

**ANKARA ÜNİVERSİTESİ
FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TÜRK ÖZEL HUKUKU'NDA YAP-IŞLET-DEVRET (YİD) MODELİ
ÇERÇEVESİNDE ÜST HAKKI**

Müge EREKMEKÇİ

TAŞINMAZ GELİŞTİRME ANABİLİM DALI

**ANKARA
2012**

Her hakkı saklıdır

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

TÜRK ÖZEL HUKUKU'NDA YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) MODELİ ÇERÇEVESİNDE ÜST HAKKI

Müge EREKMEKÇİ

Ankara Üniversitesi
Fen Bilimleri Enstitüsü
Taşınmaz Geliştirme Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Bu çalışmada, YİD modelinin hukuki boyutu yanında çalışmanın kapsamıyla sınırlı olarak finansal ve ekonomik boyutuna da değinilerek, modelin kapsamlı bir analizinin yapılması amaçlanmıştır. Bu amaç çerçevesinde, bir özel hukuk müessesesi olan üst hakkının modelin uygulanmasındaki rolü de incelenmiştir. Bu çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde, YİD modeli, 1999 yılında kabul edilen anayasal değişikliği sonrasında yapılan yasal düzenlemelere paralel olarak özel hukuk boyutuyla incelenmiş bulunmaktadır. Çalışmanın dördüncü ve beşinci bölümlerinde, YİD modeli kapsamında yatırım yapılacak arazinin temininde sıklıkla başvurulmuş üst hakkı müessesesinin esasları, kazanılması ve sona ermesi incelenmiş bulunmaktadır. Bu iki müessesenin de analizinden sonra son bölümde, YİD modelinin uygulanmasında üst hakkının tesisi incelenmiş ve örnek sözleşme üzerinden iki müessese arasındaki ilişki somutlaştırılmaya çalışılmış bulunmaktadır.

Ocak 2012, 144 sayfa

Anahtar Kelimeler: Yap-İşlet-Devret modeli, üst hakkı, proje finansmanı.

ABSTRACT

Master Thesis

THE CONSTRUCTION RIGHT UNDER THE BUILD-OPERATE-TRASFER (BOT) MODEL OF THE TURKISH PRIVATE LAW

Müge EREKMEKÇİ

Ankara University
Graduate School of Natural and Applied Sciences
Department of Reel Estate Development

Supervisor: Prof.Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

In this study, it is intended to make a comprehensive analysis of the BOT model with its legal dimension as well as financial and economic dimensions by limited to the scope of the study. Under this purpose, the role of the construction right in the execution of the model was also examined. In the second and third chapters of this study, the BOT model is examined as an institution of the private law as parallel to the legal legislations have done after constitutional amendment was adopted in 1999. In the fourth and fifth chapter of this study, the principles, acquisition and termination of the construction right is to be applied for the provision of the land which is to be invested under the BOT model are examined. In final chapter, after analysis of the BOT model and the construction right, institution of the construction right for execution of the BOT model is examined and it is intended to embody the relationship between both of them over a sample contract.

January 2012, 144 pages

Key Words: The Build-Operate-Trasfer (Bot) Model, The Construction Right, Project Finance.

TEŞEKKÜR

Çalıőmalarımı yönlendiren, araőtırmalarımın her aşamasında bilgi, öneri ve yardımlarını esirgemeyerek katkıda bulunan danışman hocam Prof. Dr. şebnem Akipek Öcal'a en içten teőekkürlerimi sunarım.

Ayrıca yüksek lisans yapmam konusunda beni teşvik eden ve desteğini esirgemeyen Nafi Çınar İnal ile eğitim ve öğretim hayatım süresince maddi ve manevi desteğini esirgemeyen anneme en derin duygularla teşekkür ederim.

Müğe Erekmekci
Ankara, Ocak 2012

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT	ii
TEŞEKKÜR.....	iii
KISALTMALAR DİZİNİ.....	vii
1. GİRİŞ.....	1
2. YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) MODELİ.....	5
2.1 YİD Modelinin Doğuşu ve Ekonomik Gelişimi.....	5
2.2 YİD Modelinin Hukuki Gelişimi.....	7
2.3 YİD Modeline Yönelik Hükümet Tasarrufları.....	8
2.4 YİD Modeline Yönelik Kanuni Düzenlemeler.....	9
2.4.1 3996 Sayılı Kanun öncesi dönem.....	10
2.4.2 3996 Sayılı Kanun ve sonrası dönem.....	12
2.4.3 3996 Sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasına ilişkin kanuni düzenlemeler.....	13
2.4.3.1 4047 sayılı Kanun.....	13
2.4.3.2 4180 sayılı Kanun.....	14
2.4.3.3 4493 sayılı Kanun.....	15
2.5 YİD Modeli’ne İlişkin Mahkeme Kararları.....	16
2.5.1 Danıştay’ın yaklaşımı	16
2.5.2 Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı ve iptal kararları.....	17
2.5.2.1 3974 Sayılı Kanun’a ilişkin iptal kararı.....	17
2.5.2.2 3996 Sayılı Kanun’un 5 inci maddesine ilişkin iptal kararı.....	18
2.5.2.3 3996 Sayılı Kanun’un 11 inci maddesine ilişkin iptal kararı.....	19
2.6 Anayasa’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4446 Sayılı Kanun.....	20
2.7 Anayasa Değişikliği Sonrasında Yapılan Kanuni Düzenlemeler.....	22
2.7.1 4492 Sayılı Kanun.....	22
2.7.2 4501 Sayılı Kanun	23
2.8 Diğer Kanuni Düzenlemeler.....	23
2.8.1 Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun.....	23
2.8.2 Serbest Bölgeler Kanunu.....	23
2.8.3 Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun.....	24
2.8.4 Elektrik Piyasası Kanunu.....	25
2.8.5 Belediyeler Kanunu.....	26
2.9 YİD Modelinin Tanımı.....	27
2.9.1 Doktrinde yapılan YİD tanımları.....	27
2.9.2 Mevzuatta yapılan YİD tanımları.....	30
3. YİD MODELİNİN ANALİZİ	31

3.1 Genel Olarak Proje Finansmanı.....	31
3.2 Proje Finansman Modeli Olarak YİD	33
3.3 YİD Modelinin Tarafları.....	38
3.3.1 Yatırım sahibi.....	38
3.3.2 Yatırımcı.....	40
3.3.3 Kreditor.....	42
3.3.4 Tedarikçi.....	44
3.4 YİD Modelinin Uygulanması.....	44
3.5 YİD Modelinin Uygulanmasında Sözleşme Yapılması.....	47
3.6 YİD Modelinin Yararları ve Sakıncaları.....	48
3.6.1 YİD modelinin yararları	48
3.6.2 YİD modelinin sakıncaları.....	49
4. ÜST HAKKI.....	51
4.1 Üst Hakkı Kavramı ve Mahiyeti.....	51
4.2 Üst Hakkının Tanımı	54
4.3 Üst Hakkının Çeşitleri.....	55
4.3.1 Şahsa bağlı üst hakkı.....	55
4.3.1.1 Bağımsız üst hakkı.....	56
4.3.1.1.1 Üst hakkının bağımsızlık niteliği	56
4.3.1.1.2 Bağımsız üst hakkındaki azami süre	56
4.3.1.1.3 Sözleşme kayıtlarının üst hakkının bağımsızlık niteliği üzerindeki etkileri.....	58
4.3.1.1.4 Bağımsız üst haklarının tasarruf işlemlerine konu olması sorunu	59
4.3.1.2 Sürekli üst hakkı.....	61
4.3.1.3 Şahısla kaim üst hakkı.....	61
4.3.2 Eşyaya bağlı üst hakkı.....	62
4.4 Tapu Siciline Tescilli Yapılmış Bağımsız Ve Sürekli Üst Hakkı.....	63
4.5 Üst Hakkının İçeriği.....	66
4.5.1 Üst hakkının kanundan doğan içeriği.....	67
4.5.1.1 Üst hakkının konusu yüklü taşınmaz.....	68
4.5.1.2 Yapı kavramı ve yapı üzerindeki mülkiyet hakkı.....	69
4.5.2 Üst hakkının sözleşmeden doğan içeriği.....	72
4.6 Üst Hakkının Kanuni İçeriğinden Doğan Eşyaya Bağlı Borçlar.....	73
4.6.1 Üst hakkının iradının güvencesi.....	73
4.6.2 Üst hakkının süresinden önce devri	74
5. ÜST HAKKININ KAZANILMASI VE SONA ERMESİ.....	77
5.1. Üst Hakkının Kazanılması.....	77
5.1.1 Hukuki sebep.....	77
5.1.1.1 Sözleşmenin hukuki niteliği.....	79
5.1.1.2 Sözleşmenin şekli.....	79
5.1.2 Tescil talebi ve tescil.....	80

5.2 Üst Hakkının Sona Ermesi.....	80
5.2.1 Terkin ile sona erme.....	80
5.2.2 Terkin haricinde sona erme.....	81
5.3 Sona Ermenin Sonuçları.....	82
5.3.1 Yapı üzerindeki mülkiyet hakkının yüklü taşınmaz malikine Geçmesi.....	82
5.3.2 Yapının mülkiyeti karşılığında bedel ödenmesi.....	83
5.3.3 Ödenecek bedelin üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi alacaklılara güvence teşkil etmesi.....	84
5.3.4 Üst hakkının sona ermesi halinde ödenecek bedelin güvencesi olarak ipotek tesisi talep hakkı.....	84
6. YİD MODELİ UYGULAMASINDA ÜST HAKKI TESİSİ.....	86
6.1 Genel Açıklama.....	86
6.2 Üst Hakkının Teminat Fonksiyonu	87
6.2.1 Genel olarak ipotek.....	87
6.2.2 Üst hakkı üzerinde ipotek tesisi	88
6.3 YİD Modeli Uygulamasında Üst Hakkı Kurulması.....	91
6.3.1 Genel olarak.....	91
6.3.2 3996 Sayılı Kanun ve üst hakkı.....	93
6.3.3 Gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve üst hakkı.....	95
6.3.4 Örnek olay incelemesi	97
6.3.5 Örnek sözleşme incelemesi.....	99
6.3.5.1 Sözleşmenin konusu.....	99
6.3.5.2 İşin süresi, işe zamanında başlanması ve gecikme hali.....	99
6.3.5.3 İş programı.....	100
6.3.5.4 Teknik personel.....	100
6.3.5.5 Üst hakkı tesisi.....	101
6.3.5.6 Kullanım bedeli.....	101
6.3.5.7 Risklerin dağılımı.....	102
6.3.5.8 Finansman temini	102
6.3.5.9 Bakım, onarım ve yenileme maliyetleri.....	103
6.3.5.10 Tesisi devir borcu.....	104
6.3.5.11 Sigorta	104
7. SONUÇ.....	105
KAYNAKLAR.....	107
EKLER.....	112
Ek 1 Dava Dilekçesi.....	113
Ek 2 Sözleşme Örneği.....	127
Ek 3 Resmi Senet Örneği.....	140
ÖZGEÇMİŞ.....	144

KISALTMALAR DİZİNİ

A.Ş.	: Anonim Şirket
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BKK	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Daire
dpn.	: Dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DSİ	: Devlet Su İşleri
E.	: Esas
ESBAŞ	: Ege Serbest Bölge Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi
İSAŞ	: İzmit Su Anonim Şirketi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KG	: Karar Günü
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Devlet Teşekkülü
m.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SASBAŞ	: Samsun Serbest Bölgesi Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi
T.	: Tarih
TAYSEB	: Toros Adana Yumurtalık Serbest Bölgesi Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEAŞ	: Türkiye Elektrik Üretim Anonim Şirketi
TEK	: Türkiye Elektrik Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
vb.	: Ve bunun gibi
Y.	: Yıl
Ya.	: Yargıtay
Yİ	: Yap-İşlet
YİD	: Yap-İşlet-Devret

1. GİRİŞ

YİD modeli, maddi kaynak ihtiyacı olan projelerin finansmanı için geliştirilen ve finansman sıkıntısının ilk dönemi olan inşaat aşamasında bu sıkıntının özel yatırımcı sayesinde giderilmesi ve yatırım maliyetinin tesisin işletilmesi neticesinde elde edilecek gelirden karşılanması esasına dayanan bir proje finansman modelidir.

