN, Vahit, Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, s. 136.

sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” yönünde bir düzenleme yapılarak, YİD sözleşmelerinde tahkime ilişkin hükümlerin yer almasının önü açılmıştır. Bu usulden yararlanmak, tamamen tarafların iradesine bağlı olmakla birlikte, uygulamada YİD sözleşmelerinin hemen tamamına tahkim kaydı konulduğu söylenebilir. Bu kaydın konulmadığı durumlarda, sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak yöntem, herhangi bir özel hukuk sözleşmesi ile aynı olup; görevli ve yetkili mahkemede açılacak bir dava ile uyuşmazlık çözülecektir.

Bununla birlikte, YİD sözleşmelerinin çoğunda tahkim şartı yer almaktadır. Tarafların tahkim şartı koyarken kararlaştırmaları gereken bir konu da, tahkimin ad hoc (özel seçilmiş) hakemlerce mi yoksa bir kurumun himayesinde mi görüleceğidir. Bir yatırım ihtilafı, Dünya Bankası bünyesindeki ICSID tahkim divanına götürülebilir veya UNCITRAL ad hoc tahkim kurallarına göre de gördürülebilir, yatırımdan kaynaklanan ticari ihtilafların görülmesinde önemli tahkim merkezlerinden bir diğeri de ICC tahkimdir³⁹⁶. Bu kurumlara ait kurallar tahkim mahkemesinin yargılama usulünü düzenlemektedir. YİD uygulamalarında en en çok tercih edilen iki tahkim; ICSID³⁹⁷ ve ICC’dir. Tahkim süreçleri çoğu zaman birbirine

³⁹⁶ **YILDIZ, Emine Merve**, “KÖİ Modelinin Uygulanmasında Uyuşmazlıkların Çözümü Yöntemlerinin Analizi”, Teoriden Uygulamaya Türkiye Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara 2019, s. 300-301.

³⁹⁷ **YILDIZ**, s. 305-307: “Bu konuda verilebilecek örneklerden bir tanesi, Amerikan hukukuna göre kurulmuş, “Mihaly International Corporation” isimli şirket tarafından 1999 yılında Sri Lanka Cumhuriyeti’ne karşı açılan ICSID tahkim davasıdır. Söz konusu davaya

oldukça benzerdir. Aşağıda YİD sözleşmelerinde çokça uygulama alanı bulan, ICSID tahkim süreci detaylı olarak anlatılacaktır.

a. ICSID TAHKİM YARGILAMASI

Uyuşmazlığa düşmüş tarafların, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakması, yani uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması yönünde yaptıkları anlaşmalara, tahkim anlaşması denir³⁹⁸.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların, ICSID tahkim ile görüleceğine dair kayıtlar, günümüzde iki taraflı yatırım anlaşmalarında çokça yer almaktadır. Tarafların aralarındaki yatırım ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü hususunda bu yönteme başvurulabilmeleri için devletlerin, “*Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme*”ye taraf olmaları gerekmektedir. Türkiye bu sözleşmeye taraftır, söz konusu anlaşma, 1988 tarih ve 3460 sayılı “*Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının*

konu yatırım Sri Lanka'nın en büyük enerji projesi olarak nitelendirilen, 300 megawatt kurulu gücündeki termal enerji santralidir... ..Diğer bir örnek ise İngiliz ve Kuzey İrlanda menşeli ortaklık yapısına sahip “Malicortp Limited” isimli şirket tarafından, 2009 yılında Mısır Cumhuriyeti aleyhine açılan ICSID tahkim davasıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık 1999 yılında Mısır Cumhuriyeti tarafından YİD modeli ile ihale edilen RasSudr Uluslararası Havaalanı Projesi'nden kaynaklanmıştır.”

³⁹⁸ GÜNEŞ, s. 195; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1991, s. 3465; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 1068.

Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun” ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun görülmüştür. Başka bir deyişle, Türkiye ICSID Sözleşmesini imzalamıştır ve yatırım anlaşmalarından çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde bu tahkim usulünün uygulanabileceğini kabul etmiştir. ICSID’in amacı, yatırım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, bütün tarafların çıkarını dengeleyen, hızlı uygulanabilir, çözümler üretmektir. Bir uyuşmazlıkta çözüm yolu olarak, ICSID tahkiminin uygulanabilmesi için, gerekli olan bir diğer şart, tarafların aralarında yazılı olarak, ICSID tahkimine gitmek konusunda anlaşmalarıdır. Bir toparlama yapmak gerekirse, bir uyuşmazlıkta ICSID tahkim uygulanabilmesi için:

- Bu uyuşmazlık bir akit ülke ile diğer bir akit devletin vatandaşı arasında olmalıdır.
- Taraflar ICSID tahkimine gitme konusunda yazılı anlaşma yapmış olmalıdırlar.
- Yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olmalıdır.

Burada şunu da belirtmek isteriz ki; gayrimenkul üzerindeki mülkiyet ve aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile Türkiye’nin diğer ülkeler ile imzalayacağı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin münferit anlaşmalar, Türkiye’nin sözleşmeye çekince koyduğu iki husustur. Bu konulardaki yatırım uyuşmazlıklarında ICSID tahkime başvurulması mümkün olmayacaktır.

b. ICSID TAHKİM SÜRECİ

ICSID sözleşmesinin 1’inci maddesi gereği, yargılamalar “Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez” tarafından yürütülecektir. Süreç tahkim başvurusu ile başlar.

b.a. Tahkim Başvurusu

Devlet ya da yatırımcı, ICSID tahkimi için, ICSID Anlaşması m. 36 kapsamında, Merkez Genel Sekreterliğine yazılı olarak başvuru yapar ve 25.000 USD maktu başvuru ücretini merkez hesaplarına yatırır³⁹⁹. Yapılan bu başvurunun ardından, genel sekreter, başvuruyu karşı tarafa iletir⁴⁰⁰. Tahkim talebi, genel sekreter tarafından, uyuşmazlığın ICSID merkezinin yargı yetkisinde olup olmadığının tespiti için incelenir; tahkim talebinin merkezin yetkisi dışında kaldığı saptanmazsa başvuru kaydedilir. Gerekli görmesi halinde genel sekreter, başvurunun yetki dışında olup olmadığını belirleyebilmek için, başvuru kaydedilmeden önce, başvuruda bulunan kişiden ilave belge ve bilgi talep edebilir. Başvurunun, ICSID yargı yetkisinin dışında olduğunun tespit edildiği durumda, genel sekreter, başvuruyu reddeder ve bu durumu taraflara bildirir. Genel sekreterin bu yetkisine, “eleme yetkisi” denir. Tahkim talebinin, ICSID Merkezi’nin yetkisi dahilinde olup olmadığı konusunda net bir karar veremediği durumda, genel sekreter, tahkim talebini kaydedip nihai kararı hakemlere bırakmalıdır⁴⁰¹.

³⁹⁹ **TUYGUN, Salih**, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007, s. 91.

⁴⁰⁰ **NEVA, Övünç Öztürk**, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2000, s. 18.