Modelin temel felsefesi, 17. yüzyılda, Fransa'da, kanal ve köprülerin özel şirketlere yaptırılması ve bu yatırımların özel şirketler tarafından belirli bir imtiyaz süresinde işletildikten sonra kamuya devredilmesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Modelin ilk örneklerinden birinin, 1782 yılında Perier Brothers'a Paris'in içme suyunun temini imtiyazının verilmesi olduğu, daha sonra da Mısır Hükümeti'nce yetkilendirilen Süveyş Kanalı Şirketi tarafından, Avrupa ve Mısır kaynaklı finansmanla 1869'da Süveyş Kanalı'nın açılması ve bu şirket tarafından 99 yıllığına işletmesinin üstlenilmesinde ve Trans-Sibirya demiryollarının yapımında da benzer bir metodun kullanıldığı bilinmektedir (Pekgüçlü 2007). Ne var ki İngiltere, Almanya ve Osmanlı İmparatorluğu'nda da örnekleri görülen bu uygulama, altyapı yatırımlarına olan ihtiyacın arttığı ve sanayileşmiş ülkelerde temel kamu hizmetlerinin merkezi planlama ve kontrol altında olması gerekliliği düşüncesinin yaygınlaştığı 1800'ün sonlarından başlayıp 1970'lere kadar geçen uzun dönemde çeşitli nedenlere bağlı olarak terk edilmiştir (Jefferies vd. 2002, Pekgüçlü 2007). Ancak yirminci yüzyılda yaşanan dünya savaşları ve 1929 ekonomik krizi gibi sosyal olaylar neticesinde altyapı yatırımlarına olan ihtiyaç hızla artarken, devletlerin mevcut kaynakları, bu ihtiyaca cevap vermekte yetersiz kalmaya başlamış ve özel sektörde de sermaye birikimi olmadığından, ihtiyaç duyulan yeni kamu yatırımlarının gerçekleştirilebilmesi için, devletlerin kendi kaynakları dışında yeni kaynaklar bulmaları zorunluluğu ortaya çıkmıştır (Leblebiciler 2005). Bu amaçla devletten devlete uzun vadeli düşük faizli krediler ile uluslararası finans kurumlarından (Dünya Bankası, Avrupa Yatırım Bankası, Asya Yatırım Bankası, İslam Bankası, Japon Deniz Aşırı Yatırımlar Kuruluşu gibi) temin edilen kredilerden yararlanılmıştır (İmre 2001, Pekgüçlü 2007). Nihayet, 1970'lerin sonlarına 1980'lerin başlarına gelindiğinde, nüfus artışına ve ekonomik büyümeye bağlı olarak *artan altyapı ihtiyacı*, üçüncü dünya ülkelerinde ortaya çıkan ve aşırı borçlanmadan kaynaklanan

ödeme gücünün yarattığı *ekonomik kriz*, büyük inşaat firmalarının içine düştüğü *kârlı yeni projeler bulma zorluğu*, 1980'lerde birçok ülkenin hükümetleri ile uluslararası kredi kurumları tarafından savunulmaya başlanmış olan *özelleştirme uygulamaları*, YİD modelinin oluşumuna zemin hazırlamıştır (Augenblick ve Custer 1990, Sevil 1999, Leblebiciler 2005, Pekgüçlü 2007).

Özellikle Türkiye gibi sermaye birikimi yeterli olmayan ve yüksek bütçe açığı olan gelişmekte olan ülkeler bakımından büyük bayındırlık ve altyapı projelerinin finansmanının devlet tarafından tek başına sağlanması mümkün olmamaktadır. İşte bu noktada YİD modeli, kamusal yatırımların gerçekleştirilmesinde hazinenin döviz kaynaklarını kullanmadan düşük maliyetle teknoloji ve kaynak transferi sağlayan yeni bir yol olarak sunulmuş ve bu da modelin sadece kamu yatırım ve hizmetlerinin finansmanında başvurulabilecek bir yol olarak algılanmasına neden olmuştur (Pekgüçlü 2007)¹. Model kısıt kamu kaynaklarının kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinde yetersiz kaldığından, enerji, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisleri, kanalizasyon, haberleşme, otoyol, köprü, demiryolu, tünel, çevre kirliliğini önleyici tesisler, marinalar, deniz ve hava limanları gibi alt yapı yatırım ve hizmetleri için özel sektör kaynaklarından yararlanılması esasına dayanmakta ise de her YİD projesinin alt yapı veya sair bir kamu hizmetini konu etmesi zorunluluğu bulunmamaktadır². Diğer bir deyişle, kamu kurumları kamu hizmeti teşkil etmeyen faaliyetlerinde de modeli kullanabilecekleri gibi, özel hukuk kişileri de ticari veya özel amaçlı yatırımlarında modeli kullanabileceklerdir (Sirmen 1996, Yılmaz 1999, Günday 2002, Yerlikaya 2002)³.

¹ Bu konudaki eleştiriler için bkz. Çal 2008.

² Model, kısıt kaynaklarla gerçekleştirilemeyen kamusal yatırımların özel sektör tarafından finanse edilmesiyle kamu kesiminin alt yapı için ayırmak zorunda kalacağı kaynağı, özel sektörün belki de ilgi göstermeyeceği öteki öncelikli projelerde kullanabileceği varsayımına da dayandırılmaktadır. Bkz. Yerlikaya 2002.

³ Örneğin İstanbul'daki Tepe Nautilus Alışveriş Merkezi, Türkiye İş Bankası A.Ş. Mensupları Munzam Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma Sandığı Vakfı'na (TİBAŞ) ait arazinin Tepe Grubu tarafından 49 yıllığına "yap-ışlet-devret" modeliyle kiralanması suretiyle kurulmuştur, <http://www.tepenautilus.com/index.php?page=hakimizda&c=page> (01.04.2011). Mal sahibi sıfatıyla Trabzon Dünya Ticaret Merkezi A.Ş. ve yatırımcı firma sıfatıyla Akfen Altyapı arasında 09.12.2005 tarihinde 4 yıldızlı otel ve müstemilatının yapılması ve/veya yaptırılması ve işletilmesi ve sözleşme süresinin sonunda Trabzon Dünya Ticaret Merkezi A.Ş.'ne devredilmesine ilişkin olarak Yap-İşlet-Devret hakkı veren Trabzon Dünya Ticaret Merkezi Kompleksi Yap-İşlet-Devret Modeli ile 4 Yıldızlı Otel ve Müstemilatı İnşaat ve İşletme Sözleşmesi akdedilmiştir http://www.akfengyo.com.tr/doc/2011/AkfenGYO_2011-01_FaaliyetRaporu.pdf (01.04.2011). Benzer şekilde, Kayseri'de bulunan İpeksaray Alışveriş Merkezi, İpek Mobilya A.Ş. tarafından Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden 29 yıllığına alınan arsa karşılığı, yap-ışlet-devret modeliyle inşa edilmiştir. Benzer şekilde örnekler için bkz. http://www.vgm.gov.tr/06_Yatirimlarimiz/002_YapisletDevret/yap_ismet.cfm (01.04.2011).

Bu gelişmeler neticesinde, YİD ifadesi ilk kez 1980’li yıllarda dönemin başbakanı Turgut Özal tarafından kullanılmış ve yabancı literatürde de Özal ismiyle anılmaya başlanmıştır (Augenblick ve Custer 1990, Yerlikaya 2002). Modele ilişkin ilk yasal düzenleme de yine bu dönemde kabul edilmiş ve 3096 sayılı Kanun ile enerji üretim tesislerinin yapımı ve işletilmesi hakkının en fazla 99 yıl süre ile özel sektöre verilmesine imkan yaratılmıştır. Bununla birlikte, YİD’in ilk uygulaması enerji sektöründe değil, alış-veriş merkezi yapımında gerçekleşmiş ve 2.8.1985 tarih, 1135/1633 sayılı Ankara Büyükşehir Belediyesi Encümen Kararı’na istinaden Ankara Büyükşehir Belediyesi ile Anıtsal Yapılar Sanayi Ticaret ve Turizm Şirketi arasında Atakule’nin YİD modeli ile yapımı ve işletilmesine ilişkin bir sözleşme imzalanmıştır (Pekgüçlü 2007, Çal 2008). Daha sonra 1988 yılında 3465 Sayılı Kanun ile otoyollar ve otoyollar üzerinde yolculukla ilgili hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletilmesi ile özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin görevlendirilmesi düzenlenmiştir. YİD modelinin yasal olarak ilk kez ifade edilmesi ise, YİD modelinin genel bir yasal düzenlemeye kavuşturulması amacıyla 1994 yılında kabul edilen 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun ile gerçekleşmiş bulunmaktadır. Ne var ki bu modelle gerçekleştirilen yatırım ve hizmetlerin kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle YİD modeli ve bu model kapsamında akdedilen sözleşmelerin hukuki mahiyeti uzun süre tartışma konusu olmuştur. Bu model çerçevesinde gerçekleştirilmek istenen yatırımlara yönelik olarak yapılan sözleşmelerin “İmtiyaz Sözleşmesi” değil, “Özel Hukuk Hükümlerine Bağlı Sözleşmeler” olduğu çeşitli kanun maddelerinde belirtilmişse de Anayasa Mahkemesi bu maddeleri iptal etmiş ve yapılan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olduğuna karar vermiştir. Bu suretle Danıştay’ın bu sözleşmeleri inceleme yetkisi doğmuş ve bu sözleşmelerle ilgili olarak doğan uyuşmazlıklarda da idari yargının görevli olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Bu tartışmalı ortamda modele yeterince uygulama imkanı yaratılamamış ve ancak yapılacak bir anayasa değişikliği ile konunun çözüme kavuşabileceği görülerek, 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun uyarınca Anayasa’nın 47. maddesine, “*Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir*” hükmü eklenmiştir.

Hukuki mahiyetinin tartışmalı olduğu dönemde yoğun olarak inceleme konusu yapılan YİD'in anayasa değişikliği sonrasında araştırma konusu olarak gözden düştüğü görülmüştür. Bugün için gerek kamu yatırımlarında, gerekse özel sektör yatırımları ile kamu kurumlarının kamu hizmeti teşkil etmeyen faaliyetlerinde kullanılabilir olması ve diğer finansman modellerinden farklı olarak proje sahibini kredi temin külfetinden kurtarması sebepleriyle YİD'in ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmasında yarar olduğu düşünülerek bu tez çalışması hazırlanmıştır. Bu amaçla öncelikle modelin hukuki ve ekonomik gelişimi incelenmiş ve modelin hangi şartlar altında yapıldığı ve hangi ekonomik gereksinimlere hizmet ettiği ortaya konulmak istenmiştir.

Üçüncü bölümde çalışmanın sınırları dahilinde ve tabiki formasyonumuz el verdiği ölçüde YİD ekonomik açıdan analiz edilmeye çalışılmış ve YİD'in tarafları, işleyişi ve riskleri incelenmiştir. Bu bölümde YİD'in bir proje finansman modeli olduğunun ortaya konulmasından sonra dördüncü bölümde, bizce modelin özel hukuktaki görünümünü teşkil eden ve bir özel hukuk müessesesi olan üst hakkının kavramsal incelemesi yapılmış, daha sonra beşinci bölümde üst hakkının kazanılması ve sona ermesi konuları işlenmiştir. Son bölümde ise YİD modeli kapsamında üst hakkı tesisi başlığı altında iki müessesese arasındaki ilişki incelenmiş ve örnek olay ve örnek sözleşme incelemelerine yer verilmiştir. Böylece uygulamadan örnekler ile modelin açıklanması ve modelin uygulanmasına ışık tutulmak istenmiştir.

Bu çalışmanın bu konuda yapılan diğer çalışmalardan farkı modelin uygulanmasında arazi temini amacıyla sıklıkla başvuru alan üst hakkı müessesesi ile birlikte incelenmesidir. Nitekim 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında YİD modeli kapsamında imzalanacak uygulama sözleşmeleri özel hukuka tabi kılınmış olduğundan, idare hukukuna tabi imtiyaz sözleşmeleri kapsamında Medeni Kanun'da düzenlenmiş bir özel hukuk kurumu olan üst hakkına yer verilmesinden doğabilecek sorunlar da bertaraf edilmiş bulunmaktadır.

2. YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) MODELİ

2.1 YİD Modelinin Doğuşu ve Ekonomik Gelişimi

Günümüzde esas itibariyle büyük sermaye ve yüksek teknoloji gerektiren alt yapı yatırımlarının finansmanında kullanılan YİD modeli, özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere, başlangıç yatırım maliyeti yüksek ve maliyeti karşılayacak nakit girişimlerinin uzun döneme yayıldığı büyük çaplı altyapı ve üretim projelerini gerçekleştirebilecekleri yeni bir imkan olarak sunulmuştur. Nitekim İkinci Dünya Savaşı sonrasında ihtiyaç duyulan alt yapı yatırımları özel sektörde sermaye birikimi olmaması nedeniyle devlet tarafından finanse edilmiş ve bu durum, 1970’li yıllara gelindiğinde kamu kesiminin yüksek ve değişken faizlerle ve büyük miktarlarda borçlanmasına ve bu da kamu açıklarının giderek artmasına yol açmıştır (Leblebiciler 2005). Aynı dönemde bu açmazdan kendini korumak isteyen uluslararası finans kuruluşlarının devletlere borç vermek yerine doğrudan proje bazında kredi vermeyi tercih etmeye başlamaları zaten dış kaynak arayışında olan devletleri iyice zora sokmuş ve devletlerin yeni model arayışlarında etkili olmuştur (İmre 2001, Pekgüçlü 2007, Gençoğlu 2008). Yine bu dönemde daha çok petrol zengini ülkelerde büyük çapta projeler gerçekleştiren inşaat firmaları 1980’lerin başından itibaren ciddi bir iş daralmasıyla karşı karşıya kalmışlar ve yeni projeler için yeni yöntem arayışına girmişlerdir (Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007).

Bu ekonomik şartlar altında 1980’li yıllardan itibaren ekonomide kamu kesiminin payının küçültülmesi ve bu boşluğun özel sektörce doldurulmasına yönelik özelleştirme politikaları güdülmeye başlanmış ve bazı yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde özel kesimin kaynaklarının harekete geçirilmesi ve özel teşebbüsün bilgi ve becerisinden yararlanılması amaçlanmıştır. Böylece 19. yüzyılda İngiltere, Almanya ve Osmanlı’da örnekleri⁴ görülen ve özellikle kanal, yol ve demiryolu gibi alt yapı hizmetlerinin merkezi veya yerel yönetimler tarafından özel şirketlere yaptırılması ve bu yatırımların bu özel şirketler eliyle belirli bir imtiyaz süresi boyunca işletilmesinden

⁴ Osmanlı döneminde İstanbul’da Tramvay, Tünel İşletmeleri, Elektrik, Gaz İdaresi, Haydarpaşa Liman İşletmesi ve İzmir’de Liman İşletmesi, Göztepe Tramvay İşletmesi yabancı şirketlere verilen imtiyazlardır. Örnekler için Bkz. Yerlikaya 2002.

sonra kamuya devredilmesini amaçlayan imtiyaz uygulamaları ışığında YİD modeli ortaya çıkmıştır⁵. Büyük sermaye gerektiren yatırımların yükünü bütçelerinde taşımak istemeyen devletler bütçe dışı bir finansman modeli olan YİD modelini cazip bulmuşlar ve sadece gelişmekte olan ülkeler değil, gelişmiş ülkeler de bu yola başvurmuşlardır (Francis vd. 1988, Pekgüçlü 2007).

Aynı süreçte Türkiye’de de 1929 ekonomik krizi ile birlikte liberal ekonomik politikalar terk edilerek hızla devleşirme politikası güdülmeye başlanmış ve devlet, 1980’li yıllara kadar özellikle savunma, güvenlik, eğitim, sağlık ve ulaştırma alanlarında sürekli olarak ekonomiye müdahale etmek ve ekonomide etkin olmak zorunda kalmıştır. Ancak kamu yönetimi anlayışıyla bir türlü karlı duruma geçilememiş ve buna Türkiye’de uzun yıllardır devam eden yüksek enflasyon etkisi de eklenince devlet giderek artan oranlarda kamu gelirlerini iç ve dış borç ödemelerine ayırır duruma gelmiştir. Örneğin 1960 yılında bütçe gelirlerinin 1/3’ü yatırımlara ayrılırken, bu oran 2000 yılında %3-4 düzeyine inmiştir. Aynı dönemde özel sektör yatırımlarında da hissedilir bir düşüş olmuştur (İmre 2001, Yerlikaya 2002, Pekgüçlü 2007). Ayrıca özel sektörün kullanabileceği kaynaklar iç borçlanma nedeniyle yatırımlar yerine hazine bonolarına yönelmiş, reel faizin yüksek olması da özel sektör için yatırım yapmamayı cazip kılmıştır. Böylesine bir ekonomik açmazda kalan Türkiye 1980 sonrasında altyapı yatırımlarında özel sektörün ve yabancı sermayenin finansman ve teknoloji imkânlarından yararlanmaya yönelmiştir (İmre 2001, Yerlikaya 2002, Pekgüçlü 2007). Bu amaçla özellikle yabancı yatırımcıları ülkeye çekmek üzere yeni yasal düzenleme ve ikili anlaşmalar yapılmıştır (İmre 2001, Pekgüçlü 2007). Böylece daha önce 1910 tarihli Menafi-i Umumiye’ye ait İmtiyazat Hakkında Kanun kapsamında kamu hizmeti imtiyazı usulü ile özel sektöre gördürülen yatırım ve hizmetlerin yeni bir model

⁵ Öz itibarıyla bu uygulamanın yeni olmadığı zira alt yapı-işlet-devret modelinin uzun zamandan beri Kıta Avrupası’nda “kamu hizmeti imtiyazı” olarak anılan usulden pek farklı olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Uluatam 1989, Yerlikaya 2002. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu’nda pek çok kamu hizmetinin gerçekleştirilmesi için kamu hizmeti imtiyazı usulüne başvurulmuş ve hatta İmparatorluğun son döneminde yabancılara verilen imtiyazlar nedeniyle yetkilerini kullanamaz hale gelmiş, yerli sermaye ile kurulmuş Osmanlı şirketleri Avrupa’nın üstün teknoloji ve sermayesiyle baş edememiştir. Bu nedenlerle, yabancılara verilen kamu hizmeti imtiyazlarının düzenlenmesi amacıyla 1910 tarihli Menafi-i Umumiye’ye ait İmtiyazat Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulmasıyla Osmanlı Dönemi’nde verilen tüm imtiyazlar kaldırılmış ve imtiyazlara konu kamu hizmetleri kamu kurumlarına devredilmiştir. Bkz. Yerlikaya 2002. Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalan imtiyazların sona erdirilmesinde bu şekilde rachet (satın alma) yoluna gidilmiş olması, hazineye büyük yük getirmiştir. Bu nedenle de imtiyaz sözleşmeleri sıkı bir denetime tabi tutulmuştur. Bu sıkı denetimin, yeni finansman aracı olarak YİD’in kullanılmasında engel olacağı düşünülmüş ve 3096 sayılı Kanun’da YİD ve işletme hakkı devri sözleşmelerinin birer görevlendirme sözleşmesi olduğu hükme bağlanmıştır. Bkz. Gözler 2003.

kapsamında yürütülmesi hedeflenmiştir⁶. Bu gelişmeler neticesinde YİD ifadesi ilk kez 1980’li yıllarda dönemin başbakanı merhum Turgut Özal tarafından kullanılmış ve yabancı literatürde de Özal ismiyle anılmaya başlanmıştır (Yerlikaya 2002, Pekgüçlü 2007)⁷.

2.2 YİD Modelinin Hukuki Gelişimi

Osmanlı Dönemi’nde altyapı hizmetlerine özel sektörün katılımının yasal dayanağını oluşturan 25 Haziran 1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun⁸ ile değişik 1910 tarihli Menafi-i Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun kapsamında yapılacak sözleşmeler bakımından Danıştay ön denetimi ve Bakanlar Kurulu’nca karar verilmesi gibi yasal zorluklar kabul edilmiş ve ayrıca (25 Haziran 1932 tarih ve 2025 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile yapılan değişiklik ile) bu sözleşmelerde vergi bağışıklığı veya bütçeden ödeme söz konusu olduğu hallerde meclis onayının alınması şartı getirilmiş bulunmaktaydı⁹. İşte bu zorlukların aşılması amacıyla 04.12.1984 tarihinde Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında 3096 sayılı Kanun kabul edilmiş ve imtiyaz veya YİD modeli şeklinde bir niteleme yapılmaksızın, devlet dışında özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi statüsündeki yerli ve yabancı şirketlerin elektrik enerjisi sektöründe faaliyet göstermek üzere elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmeleri düzenlenmiştir¹⁰. Böylece enerji üretim tesislerinin yapımı ve işletilmesi hakkının özel sektöre verilmesi mümkün kılınmış olmaktadır¹¹. Bu Kanun kapsamında Mersin yakınlarındaki Akkuyu Nükleer Güç Santralleri’nin inşası amacı ile YİD modelinin uygulanması teklif edilmiş ise de projenin finansmanı için alınacak kredilere devletimizin garanti vermek istememesi nedeniyle görüşmeler yarıda kalmış

⁶ Osmanlı İmparatorluğu döneminde kabul edilen bu kanun, 1932 yılında 2025 sayılı Kanun ile bazı değişiklikler yapılarak, Cumhuriyet döneminde de uygulanmıştır. Bkz. Gözübüyük ve Tan 2004.

⁷ <http://www.hkis.org.hk/general/cpd/ConcessionModels.pdf> (21.11.2010),

⁸ RG., 02.07.1932T., 2139S.

⁹ Bu Kanun kapsamında ülkede kimi özel sektör kuruluşlarına elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı konularında imtiyaz verilmiştir. İlk olarak Bakanlar Kurulu’nun 25 Haziran 1953 tarihli kararına istinaden imzalanan 26 Ağustos 1953 tarihli imtiyaz sözleşmesi ile Adana ve Mersin illerinde elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile satışı konularında 49 yıl için Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ)’ne imtiyaz verilmiştir. Daha sonra Antalya ilinde Kepez Antalya Havalisi Türk A.Ş.’ne aynı konuda 60 yıl süreyle imtiyaz verilmiştir. Aynı şekilde, Kayseri ve çevresindeki söz konusu yetkiler de 1932 yılında kurulan Kayseri ve Civan Elektrik A.Ş.’ne elli yıl süreyle tanınmıştır. Bkz. Çal 2008.

¹⁰ RG. 19.12.1984T., 18610S. 3096 sayılı Kanunda geçen görevlendirme sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay ön denetiminden geçmemesini sağlamak için kullanıldığı yönündeki görüş için bkz. Çal 2008.

¹¹ Ülkemizde YİD modelinin uygulanması için ilk olarak enerji sektörünün seçilmesi, Dünya Bankası’nın o dönemdeki özellikle elektrik enerjisi sektöründe özelleştirme faaliyetlerini destekleyen liberal politikalarının etkisiyle bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir. Bkz. Erdoğan 1997.

ve projenin gerçekleştirilmesi mümkün olmamıştır (Çolak 2000, Yerlikaya 2002, Leblebiciler 2005, Gençoğlu 2008). YİD modelinin ülkemizdeki ilk uygulaması ise enerji sektöründe değil, 02.08.1985 tarih ve 1135/1633 sayılı Ankara Büyükşehir Belediyesi Encümen Kararına istinaden Ankara Büyükşehir Belediyesi ile Anıtsal Yapılar Sanayi Ticaret ve Turizm Şirketi arasında imzalanan ve Atakule'nin yapımı ve işletilmesine dair sözleşme uyarınca alış-veriş merkezi inşasında gerçekleşmiştir (Pekgüçlü 2007, Çal 2008).

2.3 YİD Modeline Yönelik Hükümet Tasarrufları

Modelin uygulanmasını sağlamak amacıyla hükümet plan ve kararları ile çeşitli mali düzenlemelerde modele yer verilmiştir. Bu kapsamda ilk olarak 1985-1989 yılları 5. Beş Yıllık Kalkınma Planı kapsamında uygulamaya konan 1988 yılı hükümet programında “Yabancı Sermaye” başlıklı bölümün “Tedbirler” kısmının 3. maddesinde, “finansman gereği yüksek ve ileri teknoloji gerektiren kamu yatırımlarının Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yabancı sermayeye açılması teşvik edilecektir” denilmek suretiyle YİD modeline yer verilmiştir (Pekgüçlü 2007). Benzer şekilde 6. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nın “Yabancı Sermaye Politikası” başlıklı bölümünde, “önemli altyapı projelerinin gerçekleştirilmesi için uygun finansman modelleri (Yap-İşlet-Devret gibi) çerçevesinde, yabancı sermayeden azami ölçüde yararlanılacaktır” ifadesi yer almıştır¹².

Ardından 1991 yılına gelindiğinde, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin 436 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kabul edilmiş ve KHK'nın 6. maddesi ile yüksek finansman ihtiyacı nedeniyle genel bütçeden finansmanı güç olan ve ileri teknoloji gerektiren temel altyapı projelerinin yerli ve yabancı özel sektör katılımıyla YİD modeli ile gerçekleştirilmesi için gerekli koordinasyon ve organizasyonu yapmak görevi, Müsteşarlık Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir¹³.

¹² 06.07.1989 tarih, mükerrer 20217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹³ RG., 14.12.1991T., 20960S., RG., 20.12.1994 T., 22147 S.'da yayınlanan 4059 Sayılı Kanun ile 436 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve yeni Kanun'un 2. maddesinin (f) bendinde aynı düzenlemeye yer verilmiştir.

Daha sonra 1992/2805 sayılı BKK ile Yatırımların, Döviz Kazandırıcı Hizmetlerin ve İşletmelerin Teşviki ve Yönlendirilmesine Ait Esaslar kabul edilmiş ve bu Esaslar'ın 5. maddesinde, “Müşteşarlıkça uygun görülen Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesindeki altyapı yatırımlarının fona tabi olmadıkları” ve 24. maddesinde ise, “özel önem taşıyan projeler oldukları” belirtilmiştir¹⁴.

Yine 3589 Sayılı Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 34/f maddesinde, “Yap-İşlet-Devret Modeli ve benzeri özel finansman modellerine dayalı olarak gerçekleştirilecek projeler çerçevesinde, bu projeleri gerçekleştirmek özel hukuk hükümlerine tabi şirket statüsüne sahip yerli ve yabancı ortaklardan oluşan Türk Şirketlerinden, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri için geri ödeme garantisi vermeye ve Yap-İşlet-Devret modeline dayanan tesisin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenen kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıkların ve mahalli idarenin lehine finansör kuruluşlara garanti vermeye Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan yetkilidir” denilmekle, Hazine Müsteşarlığı'nın garanti verme yetkisi düzenlenmiş olmaktadır¹⁵. Ayrıca muhtelif Bakanlar Kurulu Kararları ile kimi serbest bölgelerde YİD modeli ile yatırımlar yapılması ve işletilmesi de mümkün kılınmıştır (Leblebiciler 2005).

Görülmektedir ki tüm bu düzenlemelerde YİD modeli kapsamında gördürülen yatırım ve hizmetlerin birer kamu hizmeti, imzalanacak sözleşmelerin ise, birer kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir.

2.4 YİD Modeline Yönelik Kanuni Düzenlemeler

Bu çalışmada YİD modeline yönelik kanuni düzenlemeler incelenirken, model bakımından genel düzenleme niteliğinde olduğu kabul gören 3996 sayılı Kanun'un kabulü milat olarak kabul edilmiş ve yapılan kanuni düzenlemeler, 3996 Sayılı Kanun'dan öncesi ve sonrası olmak üzere iki dönemde incelenmiş bulunmaktadır.