⁴⁰¹ **TUYGUN**, s. 90,91; **DOST, Süleyman**, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Isparta 2006, s. 163-164; **ERTEN, Rifat**, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara 2005, s. 208; **ERDOĞAN, Feyiz**, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 174.

b.b. Uygulanacak Hukuk

Uyuşmazlık, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hukuk kuralları çerçevesinde çözülecektir. Zira, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisi mevcuttur. Taraflarca uyuşmazlığa uygulanacak hukuka ilişkin bir anlaşma yapılmamış ise, taraf olan akit ülkenin hukuku, kanunlar ihtilafı da dahil olmak üzere, uyuşmazlığa uygulanacaktır⁴⁰².

Uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılamasında, hakem heyetince uygulanacak usul kuralları da, taraflarca serbestçe belirlenebilir. Bu konuda taraflarca yapılmış bir anlaşmanın bulunmadığı duruma, ICSID tarafından düzenlenmiş olan tahkim kuralları uygulanır⁴⁰³.

b.c. Tahkim Yeri

Tahkim yeri konusunda taraflar anlaşamazlarsa, tahkim Washington'daki Merkezde yürütülür; tarafların anlaştığı durumda ise tahkim, Merkezin uygun göreceği herhangi bir resmi veya özel kuruluşta veya daimi hakemlik divanında yürütülür⁴⁰⁴.

⁴⁰² **GENÇOĞLU**, s. 96-97.

⁴⁰³ **ERDOĞAN**, s. 175.

⁴⁰⁴ **TUYGUN**, s. 92; **KARAYEL, İsmail Emrah**, ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kötüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Kayseri 2020, s. 98.

b.d. Hakem Heyetinin Seçimi

Tahkim başvurusunun, ICSID Sözleşmesinin 36'ncı maddesi kapsamında kaydedilmesinden sonra, Sözleşmenin 37 - 40 maddeleri kapsamında hakem atanması süreci başlayacaktır. Hakem heyeti tek kişiden olabileceği gibi, tarafların üzerinde anlaştığı tek sayıdaki birden fazla kişiden oluşabilir. Tarafların hakem sayısı üzerinde anlaşamadıkları durumlarda ise, hakem heyeti üç kişiden oluşur; hakemlerin tabiiyetlerinin (vatandaşlıklarının) farklı olması gerekir. Ancak başhakem konusunda tarafların anlaştığı durumlarda, bu husus engelleyici bir kistas olmaktan çıkar.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem heyetinin, tahkim talebinin genel sekreter tarafından kaydının ardından, 90 gün içerisinde atanamaması durumunda, genel sekreterin kendisi, tarafların görüşünü de alarak, taraflardan hiçbirinin tabiiyetinde olmayan (anlaşmazlığa taraf olan akit ülkelerin vatandaşı veya anlaşmazlığa taraf olan akit ülke vatandaşının ülkesinden olmayan) hakemler arasından, hakem atayacaktır⁴⁰⁵.

Hakem heyetinin oluşturulmasının ardından heyet; taraflar, uyuşmazlık konusu, tarafların iddiaları, çözüme kavuşturulması gereken hususlar, uygulanacak hukuk ve sürece ilişkin muhtemel takvimin yer aldığı görev belgesini düzenler. Bu belgenin düzenlenmesi aşamasında ihtiyaç hasıl olur ise, duruşma yapılabilir. Görev belgesi taraflarca imzalanır ve bundan sonraki süreç bu belgede anlaşılan çerçevede devam eder. Yargılama yazılı ve sözlü olarak gerçekleştirilir. Tarafların karşılıklı ilk dilekçelerinden sonra taraflar, aralarındaki anlaşmaya göre, ikinci dilekçelerini sunabilirler. Tüm bu dilekçeler, görev belgesinde

⁴⁰⁵ ERDOĞAN, s. 174.

belirtilen süre içerisinde sunulur. Sürelerin, hakem heyeti tarafından, taraflardan birinin talebi ve diğer tarafın muvafakati ile uzatılması mümkündür. Ayrıca hakem heyetinin ihtiyaç duyması halinde, çeşitli konularda ilave açıklama istemesi mümkündür; heyet, bir tarafın talebi üzerine de diğer taraftan ilave açıklamada bulunmasını talep edebilir⁴⁰⁶.

Taraflar, sözlü yargılama aşamasına, vekilleri veya temsilcileri ile katılabilir; ayrıca tanıklar, uzmanlığına başvurulacak kişiler de katılır. Hem tanık gösteren taraf hem karşı taraf hem de hakem heyeti, tanıklara sorularını yöneltir. Ayrıca, hakem heyeti, tarafların göstermiş olduğu tanıklar dışında başka kişilerin de dinlenmesini istiyor ise, bunların da duruşmaya iştirakini sağlar.

b.e. Karar

Yukarıda, hakem heyeti tarafından, düzenlenen görev belgesinde tahkim sürecinin gösterileceğini belirtmiştik. Hakem heyeti, uyuşmazlığa ilişkin kararını, tahkim sürecinin sona ermesini takip eden 60 gün içinde düzenler ve imzalar; bu süre içinde kararın düzenlenememesi durumunda, 60 günlük süre, hakem heyeti tarafından, 30 gün daha uzatılabilir. Heyet, kararlarını oybirliği ile verebileceği gibi tüm üyelerin oy çokluğu ile de verebilir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ GENÇOĞLU, s. 98.

⁴⁰⁷ ÖZSUNAY, Ergun, Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararları, Uluslararası Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul 2004, s. 157.

Kararda, verilen hükmün ve gerekçesinin yanında, taraflar, sözleşme kapsamında oluşturulan heyetin kuruluş yöntemi, hakem heyetinin her bir üyesinin ismi ve kimin tarafından atandığı, tarafların temsilcileri, danışmanları ve avukatlarının isimleri, heyet oturumlarının tarih ve yerleri, işlemlerin özeti, heyetçe belirlendiği kadarı ile olaylar, tarafların sunumları ve heyetin ücretlere ilişkin kararı açıkça yer almalıdır⁴⁰⁸. Hakem kararları yazılı olarak alınır, oy kullanan hakemlerce imzalanır, imzaların tarihi belirtilir. Kararda heyet, önündeki uyuşmazlıkla ilgili sorulara cevap verecek ve cevapların dayanağı olan gerekçeler de kararda belirtilecektir. Hakem heyeti üyeleri, şahsi görüşlerini, çoğunluğa karşı olup olmadığını veya karşı görüşünü karara ekleyebilir. Kararların yayınlanması için tarafların rızası olmalıdır⁴⁰⁹.

b.f. Kararın Kesinleşmesi, Yorumu, Düzeltilmesi ve İptali

Heyet tarafından verilen karar kesinleşir. Ancak, şartların varlığı halinde, taraflardan birisinin başvurusu ile düzeltilebilir, yorumlanabilir veya geçersiz kılınabilir. Taraflardan biri, kararın verilmesinden itibaren 45 gün içinde, heyete başvurabilir ve kararda hakkında karar verilmesi unutulmuş bir problemle ilgili karar verilmesini, kararda bulunan yazım hataları ve matematiksel hatalar gibi yanlışlıkların düzeltilmesini talep edebilir. Heyet, diğer tarafa da bildirerek, kararda hakkında karar verilmesi unutulmuş husus hakkında karar verebilir, kararda bulunan yazım hataları ve matematiksel hatalar gibi yanlışlıkları düzeltebilir.

⁴⁰⁸ TUYGUN, s. 145.

⁴⁰⁹ DOST, s. 170-171.

Kararı kesin olarak etkileyecek nitelikte unsurların ortaya çıkması durumunda, unsurun ortaya çıkmasından itibaren 90 gün ve her halde kararın verilmesinden itibaren 3 yıl içinde, taraflardan her biri, genel sekreterliğe yazılı başvuruda bulunarak; başvuru sırasında heyet ve başvuruda bulunan tarafından bilinmeyen durumu ve başvuruda bulunanın bu durumu bilmemede kusuru bulunmadığını bildirerek, kararın düzeltilmesini isteyebilir⁴¹⁰. Bu başvuru eğer mümkünse ilk kararı veren heyetçe karara bağlanmalı; eğer bu mümkün değilse, ICSID Sözleşmesinde hakem seçimine ilişkin düzenlemeler kapsamında yeni bir hakem heyeti oluşturulmalıdır.

Taraflar arasında, kararın anlamı ya da kapsamına ilişkin olarak bir uyuşmazlık çıkarsa, taraflardan biri, genel sekreterliğe yazılı başvuruda bulunarak kararın yorumlanmasını isteyebilir.

ICSID Sözleşmesinin 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, hakem kararının iptali için taraflardan biri, kararın verildiği tarih sayılan, kararın onaylı örneğinin taraflara gönderildiği tarihten itibaren 120 gün içinde ve başvuru yolsuzluk nedeni ile yapılıyorsa, yolsuzluğun öğrenildiği tarihten itibaren 120 gün içinde ve her halikarda, kararın verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde, aşağıdaki nedenlerin varlığı halinde, genel sekreterliğe yazılı olarak başvurabilir ve hakem kararının iptalini isteyebilir.

- Hakem heyetinin ICSID Sözleşmesine, tahkim kurallarına veya tarafların anlaştıkları düzenlemelere uygun şekilde kurulmaması,

⁴¹⁰ **ERTEN**, s. 212.; **ŞANLI, Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 393.

- Hakem heyetinin açıkça yetkisini aşması,
- Hakem heyetinin üyelerinden birinin yolsuzluk yapması,
- Temel usul kurallarından ciddi bir sapma olması,
- Kararın dayandığı gerekçelerin bildirilmemiş olması.

Talebin ulaşması üzerine, üç kişilik bir hakem komitesi kurulur⁴¹¹. İptal talebine ilişkin karar, bu komite tarafından ICSID Sözleşmesindeki ve Tahkim Kurallarındaki hükümlere uyularak verilir⁴¹².

İptal talep eden tarafın, bu yönde bir talebi de var ise komite, iptali istenen kararın icrasını yeni karar verilinceye kadar erteleyebilir. Komite tarafından yapılacak inceleme sonrasında, kararın iptaline karar verilebilir. Bu durumda uyuşmazlık, tarafların birinin talebine binaen yeni bir hakem heyeti oluşturularak çözümlenebilir.

b.g. Tenfiz

Akit devletlerden birinde, ICSID tahkim kararının tenfizinin sağlanması için yapılması gereken, akit devletlerin bu amaçla belirlediği mahkeme veya otoriteye, ICSID Genel Sekreterliği tarafından onaylanmış olan tahkim kararını ibraz etmektir⁴¹³. ICSID tahkimin en büyük avantajlarından biri şudur ki; ICSID tanıma ve tenfiz metodunda milli mahkemelere bir yetki ve görev bırakmamaktadır. Akit devletler, sözleşmenin 54'üncü maddesi uyarınca,

⁴¹¹ ŞANLI, s. 393.

⁴¹² ÖZTÜRK, s. 114.

⁴¹³ NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s. 82.

kararın parasal yükümlülüklerini yerine getirmekle, sözleşmeye uygun olarak alınmış her kararı kabul etmekle, yükümlüdürler. Diğer bir deyişle, milli mahkemelerin, ICSID hükümleri kapsamında alınan hakem kararının tenfizi konusunda, herhangi bir müdahale yetkisi bulunmamaktadır.

Bunun bir sonucu olarak, ICSID hakem kararlarına karşı kararın niteliği veya taraflar arasındaki asıl ilişki ile ilgili itirazlar ileri sürülemeyeceği gibi; kararın kamu düzenine aykırı olduğu iddiası ile de tanınması veya tenfizi engellenemeyecektir. ICSID Sözleşmesinin tahkim kararlarının en önemli özelliklerinden biri, etkili bir tenfiz mekanizmasının oluşturulmuş olmasıdır.

Sonuç olarak, YİD sözleşmelerinin hemen hepsinde, tahkim kaydı yer almaktadır. ICSID tahkim, YİD uygulamalarında çokça tercih edilmektedir. ICSID tahkim yargılaması kabaca; tahkim başvurusu, hakem heyetinin oluşturulması, karar, kararın kesinleşmesi ve tenfizi süreçlerinden oluşmaktadır.

SONUÇ

Yüksek kamu proje stoku, bu projeleri finanse edecek yeterli kamu kaynağı bulunmaması, proje tasarım, yapım, işletim süreçlerinde kaynak verimliliğinin sağlanamaması, kamunun özel sektör ile işbirliği yapma ihtiyacını doğurmuştur ve bu ihtiyaç üzerine, Kamu Özel İşbirliği modeli uygulamaları başlamıştır. Kamu özel işbirliği, kamu hizmetlerinin özel kişilerle işbirliği içerisinde yerine getirilmesine yönelik bir dizi uygulamayı içinde barındıran bir çatı kavramdır. Bu tarz işbirlikleri, günümüzde kamu hizmetlerinin geleneksel yollarla sunulmasına birer alternatifi olarak kabul edilmektedir.

Kamu özel işbirliği kavramı gerek ulusal gerek uluslararası çevrelerce çokça tartışılan bir kavramdır. Ancak, kamu özel işbirliğinin, tanımı, kapsamı ve içeriği konularında fikir birliğine varılmış değildir. KÖİ kavramı pek çok modele verilen ortak bir isim, bir çatı kavram olması nedeniyle özelliklerinin tam olarak tespiti mümkün olmamaktadır. Bunun yanında, KÖİ konusu olan hizmetlerin; bizzat kendilerinin de tanımlanmasının zor olması (altyapı yatırımları/tesisleri gibi), KÖİ modellerinin ülkelerin hukuki, siyasi, idari ve sosyo ekonomik farklılıkları nedeniyle değişiklik göstermesi, KÖİ kavramı için bir tanımlama yapılmasını zorlaştırmaktadır.

Kamu özel işbirliği kavramı, hem doktrinde hem de diğer pek çok kaynakta, farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bize göre, kamu özel işbirliği kavramı için yapılabilecek, en kapsayıcı tanımlardan biri; bir kamu hizmetinin sağlanması için, kamu ve özel sektörün birliktelik sağladığı yöntemler bütünü, şeklinde yapılabilecektir. Bunun yanında kamu özel işbirliğinin tüm unsurlarının bir arada olduğu (bir kamu hizmetinin özel sektör ile yapılan işbirliği ile sunulması, işbirliğinin bir sözleşme vasıtasıyla sağlanması, işbirliğinin uzun

sürelî olması, özel sektöre yeterli oranda riskin devredilmesi) bir tanım yapmak gerekirse; kamu özel işbirliği, kamu ile özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme ile, kamu hizmetlerinin finansmanı için alternatif finansman yöntemleri sunan, riskleri kamu ve özel sektör arasında paylaştıran, kamusal mal ve hizmetlerin inşasına, ifasına ve kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün katılımını sağlayan, yap işlet devret, yap işlet, yap kirala devret gibi modelleri içerisinde barındıran bir şemsiye kavramdır, tanımı yapılabilir.