¹⁴ RG., 28.3.1992T., 21185S.

¹⁵ RG., 29.12.1992T., 21450 S.

2.4.1 3996 Sayılı Kanun öncesi dönem

Cumhuriyet döneminde YİD modeli ile ilgili olarak kabul edilen ilk yasal düzenleme Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında 3096 sayılı Kanun'dur¹⁶. Kanun'un 3. maddesinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin görevli şirketlere yaptırılmasına Bakanlar Kurulu'nca karar verilebileceği, 4. maddesinde, sadece elektrik üretmek amacıyla sermaye şirketleri kurulabileceği düzenlenmiş olup, bu amaçla kurulacak sermaye şirketlerine elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve işletme müsaadesi verilebileceği ve görevli şirketlerin üretecekleri elektrik enerjisinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca tespit olunacak tarifeye göre TEK'e veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılacağı kabul edilmiştir¹⁷. Aynı Kanun'un 7. maddesinde, 3. ve 4. maddeler uyarınca akdedilecek sözleşmelerin en çok 99 yıllığına olabileceği, 8. maddesinde ise, belli bir süreyi kapsayan sözleşmelerin, süre uzatımı talep edilmediği takdirde, süre bitimi ile son bulacağı ve tüm tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz malların her tür borçtan arı olarak devlete bedelsiz olarak geçeceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca bu Kanun'a istinaden 16.08.1985 tarih ve 85/9800 sayılı 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 kabul edilmiş ve TEK dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi yerli ve yabancı sermaye şirketlerine elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesine dair esas ve usuller düzenlenmiştir¹⁸. Yönetmelik'in 4. maddesinde, üretim tesisinin kurulacağı ve işletme izninin verileceği şartlar belirlenmiş ve üretim tesisi kurma ve işletme sözleşmesinin en fazla 99 yıla kadar süreli olabileceği öngörülmüştür. Aynı Yönetmelik'in 10. maddesinde ise, üretim yetkisi süresinin sonunda üretim

¹⁶ RG. 19.12.1984T., 18610S.

¹⁷ Kanun'un 9. maddesi uyarınca, "Enerji tarifeleri, görevli şirketin teklifi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın onayı ile yürürlüğe girer." 7.3.1990 Tarih ve 3613 sayılı Kanun ile 9. Maddede yapılan değişiklik ile, "tarifelerin tespitinde, yıllık işletme bakım ve onarım giderleri, faiz ve kur farkı garantisi verilmemiş ise kur farkları, teknik ve sermaye amortismanları, Elektrik Enerjisi Fonu için ayrılacak fon payı, diğer masraf ve harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli gelirin sağlanması esas alınır" denilmek suretiyle yatırımcı imtiyazlı şirketlere kar garantisi sağlanmıştır. Ayrıca Kanununun 11. maddesinde, kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, rezervuarlı tesisler hariç kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek kaydıyla Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca 4650 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na göre kamulaştırmanın genel hükümlere göre yapılacağı kabul edilmiş olup, bu da imtiyazlı şirketlere tanınan diğer bir kolaylıktır.

¹⁸ RG., 04.09.1985T., 18858S.

şirketlerinin verilmiş olan iznin konusuna giren tüm tesisler ile tüm taşınmaz malları bunlar üzerindeki haklarla birlikte tam ve çalışır vaziyette ve her türlü borç ve yükümlülükten arındırılmış olarak, Bakanlar Kurulunca kamu kuruluşuna hiç bir bedel ve hak talep edilmeksizin veya yeniden aynı üretim şirketine yeni şartlarla verileceği hükme bağlanmıştır¹⁹. Böylelikle kelime olarak “YİD” kullanılmamış ise de, modelin temel unsurları ortaya konulmuş olmaktadır (Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007).

Daha sonra kabul edilen Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında 3465 sayılı Kanun ile özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin, otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesi için görevlendirilmesi düzenlenmiştir²⁰. Otoyol sektörüne dair bu Kanun’un 5. maddesinde, görevlendirilecek şirket ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasında akdedilecek sözleşmenin en fazla 49 yıl olacağı, 6. maddesinde ise, sözleşmenin sona ermesi ile otoyol ile bütün tesisleri ve müştemilatın her türlü borç ve taahhütten ari ve kullanılabilir durumda Karayolları Genel Müdürlüğü’ne bedelsiz olarak ve kendiliğinden geçeceği öngörülmüştür. Kanun metninde “YİD” ifadesi kullanılmamakla beraber, bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen 01.03.1993 tarihli ve 93/4186 sayılı Uygulama Yönetmeliği’nin 7. maddesinde, projelerin Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın uygun görüşü ile YİD modeli çerçevesinde finansmanı ve gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır²¹.

YİD modeli kapsamında görevli şirketlerle yapılan ve yapılacak anlaşmaların, imtiyaz sözleşmesi dışına çıkarılarak özel hukuk hükümlerine tabi kılınması yönündeki ilk yasal düzenleme ise, 22.02.1994 tarih ve 3974 sayılı Kanun ile 3291 sayılı Kanun’da değişiklik yapılarak, enerji sektöründeki özelleştirmelerin özel hukuka tabi olacağının kabul edilmesidir²². Ne var ki bu düzenleme açılan iptal davası neticesinde Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir²³.

¹⁹ Ayrıca 16.08.1985 tarihli ve 9799 sayılı Yönetmelik ile özel hukuk hükümlerine tabi şirketlere elektrik enerjisi kurma ve işletme izni verilmesine dair esas ve usuller, 02.02.1987 tarihli ve 87/11488 sayılı Yönetmelik ile de yerli ve yabancı sermaye şirketlerine belli bir bölgede elektrik enerjisi üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti görevlerinin tamamının veya bazılarının yapılması izninin verilmesine dair esas ve usuller düzenlenmiştir.

²⁰ RG. 2.6.1988T., 19380S.

²¹ RG., 14.4.1993T., 21552S.

²² RG., 1.3.1994T., 2184S.

²³ 9.12.1994 tarih ve E:1994/43, K:1994/42-2 sayılı kararı, bu karar için bkz. RG. 24.1.1995T., 22181S.

2.4.2 3996 Sayılı Kanun ve sonrası dönem

Yasama organınca 3974 sayılı Kanun ile 3291 sayılı Kanun'da yapılan değişikliğin iptal edileceği öngörülerek, 08.06.1994 tarihinde Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 sayılı Kanun kabul edilmiştir²⁴. Bu Kanun'un amacı birinci maddesinde belirtildiği üzere 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. Kanun'un (3.a) maddesi ile YİD modeli yasal olarak ilk kez tanımlanmış olmaktadır. Ayrıca Kanun'un kabulü akabinde uygulama usul ve esaslarına ilişkin 06.08.1994 tarih ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı alınmış ve görevlendirmenin ne şekilde yapılacağı, mal ve hizmetlerin fiyatlarının ne şekilde tespit edileceği, garantiler, uygulama sözleşmesinde yer alması gereken hususlar gibi düzenlemelere yer verilmiştir.

Ne var ki 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinin Anayasa'nın 2, 11, 37, 125 ve 155. maddelerine aykırı bulunduğu gerekçesiyle iptaline, bu maddenin iptali kanunun öngördüğü işlemlerin yapılmasını imkansız hale getireceği için Kanun'un tümüyle iptaline karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açılmış ve yapılan yargılama neticesinde iptal istemi yerinde görülerek anılan kanun hükmünün iptaline karar verilmiştir.

Böylece YİD sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olması imkanı ortadan kalkmış ve 3996 sayılı Kanun kapsamında yapılacak olan yatırımlar bakımından 1326 sayılı Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun yeniden uygulanır hale gelmiştir.

²⁴ RG., 13.06.1994T., 21959S. Kanun 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 imkanlarının 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 yaratılması ve işsizliğin giderilmesi konularında da yardımcı olacaktır." denilmektedir. (TBMM Tutanak Dergisi 19. Dönem C. 61 Eki).

2.4.3 3996 Sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanuni Düzenlemeler

2.4.3.1 4047 Sayılı Kanun

3996 sayılı Kanun ilk olarak 4047 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır²⁵. 24.11.1994 tarihinde kabul edilen 4047 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile *"Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yap-işlet-devret modeline göre başlatılmış projeler ve işlerin, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacağı"* kabul edilmiş ve *"enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, tesis ve yatırımları"* 3996 sayılı Kanun'un kapsamından çıkarılmıştır. Ayrıca 4047 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 3996 sayılı Kanun'un 13. maddesine *"ilgili idarenin isteği halinde 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi işler de 3996 sayılı Kanun'un 5, 11, 12 ve 14'üncü madde hükümlerinden yararlanır"* hükmü eklenmek suretiyle 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek yatırımlar bakımından idareye takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. Böylece 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek yatırımlar esas olarak idare hukukuna tabi olmakla birlikte, idare tarafından bu yatırımların 3996 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesinin kararlaştırılmasına imkan yaratılmış olmaktadır. Ayrıca aynı imkan Kanun'un 4501 sayılı Kanun ile değiştirilen Geçici 1. maddesi ile Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce başlamış ve devam eden projeler bakımından da tanınmıştır²⁶.

Bu düzenleme ile ilgili olarak doktrinde (Kaplan 1983), 3096 sayılı Kanun kapsamına giren elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımına ilişkin görevlendirmeler ile 3465 sayılı Kanun kapsamına giren otoyol ve üzerilerindeki tesislerin yapımı, bakımı ve işletilmesine ilişkin görevlendirmelerin ve 3996 sayılı Kanun'da sayılan diğer yatırım ve hizmetlerin, artık YİD modeli bakımından genel düzenleme niteliğindeki 3996 sayılı Kanun ile bu Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarını düzenleyen 5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'ndaki esaslara tabi olması gerektiği, diğer bir deyişle 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara artık bir ihtiyaç kalmadığı ileri sürülmüş ise de kanunun açık ifadesi karşısında bu görüşe katılmak bizce mümkün görülmemektedir.

²⁵ RG., 3.12.1994T., 22130S.

²⁶ RG., 22.1.2000T., 23941S.

2.4.3.2 4180 Sayılı Kanun

Daha sonra 30.08.1996 tarihinde kabul edilen 4180 sayılı Kanun ile 3996 sayılı Kanun'un Hazine garantilerini düzenleyen 11. maddesi, *"Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler gereği, yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenen kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakan yetkilidir."* şeklinde değiştirilmiştir. Ne var ki, bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş²⁷ olup, maddenin bugünkü hali, *"yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, sözleşme hükümleri gereği mali yükümlülük altına giren kamu kurum ve kuruluşları ile fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenen kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör*

²⁷ 26.3.1997T., E.1996/63, K.1997/40 bu karar için bkz. RG., 28.06.2001T., 24446S.

kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının görüşü ve bağlı olduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.” şeklindedir.

2.4.3.3 4493 Sayılı Kanun

Nihayet 4446 sayılı kanun ile Anayasa’da yapılan değişikliklere paralel olarak kabul edilen 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun²⁸ ile 3996 sayılı Kanun’un iptal edilen 5. maddesi yerine *“Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir”* hükmü kabul edilmiş ve ayrıca bu Kanun ile 3996 sayılı Kanununun 2. maddesine daha önce çıkartılmış olan *“elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti”* ifadesi eklenmiştir. Bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesi’nin 28.06.1995 gün ve E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı etkisiz kılındığı gibi, 3996 Kanun’un iptal edilen 5. maddesi hükmü meşruiyet kazanmış ve anılan kanun kapsamında özel hukuk sözleşmesi yapılabilmesinin yolu da açılmış bulunmaktadır (Yerlikaya 2002)²⁹. Ayrıca bu Kanun’un 7. maddesi ile 3996 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesi *“Bu Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. Ancak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir”* şeklinde değiştirilmiştir. Böylece YİD modeli kapsamında akdedilen sözleşmelerin hukuki mahiyetinin belirlenmesi noktasındaki tartışmalar esasen önemini yitirmiş olmaktadır. Nitekim Danıştay 1. Dairesi’nin bu anayasa değişikliği sonrasındaki 14.4.2000 tarih, E.2000/57, K.2000/53 sayılı İstisari Kararında YİD sözleşmelerinin bundan böyle imtiyaz sayılamayacağı ve bu nedenle de Danıştay incelemesine tabi olmayacağı açıkça ifade edilmiş olup, böylece YİD kapsamında akdedilecek sözleşmelere kamu hizmetlerine hakim olan temel ilkelerin uygulanmasının imkanı da kalmamış bulunmaktadır (Leblebiciler 2005, Keskin 2006). Zira idare kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olması sebebiyle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde üstün

²⁸ RG. 22.12.1999-23914

²⁹ Bu durum, idare ile sözleşmenin karşı tarafı özel kişinin eşit konumda olması sebebiyle idarenin sahip olduğu tek yanlı fesih, denetim ve yaptırım uygulama gibi üstün yetki ve ayrıcalıkları kullanamayacağından bahisle eleştirilmiştir. Bkz. Günday 2002.

yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış iken, YİD modeli kapsamında imzalanacak sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınmasıyla idare bu üstün yetki ve ayrıcalıklardan yoksun kalmaktadır. Örneğin, kamu hizmetlerine egemen olan ilkelerden biri olan değişkenlik (uyarlama) ilkesi uyarınca idarenin bir kamu hizmetini değişen koşullara uyarlama yetkisi bulunmaktadır. Bu ilkeye istinaden idare tek yanlı iradesi ile kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde değişiklik yapabilmekte ve karşı taraf da buna katlanmak zorunda olup, ancak bu değişiklikler nedeniyle sözleşmenin mali dengesinin bozulması ve yükümlülüklerinin artması halinde idareden tazminat isteyebilmektedir. Özel hukuka tabi tutulan sözleşmelerde ise taraflar eşit konumda olduklarından, idarenin iradesine bu şekilde bir üstünlük tanınmamakta ve ancak tarafların karşılıklı muvafakati ile sözleşmede değişiklik yapılabilir. İdarenin hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanan ve imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi kullanabildiği tek yanlı fesih ve imtiyaz sözleşmesinde öngörülme dahi haiz olduğu denetim ve yaptırım uygulama yetkileri için de aynı durum geçerli olmaktadır (Günday 2002, Leblebiciler 2005, Keskin 2006).

2.5 YİD Modeli'ne İlişkin Mahkeme Kararları

2.5.1 Danıştay'ın yaklaşımı

Danıştay bu konudaki yaklaşımını ilk olarak 3096 sayılı Kanun kapsamında yapılacak sözleşmelerin Danıştay incelemesinden geçirilme zorunluluğu bulunup bulunmadığı konusunda tereddüde düşen T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın istemi üzerine verdiği görüşle ortaya koymuştur. Danıştay'a göre, *“kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur”*. Ayrıca kararda kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin bir idari sözleşme olduğu ve bir kamu hizmetinin kurulmasını, işletilmesini amaç edindiği belirtilmiş ve *“öte yandan sözleşmeye konu olan kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kar ve zararına olarak kurulur ve işletilir, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiği, idarenin kendisine devrettiği tahsil hakkıdır. Ayrıca imtiyaz süresinde hizmetten yararlananlardan alınacak bedel veya ücret esasları kanunla saptanacak olan bir tarife üzerinden tahsil olunur ve kamu hizmeti*

imtiyazı daima belli ve uzun bir süre içi verilir ... bu karakterlerden son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran önemli unsurlardır” denilmek suretiyle “3096 sayılı Kanun uyarınca imzalanan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleri olduğu” sonucuna varılmıştır³⁰. Keza Danıştay, TEK ile AKTAŞ Elektrik A.Ş. arasında 3096 sayılı Kanun’a göre yapılan “işletme hakkı verilmesine ilişkin sözleşme”yi de benzer gerekçelerle iptal etmiştir³¹.

2.5.2 Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı ve iptal kararları

2.5.2.1 3974 Sayılı Kanun’a ilişkin iptal kararı

Anayasa Mahkemesi kamu hizmeti imtiyazına ilişkin görüşünü ilk kez 3974 sayılı Kanun’a ilişkin kararında ortaya koymuş bulunmaktadır. Danıştay’ın yukarıda bahsedilen istişare kararı nedeniyle 3096 sayılı Kanun kapsamında akdedilen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu hükmünün uygulanamamasından doğan olumsuzlukların aşılması amacıyla bu kez 3974 sayılı Kanun ile 3291 sayılı Kanun’da değişiklik yapılarak, enerji sektöründeki özelleştirmelerin özel hukuka tabi olacağı kabul edilmiştir (Keskin 2006). Ne var ki bu Kanun’un birinci maddesi ile Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında 3291 sayılı Kanun’a eklenmesi öngörülen “*EK MADDE 5.- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanuna dayanarak veya diğer kanunların özel sektörün yeni enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmezler*” hükmünde geçen “*özel hukuk hükümlerine tabi*” ve “*imtiyaz teşkil etmezler*” ifadeleri, idari sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi tutarak idari yargı denetimi dışına çıkardığından Anayasa’nın 2., 11., 37., 125., ve 155. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiştir.

Kararda kamu hizmeti, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya

³⁰ I.D.9.1992, E.992/232-K.992/294, D.D; S.87 (1993) s.33 vd.

³¹ 10.D.29.04.1993, E.991/1-K.993/1752.

da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanmış ve bu tanımdan hareketle, 3096 sayılı Kanun kapsamına giren elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin de birer kamu hizmeti olduğu ve bir kamu hizmetinin özel kesimce yürütülmesinin onun kamu hizmeti niteliğini ortadan kaldırmayacağı, özel hukuk hükümlerine tabi kılınmak istenen bu sözleşmelerin idareye tanınan üstün yetkiler nedeniyle birer idari sözleşme olduğu ve dolayısıyla bu sözleşmelerin idari yargının görev alanına girdiği belirtilmiştir³².

2.5.2.2 3996 Sayılı Kanun'un 5 inci maddesine ilişkin iptal kararı

Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Kanun kapsamında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz teşkil etmeyeceği ve özel hukuk kurallarına tabi olduğuna dair hükmünü iptal ettiği bu kararında da önceki kamu hizmeti tanımını yinelemiş ve *“3996 sayılı Kanun kapsamında sayılan köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve havalimanları yapılması gibi hizmetlerin de kamu hizmetleri olduğunu”* belirtmiştir. Ayrıca Karar'da *“anayasa yargısı alanında bir hizmetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de imtiyaz sözleşmesi olup olmadığının, yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabileceği, eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişimciye gördürülecekse, düzenlenen sözleşmenin imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olacağı”* vurgulanmış ve idari yargının görev alanına giren bir sözleşmenin kanun hükmü ile özel hukuk alanına taşınmasının, Anayasa'nın idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı başvurulacak yargı yolunu düzenleyen 125. maddesi ile kanuni hakim güvencesini düzenleyen 37. maddesine ve imtiyaz sözleşmelerini Danıştay'ın denetimine tabi kılan 155. maddesine aykırı olduğu belirtilerek 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde birinci cümlesinde geçen *“...imtiyaz teşmil etmeyecek nitelikte...”* sözcükleriyle, *“Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir”* şeklindeki ikinci cümlesini Anayasa'ya aykırı bularak oybirliği ile ve bu iptal sebebi ile uygulama imkanı kalmayacak olan 14. maddenin *“bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1326 tarihli Menafii Umumiyye Muteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ile 25.06.1932 tarihli ve 2025 sayılı kanun hükümleri uygulanmaz”* şeklindeki

³² 9.12.1994 tarih ve E:1994/43, K:1994/42-2 sayılı kararı, bu karar için bkz. RG. 24.1.1995T., 22181S.

ikinci cümlesinin de oyçokluğu ile iptaline karar verilmiştir³³. Bu karardan sonra Danıştay, bu tür sözleşmelerdeki tahkim şartlarını, 2572 sayılı Danıştay Kanunu (m.24/1) ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (m.2/1-c) hükümleri uyarınca bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları çözme görev ve yetkisinin idari yargıya ait olduğunu belirterek sözleşme metinlerinden çıkartmıştır (Keskin 2006).

2.5.2.3 3996 Sayılı Kanun'un 11 inci maddesine ilişkin iptal kararı

Son olarak 3996 sayılı Kanun'un Hazine garantilerini düzenleyen 11. maddesinde 4180 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik de Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir³⁴. Kararda, *"4180 sayılı Kanun ile daha önce iki maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 3996 sayılı Kanun'un 11. maddesinin değiştirildiği ve hukuksal açıdan Anayasa Mahkemesi kararlarının nasıl uygulanamaz hale getirileceğine örnek olacak biçimde Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği düzenlemeyi içeren Anayasa'ya aykırı bir Bakanlar Kurulu Kararı'nın (5907 sayılı BKK kastedilerek) kanun maddesi yapıldığı"* belirtilmiş ve *"Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararları gereği imtiyaz sözleşmesi ile verilebilecek yap-işlet-devret projelerinin bu değişiklik ile yeniden imtiyaz kapsamı, dolayısıyla Danıştay denetimi dışına çıkarıldığı"* vurgulanmıştır. Kararın gerekçesinde ayrıca, *"Yap-işlet-devret yönteminin (kimilerince sonradan icat edilmiş özel bir finansman modeli olduğu öne sürülse de) Osmanlı İmparatorluğu döneminden beri uygulanan, devlet kaynaklarının yetersiz olması nedeniyle, söz konusu yatırımın yüklenici tarafından gerçekleştirildiği, yatırımcının bu giderlerini karşılamak amacıyla tesisi belirli bir süre işlettiği ve sonra da ilk günkü biçimiyle devlete devrettiği modelin adıdır ve özü gereği doğrudan 'imtiyaz sözleşmesidir'. Osmanlı İmparatorluğu'ndan miras kalan acı deneyimleri nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti 'imtiyaz sözleşmeleri' konusunda daima hassasiyet göstermiş, bu sözleşmeler, 1924 Anayasası'nda TBMM, 1961 ve 1982 Anayasalarında da Danıştay denetimine tabi kılınmıştır. ... Ancak, 3996 sayılı Kanun'un uygulama usul ve esaslarını gösteren BKK, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce yürürlüğe konduğu için, bu Kanun'a göre imzalanacak sözleşmelerin imtiyaz oluşturmayacağını, dolayısıyla Danıştay denetiminden geçirilmeyeceğini belirtmektedir. Şimdi yapılan değişiklik ile Anayasa Mahkemesi'nin*

³³ 28.06.1995, E. 994/71-K.995/23, RG., 20.3.1996T., 22586S.

³⁴ 26.3.1997T., E.1996/63, K.1997/40 bu karar için bkz. RG., 28.06.2001T., 24446S.

kimi hükümleri iptal eden kararından sonraki 3996 sayılı Kanun değil, bu Kanun'a göre çıkarılmış Anayasa'ya aykırı BKK geçerli duruma getirilmektedir ve Anayasa'ya aykırıdır...” denilmiştir³⁵.

2.6 Anayasa'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4446 Sayılı Kanun

Kamu yatırım ve hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri imzalanarak YİD modeli ile gerçekleştirilebilmesine yönelik yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararları sebebiyle bir türlü mümkün olmamıştır. Özellikle yabancı yatırımcılar idare ile yapmış oldukları sözleşmelerin devletin yargı organı olan Danıştay tarafından incelenecek, denetlenecek ve sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların yine Danıştay tarafından çözümlenecek olması karşısında ülkemizdeki yatırımlara beklenen ilgiyi göstermemişler ve sözleşmelere tahkim kaydının konulmasını şart koşmuşlardır (Keskin 2006, Akıncı, 2007, Pekgüçlü 2007). Bu şartlar altında ancak anayasal değişiklik yapılması suretiyle bu yolun açılacağı düşünülmüş ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun kabul edilmiştir³⁶.

³⁵ Maddenin bugünkü hali: “yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarının, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, sözleşme hükümleri gereği mali yükümlülük altına giren kamu kurum ve kuruluşları ile fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenen kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının görüşü ve bağlı olduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

³⁶RG. 14.8.1999T., 23786S. Kanun gerekçesi şu şekildedir; “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 46 ncı maddesinde “kamulaştırma”, 47 nci maddesinde “devletleştirme” düzenlenmiş; buna karşılık “özeleştirme” konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa başka bazı ülkelerin anayasalarında özelleştirmeyi öngören hükümler bulunmaktadır. Fransız Anayasası buna örnek gösterilebilir. Ülkemizde 1984 yılından bu yana değişik biçimlerde uygulana gelen “özelleştirme” ile ilgili olarak; çeşitli tarihlere yürürlüğe konulan yasal düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile bazı ilke ve kurallar geliştirilmiş bulunmaktadır. Ülkemizin son on beş yılının gündeminde önemli yer tutan, gelecek yıllarda da gündemin ön sıralarında yer alacağı kuşkusuz olan özelleştirme hukuki temelini Anayasanın 47'nci maddesinde düzenlenmesi uygun görülmüştür. 47'nci maddeye eklenen iki yeni fıkra ile hem özelleştirmeye ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, hem kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliğinin kanunla belirlenmesi ilkeleri getirilmektedir. Öte yandan bütçe kaynakları kıt, ihtiyaçları sınırsız olan ülkelerde, tabii kaynakların işletilmesi, çağdaş teknolojilerin ekonomiye kazandırılması amacıyla yabancı sermayenin yatırım yapmaya teşvik edilmesi, kalkınma yolunda önemli bir araç oluşturmaktadır. Ülkemizin, yüksek teknoloji ve büyük finansman gerektiren alt yapı yatırımlarında karşılaşılan bazı sorunlar, yabancı sermayenin yatırım yapma konusunda çekingen davranmasına neden olmaktadır. Bu sorunlar arasında kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü, önemli bir yer tutmaktadır. Günümüzde bu tür uyuşmazlıklar bakımından tahkim, uluslararası düzeyde gittikçe yaygınlaşan bir kurum haline gelmiştir. Nitekim aralarında Türkiye'nin de bulunduğu çeşitli devletlerce imzalanmış bulunan 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedinde anlaşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüştür. Bu durumda evrensel hukukun benimsediği ve uyguladığı kavram ve kurumlara hukukumuzda da yer verilmesi gerekmektedir. Türkiye, gerek 1975 tarihli Helsinki Nihai Senedinde, gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye'nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasanın 125'inci maddesinde de yer verilmesi uygun olacaktır. Bu arada Anayasanın 155'inci maddesi için önerilen değişiklikle kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay'ın “düşünce” bildireceği

Buna göre Anayasa'nın 47. maddesinin kenar başlığı "*E. Devletleştirme ve Özelleştirme*" olarak değiştirilmiş ve maddeye ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere şu iki fıkra eklenmiştir³⁷; "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişiliklerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" Ayrıca Anayasası'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına yabancı yatırımcıların ülkeye çekilebilmesi amacıyla "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyumsuzlukların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar için gidilebilir*" hükmü eklenmiştir³⁸.