Özel sektörün kamu hizmetlerine katılımı yönündeki uygulamalar eskiden beri süregelen, ancak sistematik hale gelmesi, uluslararası kuruluşlar ve gelişmiş ülkeler tarafından desteklenmesi daha yenidir. Dolayısıyla şunu söyleyebiliriz ki, esasen yeni bir kavram olan kamu özel işbirliğinin uygulamaları eskiye dayanır; zira tarihsel olarak bakıldığında, kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanma çok eski zamanlara dayanmaktadır: Roma'da, eski Yunan ve eski Mısır'da, kamu hizmetlerinin sağlanması veya kentlerin sabit yatırım gerektiren altyapı ihtiyaçlarının giderilmesi için, bir kişi veya kuruluş ile Devlet arasında sözleşmeler yapılmıştır.

Perier Brothers'a, 1782 yılında Paris'in içme suyunun temini imtiyazı verilmesi; 1879'da, Süveyş Kanalı Şirketi, Mısır Devletince yetkilendirilerek, Avrupa ve Mısır kaynaklı finansmanla, Süveyş Kanalı'nın yapılıp 99 yıllığına işletilmesi işini üstlenmiştir; Trans-Siberian demiryollarının yapımı ve Eyfel Kulesi, en meşhur kamu özel işbirliği örnekleridir.

Kamu özel işbirliğinin olumlu ve olumsuz yönleri, çalışmamızın Birinci Bölümünde detaylı olarak anlatılmıştır. Kamu özel işbirliği modellerinin belirtilen bütün yararları sağlanması mümkün olmadığı gibi, mutlak suretle sayılan bütün olumsuz sonuçları doğuracağı şeklinde bir kabul de mümkün değildir. Hazırlık aşaması oldukça karmaşık olan KÖİ

projeleri, bilgi ve deneyim gerektirir. Bu nedenle projelerden istenen sonuçların alınabilmesi için, iyi eğitimli kamu görevlileri yanında, iyi bir mevzuat, şeffaf ihale süreçleri, düzgün işleyen denetim yolları, kişisel amaçlarla hareket etmeyen idareciler, doğru yapılmış bir risk dağılımı, gereksiz garantilerin verilmemesi, düzgün hazırlanmış fizibilite raporları ve zaman gerekir.

Kamu özel işbirliklerine getirilen hemen her eleştiri, uygulamadaki bir eksikliğe dayandırılmıştır. Bu durumda, yapılan eleştirilerin modelin doğrudan kendisine getirilen eleştiriler olmaktan ziyade, bu eksiklikler sonucu oluşan yanlış uygulamalara getirilen eleştiriler olduğunu söylemek mümkündür. Eksikliklerin varlığı halinde, projenin yukarıda belirtilen olumsuz sonuçları doğurması çok olasıdır.

Kamu özel işbirliğinin alternatifsiz ve mükemmel olduğu varsayımı ne kadar eleştiriye açık ise, modelin sadece sorunlu taraflarını ön plana çıkarmak da bir o kadar yanlıştır. En nihayetinde projelere ilişkin karar, kamu otoritesi tarafından verilmektedir ve her bir projenin ayırt edici özellikleri değerlendirilerek ve karşılaştırmalı bir yöntem benimsenerek kamu menfaatleri için daha uygun olan usulün seçilmesi doğru davranış biçimi olacaktır. Kamu Özel İşbirliğinin salt sağladığı düşünülen avantajlarına bakarak, bunun idarenin taraf olduğu her proje için en uygun model olduğunu savunmak kanaatimizce doğru bir yaklaşım olmayacaktır ve böyle bir yaklaşımın kamu menfaati ile örtüşmeyen sonuçlar doğurması çok olasıdır. Bunun yerine yapılması gereken karşılaştırmalı bir yöntemin belirlenmesi, diğer başkaca usullerle, örneğin geleneksel yollarla tedarik edilmesi halinde, proje maliyetinin ulaşacağı değer ile kamu özel işbirliğine başvurulması halinde oluşacak maliyetin analiz edilmesi ve her bir projenin ayırt edici özelliklerine göre en avantajlı uygulamaya karar verilmesidir. Bu yöntem, idare açısından daha faydalı ve doğru olacaktır. Uluslararası arenada

da kabul edildiği üzere KÖİ, yüksek uzmanlık gerektiren, karmaşık ve başarısız uygulanması durumunda, kamu kesimi üzerine uzun yıllara yayılan yüksek mali riskler getiren bir modeldir, tüm bular bu yöntem kullanılırken çok dikkatli olunması gerektiğini ortaya koymaktadır. KÖİ uygulamaları günümüzde, sosyal gelişmeyi hızlandırıcı, ulusal kalkınmaya yardımcı, ekonomik büyümeye işlevsel katkı sağlayan araçlar olarak kabul görmekteyseler de, yukarıda tekraren belirtildiği üzere, hatalı uygulandıkları durumlarda, çokça olumsuzluğu beraberinde getirirler, bu sebeple kamu özel işbirliklerini uygulamaya koyarken, çok dikkatli olmak gerekir.

Kamu özel işbirliği kavramı yap işlet devret modeli ve pek çok başka model için kullanılan bir çatı kavramdır. Her yap işlet devret modeli bir kamu özel işbirliğidir ancak her kamu özel işbirliği uygulaması bir yap işlet devret modeli örneği değildir.

Günümüzde esasen büyük sermaye veya yüksek teknoloji gerektiren kamu yatırımlarının finansmanında kullanılan bir model olan, en azından öyle olması gereken, yap işlet devret modelinin temel felsefesi, Fransa'da, 17.yüzyılda, köprülerin ve kanalların gerek merkezi yönetimler gerekse yerel yönetimler tarafından özel şirketlere yaptırılması ve belirli imtiyaz süresi boyunca, özel şirketler tarafından, işletilen bu yatırımların, sürenin sonunda, kamuya devredilmesi ile ortaya çıkmıştır Yukarıda sayılan ünlü projelerin yanında, Fas'da Tangiger Limanı ve Kanada'da Vancouver limanı YİD modeli kullanılarak yapılmıştır.

YİD modeli için gerek doktrinde, gerekse mevzuatta çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan yola çıkarak biz de bir tanım yapmaya çalışırsak eğer: Yap işlet devret modeli; bir kamu hizmeti sunumunun, özel sermayenin finansmanından yararlanmak amacıyla, bir tarafında kamunun diğer tarafında özel sektörün olduğu bir sözleşme kapsamında sağlandığı;

özel sektörün sağladığı finansman ile kamu hizmetinin sunulacağı tesisi inşa ettiği, belirli süreliğine yapılacak risk dağılım çerçevesinde bu tesisi işlettiği ve süre bitiminde tüm yatırım ve tesislerin her türlü borçtan arı olarak, çalışır vaziyette ve bedelsiz şekilde ilgili kamu idaresine devrini sağladığı bir model, olarak tanımlanabilir.