Anayasa'nın Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki konumunu düzenleyen 155. maddesi de "*Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyumsuzlukları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir*" şeklinde değiştirilmiştir³⁹. Böylece Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine ilişkin görev ve yetkileri daraltıldığı gibi, süre yönünden de kısıtlama getirilmiş olmaktadır.

konular arasına alınmaktadır. Özetle, Anayasanın konuya ilişkin hükümlerinin, Ülkemizin ihtiyacı olan yatırım ve hizmetlerde uygulanacak evrensel ilke ve uygulamalara paralel bir biçimde değiştirilmesi zorunlu hale gelmiştir. Ülkemizin kalkınması için büyük önem taşıyan çağdaş hukuk ilkelerine Anayasamızda da yer verilmesi amacıyla bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır."

³⁷ Madde gerekçesi şu şekildedir; "Bu madde ile Anayasanın 47 nci maddesinin kenar başlığı, "devletleştirme" yanında "özelleştirmeye" de yer verecek şekilde değiştirilmekte ve maddeye iki yeni fıkra eklenmektedir. Önerilen değişiklikle özelleştirme konusu, ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşturulmaktadır. 47 nci maddeye eklenen iki yeni fıkrada bir yandan kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletmeler ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi, öbür yandan kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirlenmesi öngörülmektedir."

³⁸ Madde gerekçesi şu şekildedir; "Bu madde ile Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasına ikinci cümle olarak eklenen yeni hükümlerle, Türkiye'nin bugüne kadar yapmış olduğu çeşitli uluslararası sözleşmelerde kabul etmiş olduğu esaslara uygun olarak, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmektedir."

³⁹ Değişiklikten önce madde, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyumsuzlukları çözümlenmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir" şeklinde idi. Madde gerekçesi şu şekildedir; "Anayasanın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri, Danıştay'ın inceleme yapacağı konular arasından çıkarılarak; düşünce bildireceği konular arasına alınmıştır. Kayda değer ki, benzer bir hüküm, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun 51 inci maddesinde de yer almaktaydı."

2.7 Anayasa Değişikliği Sonrasında Yapılan Kanuni Düzenlemeler

4446 sayılı Kanunla kabul edilen Anayasa değişiklikleri ile kamu yatırım ve hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri imzalanarak YİD modeli ile gerçekleştirilebilmesinin ve bu sözleşmelerde uluslararası tahkim kaydına yer verilmesinin anayasal temeli oluşturulmuş olup, akabinde bu Anayasa değişiklikleri paralelinde bir dizi kanuni düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

2.7.1 4492 Sayılı Kanun

İlk olarak 18.12.1999 tarih ve 4492 sayılı Danıştay Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edilmiştir⁴⁰. Buna göre 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Danıştay'ın görevlerini sayan 23. maddesinin (d) bendi, "*Tüzük tasarılarının inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir*" şeklinde ve Kanun'un ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecek davaları sayan 24. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinden sonra gelen paragrafı ise, "*Karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan davaları karara bağlar*" olarak değiştirilmiştir⁴¹. Ayrıca Kanun bütünlüğünün sağlanması amacıyla Danıştay Kanunu'nun 42., 46. ve 48. maddelerinde de gerekli düzenlemeler yapılmıştır.

Aynı şekilde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun da idari dava türlerini sayan 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, "*tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar*" şeklinde değiştirilmiştir⁴².

⁴⁰ RG., 21.12.1999T., 23913S.

⁴¹ RG., 20.1.1982T., 17580S.

⁴² RG., 20.1.1982T., 17580S.

2.7.2 4501 Sayılı Kanun

21.01.2000 tarihinde 4501 sayılı Kanun kabul edilmiş ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülmesi durumunda taraflarca uyulması gereken ilke ve esaslar belirlenmiştir⁴³. Belirtmek gerekir ki bu esas ve usuller ancak kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde ve bu sözleşmelerde tahkim kaydının bulunması hallerinde uygulanabilecektir. Buna göre tahkim kaydı taşımayan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında 4501 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmamaktadır (Keskin 2006).

2.8 Diğer Kanuni Düzenlemeler

2.8.1 Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun

24.11.1994 tarihinde kabul edilen 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak amacıyla Kanun kapsamında sayılan kuruluşların özelleştirilmelerine dair esaslar düzenlenmektedir⁴⁴.

Kanun'un 15. maddesinde, genel ve katma bütçeli idarelere, bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar vb.) ile varlıklarının, kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin kullanma hakkının 49 yıllık süreyle sınırlı olmak kaydıyla "işletme hakkının verilmesi", "kiralama" ve "diğer yöntemlerle özel kişilere devri" düzenlenmiştir.

2.8.2 Serbest Bölgeler Kanunu

İhracata yönelik yatırım ve üretimi arttırmak amacıyla yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek,

⁴³ RG., 22.01.2000T., 23941S.

⁴⁴ RG., 27.11.1994T., 22124S.

dış finansman ve ticaret imkanlarından daha fazla yararlanmak amacıyla 06.06.1985 tarih ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu kabul edilmiş ve ülkemizde serbest bölgeler kurulması sağlanmıştır⁴⁵. Bu kapsamda örneğin 10.8.1989 tarih, 89/14427 sayılı BKK ile Ege (İzmir-Gaziemir) Serbest Bölgesi'nin YİD modeline göre ESBAŞ-Ege Serbest Bölge Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi tarafından kurulup işletilmesine⁴⁶, 18.10.1989 tarih, 89/14633 sayılı BKK ile İzmir-Aliğa Termik Santrali Serbest Bölgesi'nin 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca görevlendirilecek bir anonim şirketi tarafından kurulmasına ve işletilmesine, 30.11.1990 tarih, 90/1214 sayılı BKK ile Adana-Yumurtalık Serbest Bölgesi'nin TAYSEB-Toros Adana Yumurtalık Serbest Bölgesi Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi tarafından YİD modeline göre kurulup işletilmesine ve 14.12.1995 tarih ve 95/7523 sayılı BKK ile Samsun Serbest Bölgesi'nin Sasbaş Samsun Serbest Bölgesi Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi tarafından YİD modeline göre 30 yıllık bir süre ile işletilmesine⁴⁷ izin verilmiştir.

2.8.3 Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun

Anayasa Mahkemesi'nin, enerji alanında YİD modeli çerçevesinde görevli şirketlerle Bakanlık arasında imzalanan sözleşmelerin “imtiyaz sözleşmesi” niteliğinde olduğu ve “özel hukuk sözleşmesi” olarak imzalanamayacağı yönünde kararlar vermesi ve bu konuda iki ayrı kanunda yapılan değişiklikleri aynı gerekçelerle iptal etmesi üzerine, bu alanda “özel hukuk sözleşmesi” niteliğinde sözleşme yapılabilmesi ve “tahkim” usulünün uygulanabilmesi için yeni bir model arayışına girilmiştir. Bu kapsamda Yap-İşlet (Yİ) modeli geliştirilmiş ve 16.7.1997 tarihinde kabul edilen Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında 4283 sayılı Kanun ile modelin yasal alt yapısı oluşturulmuştur⁴⁸. Böylece enerji alanında bağitlanan sözleşmelerin “özel hukuk sözleşmesi olmadığı” yönündeki yargı kararları nedeniyle, Bakanlık tarafından yapılan tüm işlemlerin, ticari şirket statüsünde olan TEAŞ tarafından yapılması öngörülmüş,

⁴⁵ RG.,15.6.1985T.,18785S. Serbest bölgeler, bir ülkenin coğrafi sınırları içinde bulunan ancak gümrük sınırları dışında sayılan özel gümrük rejimlerinin uygulandığı bölgelerdir. Bkz., Şeker 1994. Serbest bölgelerde faaliyet gösteren firmaların imtiyazlı şirketler olmadığı, dolayısıyla serbest bölgelerde YİD modeli kapsamında yapılacak sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi olmadığı gibi, bu firmaların gördükleri hizmetlerin de kamu hizmeti olmadığı hk. Bkz. Şeker 1994.

⁴⁶ <http://www.esbas.com.tr/biz-kimiz.aspx> (08.12.2010)

⁴⁷ <http://www.sasbas.com/sasbaspages.asp?cat=2> (08.12.2010)

⁴⁸ RG., 19.07.1997T., 23054S.

böylece ticarî şirketler arasında yapılması suretiyle bu sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının yolu açılmış olmaktadır.

2.8.4 Elektrik Piyasası Kanunu

Elektriğin yeterli, kaliteli, düşük maliyetli ve çevreye uyumlu bir şekilde tüketicilere sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme sağlanması amacı ile 20.2.2000 tarihinde 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu⁴⁹ kabul edilmiş ve Hazine Garantisi verilmiş projelerin rekabeti bozacağı düşünüldüğü için Kanun'un Geçici 8. maddesinde, 2002 yılı sonu itibariyle işletmeye geçemeyen projelere Hazine Garantisi verilmeyeceği ve mevcut garantilerin ise iptal edileceği hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca aynı maddenin 2. fıkrasında bu projeler haricinde 3996 sayılı Kanun uyarınca Hazine Garantisi verilmeyeceği de belirtilmiştir. Ancak Geçici 8. maddenin Hazine Garantilerinin bu şekilde sona erdirilmesini öngören 1. fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nce, garantilerin bu projelere ilişkin sözleşmelerin ayrılmaz birer parçası olduğu, garantinin sözleşmenin tarafı olmayan Hazine tarafından verilecek olmasının idarenin bütünlüğü ilkesi karşısında bir önemi bulunmadığı, proje sahibi şirketlerin garanti verileceğini bilerek bu yatırımları üstlendikleri ve bir kanun hükmü ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edilemeyeceği gerekçeleriyle iptal edilmiştir⁵⁰. Böylece Kanun yürürlüğe girdiği tarihte başlamış olan

⁴⁹ RG., 3.3.2001T., 24335 Mükerrer S.,

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 13.2.2002 tarih ve 2001/293E., 2002/28K. sayılı kararında, "Anayasa'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. maddesi, 'Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.' Kuralını getirmektedir. Buna göre taraflar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içerisinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır. Dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyumsuzlukların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır. Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar. Açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilecek olması sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi olup, Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır... Geçici 8. maddenin 1. fıkrasında öngörülen 3996 sayılı Yasa kapsamındaki Hazine Garantileri, daha önce kararlaştırılmış bulunan projelerde sözleşmenin ayrılmaz bir bölümüdür. İdarenin bütünlüğü nedeniyle, sözleşmenin bir tarafının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ya da başka bir kamu kuruluşu olması ve Hazine garantilerinin ise, Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan tarafından verilmesi bu durumu değiştirmez. Çünkü bu sözleşmelerin tarafı durumundaki yüklenici şirketler yatırım ve hizmetleri bunların Hazine Garantisi içinde yürütüleceğini bilerek üstlenmektedir" denilmiştir. (RG., 18.4.2002T., 24730S.)

projelere verilen garantiler geçerli olduğu gibi, sonradan verilecek garantilerin de geçerli olması sağlanmış olmaktadır (Pekgüçlü 2007)⁵¹.

2.8.5 Belediyeler Kanunu

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun Belediye Meclisi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 18. maddesinin (j) bendinde, "*Belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek*" denilmek suretiyle belediyeler tarafından da YİD modelinden yararlanılabileceği öngörülmüş olmaktadır. Keza YİD'in ülkemizdeki ilk uygulaması olan Atakule'nin yapımı ve işletilmesine dair YİD sözleşmesi de Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından gerçekleştirilmiş bulunmaktadır. Aynı şekilde İstanbul Büyükşehir Belediyesi de doğalgaz şebekesi kurulması ve işletilmesi, hızlı tramvay yapımı, turistik otel yapımı, sahil düzenleme, yalı ve köşkların restorasyonu, yat limanı yapımı, otoban inşaatı gibi birbirinden farklı alanlarda YİD modelinden yararlanmaktadır (Yerlikaya 2002, Leblebiciler 2005). Yine aynı belediye, İstanbul Dünya Ticaret Merkezi'ni YİD modeliyle yaptırmıştır (Yerlikaya 2002, Leblebiciler 2005). İzmit Büyükşehir Belediyesi de İzmit kentine kullanma, içme ve endüstri suyu temini projesini YİD modeli ile gerçekleştirmiştir. Bu proje ülkemizin ilk özel su üretme ve dağıtım projesi olup, GAMA İnşaat Anonim Şirketi, GAMA Endüstri Tesisleri ve İmalat ve Montaj Anonim Şirketi, GÜRİŞ İnşaat ve Mühendislik Anonim Şirketi, Thames Water PLC ve GAMA Pazarlama Anonim Şirketlerinden oluşan konsorsiyum İSAŞ adı altında bir şirket kurmuştur. Şirketin kurulmasını takiben İzmit Büyükşehir Belediyesi ile İSAŞ arasında 24.08.1995 tarihinde Uygulama ve Su Satış Anlaşması imzalanmıştır. İzmit Büyükşehir Belediyesi, İSAŞ'a % 15 ortaklık payına karşılık gelen 19,5 milyon ABD Doları için yurt dışından kredi almış ve kullanacağı dış kredilere ilişkin anlaşmaları 13-14.02.1996 tarihlerinde imzalamıştır. Devlet Bakanlığı'nın 15.12.1995 tarih ve 95/1755 sayılı onayı ile söz konusu kredilerin 1995 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 38'inci maddesi uyarınca Hazine tarafından garanti edilmesine izin verilmiştir. Proje

⁵¹ Ayrıca 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve bu Kanun uyarınca kabul edilen Hazine Garantileri Kapsamında Yapılacak Ödemelerin Üstlenilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te de Hazine garantileri ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

24.02.1995 tarihinde Yüksek Planlama Kurulu kararıyla 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır (Yerlikaya 2002, Leblebiciler 2005).