Ülkemizde YİD modeline ilişkin olarak yapılmış temel kanuni düzenlemeler: 3096 sayılı “*Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*” , 3465 sayılı “*Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*” ve 3996 sayılı “*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun*”dur.

YİD’in dört temel unsuru vardır. Bunlar; “risk paylaşımı”, “eser inşası”, “finansman” ve “işletme hakkı”dır. YİD, tarafları kamu kurumu ve proje şirketi olan, amacı finansman temini olan, tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir. Sui generis bir sözleşmedir ve sürekli borç ilişkisidir. Bir tarafın kamu olduğu YİD sözleşmelerinde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır. YİD sözleşmeleri, sözleşme süresinin sonunda, kendiliğinden sona erer. YİD sözleşmesinin, idare tarafından veya yüklenici tarafından feshedilmesi, sözleşmenin sona ermesi için, bir başka olasılıktır.

Yap işlet devret modeline ilişkin sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesidir. Ancak, sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada, idare tarafından tek taraflı olarak yapılan işlemlerden dolayı, örneğin bir imar değişikliğinden dolayı, ortaya çıkan uyuşmazlıkları, uyuşmazlıkların çözümü noktasında, ayrı değerlendirmek gerekecektir. Sözleşmeden ayrılabilen bu tür işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar, “ayrılabilir işlem kuramı” gereği idari

yargıda çözümlenmelidir. İdari nitelikte olan bu tür işlemlere karşı, Anayasa'nın 36'ncı ve 125'inci maddesi gereği, dava açmakta menfaati olan herkes dava açma hakkına sahiptir.

YİD projelerinde, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda, farklı çözümler üretilmiştir. Uyuşmazlıkların yargısal yolla çözümünün yanı sıra, tahkim yoluyla çözümü de söz konusudur. Esasen uygulamada kullanılan yöntem, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüdür. 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Anayasa'nın 125'nci maddesinde "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" yönünde bir düzenleme yapılarak, YİD sözleşmelerinde tahkime ilişkin hükümlerin yer almasının önü açılmıştır. Bu usulden yararlanmak, tamamen tarafların iradesine bağlı olmakla birlikte, uygulamada YİD sözleşmelerinin hemen tamamına tahkim kaydı konulduğu söylenebilir. Bu kaydın konulmadığı durumlarda, sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak yöntem, herhangi bir özel hukuk sözleşmesi ile aynı olup; görevli ve yetkili mahkemede açılacak bir dava ile uyuşmazlık çözülecektir.

KAYNAKÇA

ACARTÜRK, Ertuğrul / KESKİN,

Sabiha

: "Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı", SDÜİİBFD, C. 17, S. 3, 2012, s. 25 – 51.

ADAIR, A. / BERRY, J. / GULATI, M.

/ HARAN, M. / HUTCHINSON, N. /

KASHYAP, A. / MCCORD, M. /

MCGREAL, S. / OYEDELE, J. /

TIWARI, P.

: The Future of Private Finance Initiative And Public Private Partnership Research Report, London 2011

AKDOĞAN, Muzaffer

: "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi", İÜHFİM, C. 72 , S. 2, 2014, s. 683 – 701.

AKINTOYE, Akintola / BECK,

Matthias / HARDCASTLE, Cliff

: Public-Private Partnerships: Managing Risks and Opportunities, Oxford 2003, s. xix.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER,

Murat / KAYA, Cemil

: Türk İdare Hukuku, Ankara 2017.

ALBALATE, Daniel / BEL, Germa /

GEDDES, Richard R.

:Do Public Private Partnership Enabling Laws Increase Private Investment in Infrastructure, http://www.chaire-eppp.org/files_chaire/albalate_et_al.pdf

ALICAN, Nesrin

:Avrupa Birliği Mevzuatı ve Uygulamaları Işığında Kamu-Özel Sektör Ortaklıkları (Yayımlanmamış Avrupa Birliği Uzmanlık Tezi), TC Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Ankara 2008.

ALTINTAŞ, M. Ayhan

:"Birlikte Tüketim Konusu Olan Mal ve Hizmetlerde Yap-İşlet-Devret Modelinin Düşündürdükleri", İdarecinin Sesi Dergisi, C.3, S.3, Ankara 1989.

ALTOP, Atilla

:Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

ANDRADE, Alexandre / SANTOS, R.

André

:"Public Private Partnership in Portugal-The Legal Structure of the Public-Private Partnership Contract and the Peripheral Contract", EPPL (European Procurement & Public Private Partnership), V. 5, Issue 1, Berlin 2010.

Asian Development Bank (ADB)

: "Public-Private Partnership Handbook",
<https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/31484/public-private-partnership.pdf>

**AUGENBLICK, Mark / CUSTER,
B.Scott Jr.**

: The Build, Operate, and Transfer (BOT)
Approach to Infrastructure Projects in
Developing Countries, Policy, Research,
and External Affairs Working Papers,
Infrastructure, The World Bank, WPS 498,
1990.

**BARRERA – OSORIO, Felipe /
PATRINOS, Harry Anthony /
GUAQUETA, Juliana**

: The Role and Impact of Public-Private
Partnerships in Education, Washington
2009.

BAYAZIT, Bahar

: Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yararı,
Ankara 2018.

BAYTAN, İlhan

: Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları,
Ankara 2009.

**BERGÈRE, François / BEZANÇON,
Xavier / DERUY, Laurent /
GOULARD, Guillaume /**

FORNACCIARI, Marc

: Le guide opérationnel des PPP, Paris
2010.

BERGVALL, Daniel

:Joint Meeting On Public-Private Partnerships -The Future Of PPP, Sweden 2008, s. 9, <https://www.oecd.org/mena/governance/41752711.pdf>

BİLGE, Necip

:Borçlar Hukuku Özel Hukuk Münasebetleri, Ankara 1962.

BOARDMAN, Anthony E. /

POSCHMANN, Finn / VINING Aidan

R.

:“North American Infrastructure P3s: Examples and Lessons Learned”, The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience, Cheltenham & Massachusetts 2005, s. 162-190.

BOZ, Selman Sacit

:“Kamu Özel İşbiliği (PPP) Modeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4., Ankara 2013, s. 277-332

BRACONNIER, Stéphane

:“L'indemnisation des préjudices nés de la rupture anticipée d'un contrat public d'affaires pour motif d'intérêt général”, AJDA, No: 37, 2009, s. 2035-2043,

BUDAUS, Dietrich / EICHORN, Peter

:Public Private Partnership, Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997.

BUTTON, Maurice

:A Practical Guide to PPP in Europe,
Londra 2006.

CARMONA, Jose

:“Stimulus packages, PPP could spearhead
construction industry’s recovery”,
Caribbean Business, Porto Riko 2009.

CEE Bankwatch Network

:Never Mind The Balance Sheet, The
Danger Posed By Public - Private
Partnerships, In Central And Eastern
Europe, Prag 2008.

COGHILL, Ken / WOODWARD,

Dennis,

:“Political Issues of Public Private
Partnerships”, The Challenge of Public-
Private Partnerships: Learning from
International Experience, Cheltenham &
Massachusetts 2005, s. 81 – 94.

COLE, Stuart

:Applied Transport Economics: Policy,
Manegemant & Decision Making, London
2005.

CORNER, David

:“The United Kingdom Private Finance
Initiative: The Challenge of Allocating
Risk”, OECD Journal on Budgeting,
Volume 5, 2006, s. 37 – 55.

COŞKUN, İsa

:“Yap İşlet Devret / Yap İşlet Modelleri ve
Yabancı Sermaye”, Yaklaşım Dergisi,
Y.6, S.67, 1998.

CÖMERT, Faruk

:"Yabancı Sermayenin Dünü, Bugünü ve Geleceği", Hazine Dergisi, S.12, 1998, s 1-25.

ÇAKIR, Mehmet Kadir

:Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap Kirala Devret, Ankara 2016.

ÇAL, Sedat

:Türkiye'de Kamu Hizmeti Ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Ankara 2008.

ÇAL, Sedat

:"İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım Önerisi ve Bu Bağlamda Enerji Sektöründe Karşılaşılan Hukuki Sorunlara Getirilebilecek Çözüm Üzerine Denemeler", Finans Dünyası Dergisi, S.100, İstanbul 1998.

DELMON, Jeffrey

:Understanding Options For Public-Private Partnerships In Infrastructure Sorting Out The Forest From The Trees: BOT, DBFO, DCMF, Concession, Lease..., 2010.

DELMON, Jeffrey

:Private Sector Investment In Infrastructutr Project Finance, BOT Projects ans Risk, Alphen aan den Rijn 2005.

DEMİRCİ, Zeki

:Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler, İstanbul 2000.

- DOST, Süleyman** :Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Isparta 2006.
- DURAN, Lütfi** : "Yap-İşlet-Devret", AÜSBF Dergisi, C. 46, S. 1, Ankara, 1991, s 147-170.
- EIC** :EIC White Book on BOT/ PPP, Germany 2003.
- EIB** :The EIB's Role in Public-Private Partnerships (PPPs), European Investment Bank, 2004, https://www.eib.org/attachments/thematic/eib_ppp_en.pdf
- EKER, Ali Yıldırım** : "Kamu Özel Sektör Ortaklıkları", Bütçe Dünyası Dergisi, 2007, C. 2, S. 25, s. 59 – 67.
- EMEK, Uğur** :Alt Yapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri, İstanbul 2010.
- EU Comission** :Green Paper On Public Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, 2004.
- EPEC** :France: PPP Units and Related Institutional Framework, 2012.
- ERBAŞ, Özgür / YAVUZ, Cavit Işık / İLHAN, Bayazıt** :Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, Ankara 2012.

ERDOĞDU, Seyhan

: "Yap-İşlet Devret Modeli
Özelleştirmenin Kestirme Yolu",
Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.21, S.200,
Ankara, 1997, s. 22-29.

ERSÖZ, Melis

: Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Işığında
Public Private Partnership Uygulamaları
(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi),
TC Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, İstanbul 2010.

ERTEN, Rifat

: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun
Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki
Yeri ve Rolü, Ankara 2005.

ESCAP

: A Guidebook On Public-Private
Partnership In Infrastructure, Bangkok
2011.

EVREN, Çınar Can

: Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara 2016.

GAFFEY, David W.

: "Outsourcing Infrastructure: Expanding
the Use of Public-Private Partnerships in
the United States", Public Contract Law
Journal, Vol. 39, 2010, s. 351-372.

**GAO (United States General
Accounting Office)**

: Public-Private Partnerships, Terms
Related to Building and Facility
Partnerships, Washington 1999.

GARSSE, Steven van

:“Public Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law”, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 2008, s. 221-240.

GEDDES, Richard R. / WAGNER,

Benjamin L.

:Why Do US States Adopt Public – Private – Partnership Enabling Legislation,<http://www.ub.edu/graap/Final%20Papers%20PDF/Geddes%20Wagner.pdf>

GENÇOĞLU, Şerife

:Türk İdare Hukukunda Yap İşlet Devret Modeli (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.

GÖKTÜRK, Serhan

:Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yap – Kirala – Devret Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

GÖKYURT, Fatih

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

GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel

:İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012.

GRIMSEY, Darrin / LEWIS Mervyn

:“Developing a Framework for Procurement Options Analysis”, Policy, Finance & Management for Public Private Partnerships, New York 2009, s. 398 – 413.

GROMITSARIS, Athanasios

:“Where is the Public Law Element in Public Sector Contracts? : A Comparison of the British, French and German Points of View”, The Public Private Law Divide: Potential for Transformation?, Londra 2009, s. 245 – 283.

GÜNEŞ, Ahmet M.

:"Kamu Hizmetlerinin Yürütülmesinde Yeni Bir Yöntem Kamu Özel Ortaklığı", Güncel Hukuk Dergisi, 2009, s. 58-62.

GÜNEŞ, Cengiz

:Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri Uygulamaları ve Mevzuatı, Ankara 2002.

GÜRKAN, Mehmet Fatih

:Kamu Özel Ortaklığı, Ankara 2014.

GÜZELSARI, Selime

:“Kamu Özel Sektör Ortaklığı Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi, Yayın No: 598, 2009, s.43–77.

HARTMANN, David

:“Public Private Partnerships in France - The Principles and the Legal and Policy

Frameworks”, European Public Private Partnership Law Review, Vol. 1, Issue:1, 2006, s. 36-42.

HALL, David / DE LA MOTTE, Robin

/ DAVIES, Steve

:“Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)”, Working Paper of Public Services International Research Unit, 2003, <https://www.epsu.org/article/terminology-public-private-partnerships-ppp>, (Erişim Tarihi: 15.05.2021).

House of Commons Treasury Committee

:Private Finance Initiative, Seventeenth Report of Session 2010 – 2012, <https://publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/1146.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.05.2021).

HM Treasury

:A New Approach To Public Private Partnerships, 2013 https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211518/pf2_public_sector_equity_consultation.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

HM Treasury

:PFI - Meeting The Investment Challenge,
2003

https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/media/F/7/PFI_604a.pdf

(Erişim Tarihi: 10.05.2021).

HM Treasury

:Value For Money Assessment Guidance,
London 2006 (Value For Money).

IMF

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

International PPP Platform Turkey

:Açılış Töreni Konuşma Metinleri,
İstanbul 2008.

İMRE, Erol

:Türkiye’de Yap İşlet Devret Modeli Yasal
Çatısı Uygulaması, Yüksek Denetleme
Kurulu, 2001 <https://archive.is/V8av1>
(Erişim Tarihi: 27.5.2021).

İNSEL, Ahmet

:Neo - Liberalizm Hegemonyanın Yeni
Dili, İstanbul 2011.

JALE, Ece Nur

:“Denizcilik Sektörünün Özelleştirilmesi”,
<https://www.denizhaber.com/denizcilik-sektoru-ve-ozellestirme-makale,30.html>
(Eşirim Tarihi: 20.04.2021).

KALÇA, Adem

:“Yap İşlet Devret (YID) Modeli ve Türkiye Uygulamaları”, Banka ve Ekonomi Yorumları Dergisi, Y. 35, S.5, 1998, s. 3 – 27.

KAPLAN, İbrahim

:“Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri”, BATİDER, C. 19, S.4, Aralık 1998, s. 9-42.