2.9 YİD Modelinin Tanımı

2.9.1 Öğretide verilen YİD tanımları

Duran (1991), YİD'in idareye ait bir proje veya yatırımın, idareden hiçbir avans veya ücret talep edilmeksizin yapılması ve tesisin uygulama sözleşmesi çerçevesinde işletilmesi suretiyle elde edilecek kazançtan yatırım maliyeti ve karın karşılanmasına ve işletme süresi sonunda da tesisin idareye devredilmesine, bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulması, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kar gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devrine imkan veren bir rejim olduğunu ifade etmiştir (Duran 1991).

Günday (2002), YİD'i pek çoğu ya merkezi ya da yerel yönetimler tarafından üstlenilmiş birer kamu hizmeti niteliği taşıyan altyapı tesislerinin, özel sektör tarafından masrafları karşılanmak suretiyle kurulmasını, yatırılan sermayenin amortismanı ve belli bir kar sağlaması amacıyla belli bir süre işletilmesini ve daha sonra da bedelsiz olarak idareye devir ve teslimini öngören bir yöntem olarak tanımlamıştır (İnan 1998, Günday 2002).

Polatkan (1997) ise, YİD'in bir kamu hizmetinin gerek kurulmasının ve gerek görülmesinin bir idari sözleşme çerçevesinde belirli bir süre için devletin sahip olduğu bir potansiyel rant hakkının yatırım karşılığında bir özel hukuk sermaye şirketine verilmesini sağlayan bir finansman modeli olduğunu belirtmiştir. Benzer bir tanımda ise, YİD modelinin yasal olarak sahip olunan bir rant hakkının, bir sözleşme çerçevesinde, belirli bir süre için yeni bir yatırımın yapılması karşılığında yatırımı yapmayı üstlenen tarafa devredilmesi ve tesis için yapılacak yatırımın, bir kar oranı ile birlikte yatırımcı tarafından tesisin belirli bir süre işletilmesi ile geri alınması ilkesi olduğu belirtilmiştir (Erdoğan 1997, Akış 1998).

Güneş'e (2002) göre ise, "yap-işlet-devret modeli bir kamu hizmetinin kamu kurum 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 modelidir".

İmre (2001), yap-işlet-devret modelini geniş anlamda bir kamu alt yapı yatırım ve hizmetinin finansmanı özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve kamu tarafından belirlenen bir süre için işletilmesi ve yine bu süre içinde ürettiği mal veya hizmeti, tarafların karşılıklı saptadıkları tarife uyarınca kamu kuruluşlarına satması ve sürenin sonunda işletmekte olduğu tesisleri bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda ilgili kamu kuruluşuna devretmesi olarak tanımlamıştır.

Kaplan (1998), "idareye ait proje ve yatırımı üstlenen görevli şirketin, idareden önceden herhangi bir avans veya sonradan bir ücret talep etmeksizin kendi kredisi ile proje ve şartname ve sözleşmesine uygun olarak görev konusu tesis, otoyol, köprü, tünel, liman ve havalimanı vb. yatırımını yapması, işin bitiminde de işletmeye açılan yatırım için idarece görevli müteahhit şirkete herhangi bir ücret ödmeden, görevli müteahhit (elde edilecek kar dahil) ücretini, idare ile yaptığı uygulama sözleşmesinde öngörülen süre içerisinde ve esaslar dahilinde, idareden aldığı yetkiyle görev konusu tesisi işleterek, hizmet veya tesisten yararlananlardan tahsil edeceği yararlanma veya geçiş ücretinden karşılaması, işletme süresi sonunda ise, tesisi idareye devretmesi" olarak tanımlamıştır.

Diğer bir tanımda ise, "Büyük bayındırlık ve altyapı işlerinin büyük kısmının yerli ve/veya yabancı özel sektör katılımı ile oluşturulan ortak girişim şirketleri tarafından yapılmasını, belirli bir süre karı ve zararı kendisine ait olmak üzere işletilmesini ve süre sonunda tüm yatırım ve tesislerin bedelsiz ve her tür borçtan arı olarak bir kül halinde kamuya devredilmesini sağlayan bir model" olduğu belirtilmiştir (Derdiyok 1993, Karaca 1995, Yerlikaya 2002).

Dünya Bankası'nın bir yayınında modelin özellikleri sayılarak, “tipik bir yap-işlet-devret alt yapı projesinde özel bir şirket projeyi yapar, yatırım bedelini geri almaya yetecek kadar bir dönem için işletir ve Devlete devreder” şeklinde bir tanım yapılmıştır (Augenblick ve Custer, 1990). Dünya Bankası'nın diğer bir yayınında da “özel bir şirket veya konsorsiyum bir tesisi finanse eder, inşa eder ve önceden belirlenmiş bir süre boyunca işletir ve daha sonra tesisi kamu kurumuna devreder” denilmek suretiyle modelin aşamaları özetlenerek bir tanım yapılmış bulunmaktadır (Kessides 1995).

Yılmaz (1999) ve Keskin (2006) ise, yap-işlet-devret modelini kamunun görev alanına giren bir yatırım veya hizmetin, yatırım ve işletme döneminde yapılacak masrafları yüklenen ve karşılığında yatırım sonucu ortaya çıkacak tesisi, önceden belirlenen bir süre ve tarife üzerinden işletme hakkına sahip olan bir şirket eliyle gerçekleştirilmesi olarak tanımlamıştır (Yılmaz 1999, Keskin 2006).

Görüldüğü üzere, doktrinde YİD modeli kamu yatırımları esas alınarak tanımlanmış olup, özel yatırımların finansman ihtiyacının da YİD modeliyle karşılanabileceği yadsınmıştır. Bu durum modelin ülkemizdeki gelişiminin kamu yatırımları yönünde olduğunu göstermektedir. Oysa ki devletler ve yerel yönetimler yanında özel kişilerin de finansman ihtiyacını, YİD modeli ile karşılaması imkanı bulunmaktadır. Bu bağlamda Pekgüçlü (2007), ticari mahiyet gösteren projelerin de model kapsamında finanse edilebileceğini nazara alarak, YİD'i, yatırım unsurlarından birinin özellikle yatırım arazisinin yatırım sahibi tarafından temin edildiği, yatırımcının da finansmanı karşılamak suretiyle yatırım konusunu inşa ederek, kendisine tanınan işletme süresi içinde işletme gelirine sahip olduğu, sözleşme süresi sonunda ise, yatırım konusunu bir işletme olarak yatırım sahibine devrettiği, finansman temini amacına yönelik sui generis bir sözleşme olarak tanımlamıştır (Pekgüçlü 2007). Bize göre ise YİD esasen bir sözleşme değil, kaynak ihtiyacı olan veya kendi öz kaynağını kullanmayı arzu etmeyen yatırım sahibinin sahip olduğu projenin, yatırımcı tarafından finansmanı ve inşası ve belli bir süre kendi nam ve hesabına işletilmesi suretiyle gerçekleşen bir finansman modelidir.

2.9.2 Mevzuatta yapılan YİD tanımları

Ülkemizde YİD modeli, 08.06.1994 tarihinde kabul edilen 3996 Sayılı Kanun'un 3.a maddesi ile ilk kez tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre YİD modeli, "ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesidir". Bu Kanun'un uygulama esas ve usullerini düzenleyen 94/5907 sayılı BKK'nda da aynı tanıma yer verilmiştir.

3. YİD MODELİNİN ANALİZİ

Ekonomik gereksinimler sonucu büyük yatırım ve ileri teknoloji gerektiren yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacı ile ortaya çıkan YİD esas itibariyle bir finansman modelidir. Öte yandan, modelin uygulanması sürecinde bir dizi sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bizce bu durum YİD'in bir finansman modeli olduğu gerçeğini değiştirmemekle birlikte, modelin uygulanmasında sözleşme yapılması ihtiyacı da yok sayılamaz. Bu nedenle de tez çalışmamızın bu bölümünde öncelikle proje finansmanı genel olarak açıklanmaya çalışılmış ve ardından bir proje finansman modeli olarak YİD'in tarafları ve işleyişi ile YİD'in uygulanmasında sözleşme yapılması konusu üzerinde durulmuş ve son olarak da modelin yarar ve sakıncalarına değinilmiştir.

3.1 Genel Olarak Proje Finansmanı

Proje finansmanı bir projenin yeni baştan inşa edilerek yapılması veya mevcut bir projenin geliştirilmesi için gerekli, yeterli ve uygun koşullarda kaynak sağlanması olarak tanımlanmaktadır⁵². Proje finansmanı bir projeyi hayata geçirmek isteyen ancak kaynak sıkıntısı olan ve yahut kendi öz kaynaklarını kullanmayı tercih etmeyen yatırımcıya, gerçekleştirmek istediği projeyi kural olarak şahsi sorumluluk altına girmeksizin kaynak yaratma sorumluluğu yatırımcıya ait olmak üzere gerçekleştirebilme imkanı tanımaktadır (Canaz ve Yılmaz 2011a). Bu sebeple proje finansman modelleri daha çok kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kullanılmakta olup, yatırım konusu işletmenin özel sektördeki bir şirket tarafından inşa edilmesi, uzun bir süre işletilmesi ve sonrasında kamuya devri esasına dayanmaktadır (Leblebiciler 2005, Pekgüçlü 2007, Çal 2008). Bu şekilde gerçekleştirilen projelere örnek olarak; elektrik santralleri, boru hatları, ulaştırma sistemleri ve endüstriyel tesisler sayılabilir. Bununla birlikte, proje finansmanının uygulanması tek tip olmamaktadır. Taraflar arasında yatırımın gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve devri aşamaları değişik biçimlerde düzenlenebilmektedir. Örnek olarak tez konumuz olan Yap-İşlet-Devret ve YİD'in değişik şekillerde organize edilmesiyle ortaya çıkan Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret, Yap-

⁵² http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/UBAK/tr/Ana_Plan_Stratejisi/3-Rapor/20100518_170958_204_1_64.pdf (01.04.2011), <http://finans.ekibi.net/forum/proje-finansmani-project-finance-nurgul-chambers-t-6061.html> (01.04.2011), Yılmaz ve Canaz 2011b, <http://www.fazliogluhukuk.com/makale> (01.04.2011).

Sahip Ol-İşlet, Yap-Kirala-Devret, Yap-Devret-İşlet, İyileştir-İşlet-Sahip Ol, Yap-İşlet-Sahip Ol-Finanse Et, Tasarla-Yap-Finanse Et-Devret, Tasarla-Yap-İşlet, Devret-İşlet-Devret gibi modeller sayılabilir (Yerlikaya 2002, Canaz ve Yılmaz 2011a).

Proje finansmanı, oldukça karmaşık ve masraflı bir süreçtir. Bu süreçte fayda-maliyet⁵³, karlılık⁵⁴ ve risk analizleri yapılarak projenin iyi analiz edilmesi ve tüm risk ve maliyetlerinin ortaya konulması son derece önem taşımaktadır⁵⁵. Zira gerek yapım aşamasında, gerekse işletme sürecinde çeşitli riskler doğmakta ve risk maliyeti ile yatırımın maliyeti doğru orantılı olduğundan, risklerin dağılımı ve etkileri, tarafların proje seçiminde belirleyici olmaktadır.

Fizibilite çalışması yapılarak projenin sermaye maliyeti, işletme sermayesi, öz sermaye kaynakları ve borçlanma kaynakları ile modelin uygulanması sürecinde gerek kamu kesimi ve gerekse tedarikçiler ile yapılması gereken anlaşmalar ve maliyetlerinin yaklaşık olarak tespit olunması ve projenin teknik, finansal, hukuki ve hatta çevresel açıdan yapılabilirliğinin ortaya konulması gerekmektedir⁵⁶. Fizibilite çalışması neticesinde gerçekleştirilmek istenen projenin bağımsız olarak borcunu ödeyip, yatırımcısına makul bir temettü sağlayacağı görülmekte ise, projenin kendi kendini finanse ettiği, diğer bir ifadeyle “yapılabilir” olduğu sonucuna varılmaktadır⁵⁷. Belirtmek gerekir ki yatırımın büyüklüğü dolayısıyla projenin kendisi tek başına teminat teşkil ettiğinden, enerji projelerinde bu şartların sağlanması daha kolay olmaktadır.