KARACA, Yüksel

:“Yap İşlet Devret Modeli”, Yaklaşım Dergisi, S.34, 1995, S. 57-64.

KARAGÖZ, Dilek

:Sağlık Sektöründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

KARAHANOĞULLARI, Onur

:“Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, Ankara 2011, sf. 177-215.

KARAHANOĞULLARI, Yiğit

:“Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi”, AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2002, 195 – 225.

KARASU, Koray

:“Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu- Özel Ortaklığı”, Ankara

- Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, Ankara 2011, sf. 217-262 (Sağlık).
- KARASU, Koray** :“Yeni Kamusal“ Örgütler: Kamu Yararı Şirketleri”, AÜSBFD, C. 64, S. 3, s. 117 – 147.
- KARTAL, Bilal** :Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- KERR, M.Thomas** :“Supplying Water Infrastructure to Developing Countries via Private Sector Project Financing”, (Cite as: 8 Geo Int'l Envntl.L.Rev.91), Georgetown International Enviromental Law Review, V.8, 1995, s. 91 – 108.
- KERSCHBAUMER, Katja** :“Public Private Partnerships In Eastern Europe: Case Studies From Lithuania Republika Srpska And Albina”, Eurohealth, Volume 13, London 2007.
- KEŞLİ, Ahmet Teyit** :Kamu Özel Sektör İşbirliği PPP Projelerinin Hukuki Rejimi (Yayımlanmış Doktora Tezi), TC Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.
- KOCAĞA, Köksal** : Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999.

KOENIG Christian / WETZEL, Julia

:“The Relevance Of EC State Aid Control For PPP Infrastructure Funding”, (EPPL) European Procurement and Public Private Partnership Law Review, Berlin 2007, s. 5-11.

KUBİLAY, İlkay Sanem

:Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı Şehir Hastanesi Örneği (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2019.

KUMARASWAMY, Moham / ZHANG,

Xue Qing

:"Govermental Role in BOT-led Infrastructure Development", International Journal Project Management, 2001, s. 195-205.

KUNTALP, Erden

:Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988.

KUNTALP, Erden

:Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, (Kuntalp II).

KURU, Baki

:Hukuk Mahkemeleri Usulü, İstanbul 1991.

KURU, Baki

:Hukuk Mahkemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul, 1995.

LINDER, Stephen H.

:“Coming to Terms With the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings”, The American Behavioral Scientist, 43/1, 1999, 35-51.

MAUEL, John G.

:"Commo Contractual Risk Allocations in International Power Projects", Columbia Business Law Review, V. 37, s. 37 – 59.

MINOGUE, Martin

:“Changing the State: Concepts and Practice in the Reform of Public Sector”, Beyond the New Public, 1998, s.17–37.

MORRISON, Neil

:"Project Finance in The United Kingdom", International Banking and Financial Law, 1996.

NASSAR, Nagla

:"Project Finance, Public Utulities, and Public Concerns; A Practitioner’s Perspective”, Fordham International Law Journal, V 23, Issue 6, 1999, 60 – 85.

NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray /

ÖZTEKİN, Günseli

:Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003.

OECD

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

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M.

Turgut

:Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 2005.

OKTAY, Saibe

:“İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İHFM, C. 9, 1996, s.264-295.

ÖNDER, Tekin M.

:Özelleştirme Uygulamalarına ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları, Ankara 2006.

ÖZBEK, Taner

:Türkiye’de ve Dünya’da Özelleştirme Uygulamalarının Karşılaştırmalı Bir Analizi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir 2006.

ÖZER, Kadir

:“Yap İşlet Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları”, Ziraat Mühendisliği Dergisi, S. 358, s. 30-35.

ÖZSUNAY, Ergun

:“Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararları”, Uluslararası Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul 2004, s. 147-188.

ÖZTÜRK, Neva Övünç

:ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler

ÖZYÖRÜK, Mukbil

Enstitüsü, Ankara, 2000.

PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin

:İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1972-1973.

PİLETİC, Jana Habian

:Türk Özel Hukukunda Yap İşlet Devret (YİD) Sözleşmesi, Ankara 2007

:"The Public-Private Partnership Act of the Republic of Slovenia", European Public Private Partnership Law Review, Vol. 3, 2008, s. 171 – 174.

PİRLER, Orhan

:Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, S.1, Ankara 1995, s. 47-60.

POLATKAN, Vahit

:Yap İşlet Devret, Ankara, 1997.

POLATKAN, Vahit

:Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000.

POLLITT, Michael

:"Learning from UK Private Finance Initiative Experience", The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience, Massachusetts 2005, s. 207 – 230.

PPIAF

:Public-Private Partnerships, Reference Guide, Washington 2012 (Guide).

PPIAF

:Toolkit for Public - Private Partnerships in Roads & Highways, Module 1: Overview & Diagnosis, 2009, <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/1/index.html>, (Erişim Tarihi: 25.05.2021), s. 30.

RICS

:The Future of Private Finance Initiative And Public Private Partnership, Research Report, Birleşik Krallık 2011.

SARISU, Ayhan

:Kamu & Özel İşbirlikleri (Public Private Partnership-PPP), Ankara, 2009.

SEZER, Yasin

:“Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap İşlet Devret Modeli” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), TC Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul, 2000.

Simmons - Simmons & Grup Law

Office

:İngiltere ve Galler PPP Hukuku ve Sözleşmeleri / England and Wales PPP Law & Contracts , London & İstanbul, 2008.

SİRMEN, Lale

:“Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli”, Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara, 1996, s. 11-17.

SOZZI J., Christopher

:"Project Finance and Facilitating Telecommunications Infrastructure, Develeopment in Newly-Industrializing Countries", Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, V. 12, Issue 2, 1996, s. 436-487.

STEWART - SMITH, Martin

:"Private Financing and Infrastructure Provision in Emerging Markets", Law and Policy in International Business, 1995, s. 987-1011.

ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge

:"Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme", Maliye Dergisi, 2012, S. 162, Ankara 2012, s. 155 – 174 (Değerlendirme).

ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge

:"Kamu Ekonomisi Perspektifinden Kamu - Özel Sektör Ortaklıkları, Bursa 2008.

ŞANLI, Cemal

:"Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016.

ŞENYÜZ, Doğan

:"Borçlar Hukukuna Göre Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi ve Tarafların Vergiler Karşısındaki Durumu, Ankara 1996.

TALUS, Kim

:"Enerji'de Kamu Özel Ortaklığı
Avrupa'da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının
ve İdari İşlemlerinin Sonlandırılması ",
Çev. **CANTÜRK Gözde**, TBB Dergisi ,
S. 84, 2009, s. 347 – 374.

TANDOĞAN, Haluk

:Borçlar Hukuku Özel Borç
Münasebetleri, 4.Bası, C.I/1, Ankara
1985.

TANDOĞAN, Haluk

:"Arsa Üzerine İnşaat Sözleşmelerinde İş
Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin
Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması
Sorunu Üzerine Görüşler", BATİDER,
C.11, 1981, s. 1-49.

TC Cumhurbaşkanlığı, Strateji ve

Bütçe Başkanlığı

:Dünyada ve Türkiye'de Kamu- Özel
İşbirliği Uygulamalarına İlişkin
Gelişmeler Raporu, 2018.

The Canadian Council for Public-

Private Partnerships

: Public-Private Partnerships: A Guide for
Municipalities, Kanada 2011.

TIONG, Robert L.K.,

:"Risk and Guarantees in BOT Tender",
Journal of Construction Engineering and
Management, V.21, s. 183-188

TIONG, Robert L.K. / ALUM, Jahidul

:“Final Negotiation in Competitive BOT Tender”, Journal of Construction Engineering and Management, V.123, Issue 1, 1997, s. 83 – 94.

TORRES, Laurdes / PÍNA, Vicente /

ACERETE, Basilio

:“Public-Private Partnerships in Spanish Local Governments”, European Business Organization Law Review 4, 2003, s. 429-452.

TUYGUN, Salih

:ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007.

Türk Tabipler Birliği

:“Dünyada Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı: Kavram ve Değişimler”, Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu, Ankara 2011, s. 13 – 29.

Türkiye Bilişim Derneği

:Kamu Özel Sektör İşbirliği Çerçevesinde BT Alım Yöntemleri Nihai Rapor, 2011, https://eski.tbd.org.tr/usr_img/cd/kamubib17/raporlarPDF/RP3-2011.pdf, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

TÜSİAD

:1980 Sonrası Ekonomide Kamu-Özel Sektör Dengesi TÜSİAD Raporu, İstanbul 1988.

UĞUR, Oktay

:“Yap-İşlet-Devret Girişim Modelinin Hukuksal ve Ekonomik - Mali Etkileri”,

- 1993 yılı Hesap Uzmanları Kurulu Konferansları IV, Ankara 1993.
- UNECE** :Guidelines on Private Public Partnerships for Infrastructure Development, New York 2000.
- UNCITRAL** :Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, New York 2001.
- URYAN, Yıldırım / KAPTI, Alican** : "Güvenlik Hizmetlerinde Devlet-Özel Sektör İşbirliği: Metodoloji ve Kriterler ", Polis Bilimleri Dergisi , C. 13, 2011, s. 155-178.
- US House of Representatives
Committee on Ways and Means
Subcommittee on Select Revenue
Measures** :Hearing on The Use of Tax – Preferred Bond Financing, Washington 2006.
- UYSAL, Yusuf** :“Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının İki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar”, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C. 10, S. 2, 2017, s. 169 – 199.
- VAN de VYVER, Pierre / REFALO,
Marie** :“Extending the Scope of Public-Private Partnerships in France”, European Public

- Private Partnership Law Review, Vol. 4, Issue: 1, 2009, 42 – 48.
- YALÇIN, Bilge** :Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Özel Sektör İşbirliği Uygulamaları – Türkiye’de Yapılacak Hukuki Düzenlemelere İlişkin Öneriler, (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara 2008. (Hukuki Düzenlemeler)
- YALÇIN, Fatma Ceren** :Kamu Özel İşbirlikleri (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.
- YERLİKAYA, Gökhan Kürşat** :Yap İşlet Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara 2002.
- YESCOMBE, E. R.** :Public-Private Partnerships, Elsevier 2007.
- YILDIRIM, Turan** :“Kamu Hizmeti ve Kar Amacı”, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001.
- YILDIZ, Emine Merve** :“KÖİ Modelinin Uygulanmasında Uyuşmazlıkların Çözümü Yöntemlerinin Analizi”, Teoriden Uygulamaya Türkiye Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara, 2019, s. 295, 327.

YILMAZ, Osman

:Yap İşlet Devret Modeli Ve Türkiye Uygulaması, (Yayımlanmış DPT Uzmanlık Tezi), Ankara 1999.

YILMAZ, Ferimah Yusufi /

GÜLTEKİN KARAKAŞ, Derya

:"Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı'nın Yapısal/Konjonktürel ve Türkiye'ye Özgü Nedenleri ", Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu, Ankara 2011, s. 29 – 84.

WB-PPIAF

:Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3.0, Washington 2017.

WISS, Marcia / FARÍA, Teresa Maurea

:"Public-Private Partnerships in Latin Amerika: Governmental Salvation or Deception?", Business Law International, Vol. 8, 2007, 186 – 206.

ÖZET

Kamu özel işbirliği kavramı gerek ulusal gerek uluslararası çevrelerce çokça tartışılan bir kavramdır. Ancak, kamu özel işbirliğinin, tanımı, kapsamı ve içeriği konularında fikir birliğine varılmış değildir. KÖİ kavramı pek çok modele verilen ortak bir isim, bir çatı kavram olması nedeniyle özelliklerinin tam olarak tespiti mümkün olmamaktadır. Bunun yanında, KÖİ konusu olan hizmetlerin; bizzat kendilerinin de tanımlanmasının zor olması (altyapı yatırımları/tesisleri gibi), KÖİ modellerinin ülkelerin hukuki, siyasi, idari ve sosyo ekonomik farklılıkları nedeniyle değişiklik göstermesi, KÖİ kavramı için bir tanımlama yapılmasını zorlaştırmaktadır.

Yap işlet devret modeli en popüler kamu özel işbirliği modellerinden biridir. Kamu özel işbirliği kavramı yap işlet devret modeli ve pek çok başka model için kullanılan bir çatı kavramdır.

Yap işlet devret modeli; bir kamu hizmeti sunumunun, özel sermayenin finansmanından yararlanmak amacıyla, bir tarafında kamunun diğer tarafında özel sektörün olduğu bir sözleşme kapsamında sağlandığı; özel sektörün sağladığı finansman ile kamu hizmetinin sunulacağı tesisi inşa ettiği, belirli süreliğine, yapılacak risk dağılımı çerçevesinde bu tesisi işlettiği ve süre sonunda tüm yatırım ve tesislerin bedelsiz ve her türlü borçtan arı olarak, çalışır vaziyette, ilgili kamu idaresine devrini sağladığı bir model, olarak tanımlanabilir. YİD'in dört temel unsuru vardır. Bunlar; “risk paylaşımı”, “eser inşası”, “finansman” ve “işletme hakkı”dır. YİD, tarafları kamu kurumu ve proje şirketi olan, amacı finansman temini olan, tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesidir. Sui generis bir sözleşmedir ve sürekli borç ilişkisidir.

ABSTRACT

The PPP is a concept that, frequently discussed nationally and internationally. However, there is no consensus on the definition, scope and content of PPP. Since the concept of PPP is a common name given to many models, it is not possible to determine its features exactly. In addition to that, services that are the subject of PPP, are also difficult to define (such as infrastructure investments/facilities), and PPP models are very variable due to legal, political, administrative and socio-economic differences of countries; those facts make it difficult to define the concept of PPP.

The build-operate-transfer model is one of the most popular PPP models. PPP is an umbrella term used for many models, including the build-operate-transfer model.

It is possible to define build operate transfer model as a model which allows, public services to be provided with a contract among public and private sector, to benefit from private equity financing; private sector constructs the facility where the public service will be provided, operates this facility for a certain period of time, within the framework of the risk distribution, and ensures that, at the end of the period, all investments and facilities are transferred to the relevant public administration, free of charge and free of all kinds of debts. BOT has four basic elements. These are; “risk sharing”, “construction”, “financing” and “right of operating”. BOT is a private law contract, the parties of this contract are public institutions and project companies, the purpose is to provide financing. It is a synallagmatic and sui generis contract, a continuing obligation relationship.