⁵³ Fayda-maliyet analizi, kamu kesimi ve özel kesim yatırım kararlarının alınmasında kullanılan ve yapılacak yatırımdan doğacak fayda ve maliyetlerin karşılaştırılmasına olanak sağlayan bir analiz yöntemidir. Bu yöntemle, gerçekleştirilmesi düşünülen herhangi bir yatırımın olası fayda ve maliyetlerinin bugünkü değeri tespit edilmeye çalışılmakta, yatırımın gerçekleştirilmesi için hazırlanmış çeşitli projeler karşılaştırılarak en fazla fayda sağlayan proje seçilmektedir.

⁵⁴ Bu süreçte projenin iç karlılığı önem kazanmaktadır. Bir yatırımın iç karlılık oranı, nakit akışlarının şimdiki değerini yatırım bedeline eşitleyen kar oranı (faiz oranı) olarak tanımlanabilir. Dünya Bankası ve diğer uluslararası finans kuruluşları da tüm ekonomik ve mali değerlendirmelerde diğer yöntemler yanında bu yöntemi mutlaka kullanmaktadır. Bu yöntemin en büyük avantajı, bir sermaye yatırımının karlılığını yüzde olarak ifade etmesidir. Böylelikle yatırımın ne oranda karlı olup olmadığı kolayca anlaşılabilir. Bir yatırımın iç kar oranı işletmenin sermaye giderinden daha büyük olduğunda yatırım kabul edilir. Aynı amaca yönelik projeler arasında bir seçim yapılması gereken hallerde ise, iç karlılık oranı en yüksek olan proje seçilir. Bkz. Işık 2005.

⁵⁵ Fizibilite çalışmasının amacı, bir projeye yatırım yapılmadan önce ihtiyaç duyulan teknik, ekonomik ve hukuki bilgileri sağlamaktır. Fizibilite çalışması neticesinde fizibilite raporu sunulur. Bu rapor, önerilen projenin alternatif yatırımlar arasından seçilmesiyle ilgili tüm kritik bileşenleri sunmalı, doğru ve açık bir anlatımla yazılarak gereçlendirmelidir. Bkz. Işık 2005.

⁵⁶ http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/UBAK/tr/Ana_Plan_Stratejisi/3-Rapor/20100518_170958_204_1_64.pdf

(01.04.2011), <http://finans.ekibi.net/forum/proje-finansmani-project-finance-nurgul-chambers-t-6061.html> (01.04.2011),

⁵⁷ http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/UBAK/tr/Ana_Plan_Stratejisi/3-Rapor/20100518_170958_204_1_64.pdf

(01.04.2011), <http://finans.ekibi.net/forum/proje-finansmani-project-finance-nurgul-chambers-t-6061.html> (01.04.2011),

Gerçekleştirilmek istenen projenin yapılabilir olduğu görülmekte ise, bu kez de projenin en uygun koşullarla finanse edilebilmesi için en uygun finansman modelinin seçilmesi gündeme gelmektedir. Bu amaçla da yine fizibilite raporundaki veriler esas alınarak, faiz oranı en düşük, kredi geri ödemeleri proje nakit akışlarına paralel ve kredi vadesi projenin ekonomik ömrü ile uyumlu, kullanılacak öz kaynakları yatırım riskini karşılayabilecek düzeyde ve ortalama sermaye maliyetini minimuma çekecek bir borç-öz kaynak dengesi kuran finansman modeli seçilerek projenin en kısa sürede faaliyete geçirilmesi için en uygun teknoloji aranmaktadır⁵⁸. Ne var ki ciddi uzmanlık gerektiren bu işlemler dolayısıyla uzman danışmanlık firmalarından destek alınması gerekmekte ve bu da maliyetlere yansdığı gibi, süreci de uzatmaktadır.

3.2 Proje Finansman Modeli Olarak YİD

YİD modeli yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi, dolayısıyla yatırımın kendi kendini finanse etmesi esasına dayanan bir proje finansman modelidir. 3996 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de YİD bir finansman modeli olarak tanımlanmış olup, kendi öz kaynaklarını veya kredi kurumlarından temin ettiği dış kaynakları kullanmak suretiyle yatırımı finanse eden yatırımcıya model kapsamında işletme süresince tahsilat yetkisi tanınmakta ve böylelikle yatırımcı doğrudan tesisin gelirlerini edinme ve yatırımını geri alma imkanına kavuşmaktadır (Yılmaz 1999). Bu sebeple de kredi kurumları doğrudan proje gelirleriyle ilgilenmekte ve ancak kendi kendini finanse edebilecek olduğunu gördükleri projelere kredi vermektedirler. Ne var ki proje sürecinde beklenen nakit akışının sağlanmasında projenin mahiyetine, gerçekleştirileceği ülke ve zamana bağlı olarak değişen bir takım riskler ortaya çıkmakta ve her zaman beklenen nakit akışına ulaşılması mümkün olmamaktadır. YİD projelerinde karşılaşılan riskleri genel olarak aşağıdaki başlıklar halinde toplamak mümkündür (Yılmaz 1999, Sevil 1999, Pekgüçlü 2007);

- Tamamlama riski: Projenin önceden belirlenen tarihte ve öngörülen maliyetle tamamlanamaması riskidir. Bu risk esas olarak yatırım şirketindedir. İşletme

⁵⁸ http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/UBAK/tr/Ana_Plan_Stratejisi/3-Rapor/20100518_170958_204_1_64.pdf (01.04.2011), <http://finans.ekibi.net/forum/proje-finansmani-project-finance-nurgul-chambers-t-6061.html> (01.04.2011),

riski, maliyet artışı, yer tesliminin zamanında yapılmaması, işte tespit edilen eksiklikler nedeniyle geçici veya kesin kabullerin zamanında yapılamaması, iş kazası meydana gelmesi, işin askıya alınması- durdurulması gibi haller bu gruba örnek olarak sayılabilir.

- İşletme riski: Proje konusu işletmenin işletilmesi sürecinde ortaya çıkabilecek ve yatırım şirketi üzerinde olan risklerdir. İşletmenin beklenen performansta işletilememesi veya beklenen satış rakamlarının veya üretim kalitesinin yakalanamaması, işletme maliyetlerinin yükselmesi, teknik problemler, önlenemeyen olaylar nedeniyle işletmenin durdurulması, işletme için zorunlu yasal izinlerin alınamaması veya sonradan iptali gibi riskleri kapsamaktadır.
- Finansman riski: Genel olarak fiyatların dalgalanması veya değişmesi karşısında işletmelerin aktif ya da pasiflerinin değişmesi riskidir (Sevil 1999). Öngörülmeven maliyetler, döviz kur riski, döviz temininde sıkıntı, faiz oranı değişimleri ve ülkenin enflasyon durumu bu risk grubuna dâhil olmaktadır. Bu risk de esas olarak yatırım şirketi üzerinde ise de kamu yatırımlarında devlet tarafından birtakım ek taahhütler veya hazine garantileri verildiği görülmektedir.
- Politik risk: Bu kapsamda, savaş, ihtilal, lisans ve izinlerin alınamaması veya iptalleri, ihraç ve ithal kısıtlamaları, mevzuat değişiklikleri, yeni vergi ihdası, toplumsal olaylar gibi riskler sayılabilmektedir. Bu kapsamdaki riskler genel olarak devletin kontrolünde olduğundan, yatırımcı şirket bu riskleri üstlenmek istememekte ve devletten bir takım garantiler talep etmektedir (Sevil 1999, Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007).
- Sigorta riski: Proje finansmanı pek çok risk barındırmakta ve bu süreçte büyük zararlar doğabilmekte ve taraflardan birinin tek başına bu zararlara katlanmasının beklenmesi adil ve gerçekçi olmamaktadır. Bu nedenle bir projeye girişilmeden önce projenin her aşamasına ait tüm risklerinin belirlenmesi ve bu risklerin sigorta edilmesi önem kazanmaktadır. Bu bağlamda tesis ve ekipmanlar ile cana gelebilecek zararlar için kaza sigortası, all risk

sigorta, üçüncü şahıs mali mesuliyet sigortası, iş güvenliği sigortası gibi çeşitli sigortalar yapılabilmekte ise de her riskin sigorta edilmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Nitekim bazı riskler ya mücbir sebep halleri gibi mahiyeti gereği sigorta edilememekte ya da riskin büyüklüğü nedeniyle sigorta edilmesi halinde sigorta maliyeti çok yüksek olacağından sigorta edilmemektedir. İşte işletmenin maliyetler veya riskin mahiyeti sebebiyle sigorta edilemeyen hasar ve zararları bu gruba girmektedir.

- Hukuki risk: Mevzuat değişikliği, kamulaştırma, idari izinlerin hiç veya zamanında verilmemesi, uygulanacak hukuk, tahkim kaydı gibi hususlar bu gruba dahil edilmektedir.
- Çevresel risk: Yatırımın çevre üzerindeki etkileri ve yatırıma yönelik tepkiler, çevre mevzuatı kapsamında alınması gereken izinler ve ilgili yaptırımlar bu grup riski oluşturmaktadır. Bu noktada bizce bir projenin toplum tarafından kabul görmemesinin de bu kapsamda bir risk olarak değerlendirilebileceği düşünülmektedir. Zira toplum tarafından kabul görmeyen bir proje tepki görebileceği gibi, kamu yararına uygunluğu da tartışma konusu yapılabilmektedir. Örneğin ülkemizde yapımı devam eden pek çok hidroelektrik santral (HES) projesi sivil toplum örgütleri tarafından kamu yararına uygun olmadığı gerekçesiyle dava konusu yapılmakta ve yürütme durdurma kararları verilmekte ve hatta projeler iptal edilmektedir⁵⁹.

Görülmektedir ki YİD projelerinin doğasında risk ve belirsizlik bulunmakta, bu durum da YİD modeli ile gerçekleştirilecek projeler bakımından planlı ve kontrollü risk analizleri yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Gerçekten YİD modeli aracılığıyla gerçekleştirilecek projelerde verilen yatırımın uzun bir süreyi kapsamaması, yapılacak yatırımın niteliği ve tutarı, birçok kuruluşun proje sürecine taraf olması, üretilecek mal

59

<http://www.cnnturk.com/2011/turkiye/03/26/artvin.camilide.hese.yurutmeyi.durdurma/611200.0/index.html> (13.03.2011), <http://www.bernababaoglu.av.tr/?p=21>, <http://www.enerjidergisi.com/n-396-trabzonda-hese-yurutmeyi-durdurma.aspx> (13.03.2011), <http://www.cnnturk.com/2011/turkiye/02/11/rizede.iki.hes.projesine.yurutmeyi.durdurma/606511.0/index.html> (13.03.2011), <http://www.haber53.com/48727-Camili-deki-HES-projesine-yurutmeyi-durdurma.html> (13.03.2011), <http://cevhukuku.net/index.php/haber/660-macahelde-bir-yd-daha>, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14422371.asp> (13.03.2011).

veya hizmetin satış fiyatının belirlenmesi ile istenilen gelirin elde edilmesindeki belirsizlik ve yatırımın yapılacağı ülkenin siyasi ve ekonomik koşulları gibi faktörler bu projelerde karşılaşılan riskleri ve bu risklerin yönetilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmakta, tarafların katlandıkları risk ve bu risklerin maliyetinin net bir şekilde belirlenmesi önem taşımaktadır⁶⁰.

Bununla birlikte, YİD modelini diğer finansman modellerinden ayıran ve bizce modeli üstün kılan yönü, yatırım sahibinin proje için finansman temini ihtiyacını karşılarken, geri ödeme borcu altına girmemesidir (Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007). YİD modelinde klasik yöntemlerden farklı olarak yatırım sahibince bir kredi veya finans kurumundan kredi temin edilmesi söz konusu olmayıp, yatırımcının taahhüdü altında finansman temin edilmektedir. Bu nedenle de diğer finansman modellerinde geri ödeme borcu olması nedeniyle finansman temin eden tarafın kredi kurumları nezdindeki kredibilitesi önemli iken, YİD modelinde projenin kredibilitesi öne çıkmaktadır. Bununla birlikte yatırımın yapılacağı devletin ekonomik ve siyasi istikrarlılığı, ülkede rekabetçi bir ortam bulunması, yasal düzenlemelerin yapılmış olması, vergisel kolaylıklar sağlanmış olması ve yabancı yatırımcılar bakımından uluslararası tahkim yolunun açık olması gibi hususlar kredi temini bakımından önem kazanmaktadır (Sevil 1999, Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007).

YİD modelinde gerek inşa ve gerekse işletme dönemindeki finansman yükü tamamen model kapsamında gerçekleştirilecek yatırım ve hizmete talip olan yatırımcıya aittir⁶¹. Yatırımcı gereken finansmanı kendi öz kaynaklarından karşılayabileceği gibi, kredi de kullanabilmektedir. Ancak genellikle yatırımın büyüklüğü nedeniyle, özellikle de az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde kredi kullanılması zorunlu olmaktadır⁶². Bu projeleri üstlenen girişimciler genellikle yüksek oranlarda finansal kaldıraç⁶³ kullanarak projeleri finanse etme eğiliminde olmaktadırlar. Proje finansmanlarında %80 borç -

⁶⁰ Bu süreç "risk paylaşımı" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007.

⁶¹ 3996 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde de "Yatırım veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden sermaye şirketi veya yabancı şirketinin sorumlu olduğu" belirtilmiştir.

⁶² Öz sermaye oranı genellikle yüzde 10-30 arası bir düzeyde kalmaktadır. Ana kredi kuruluşu kendi kredisini destekleyecek nitelikte bir öz sermaye oranı veya köprü kredi tercih etmektedir. Bkz. Yılmaz 1999.

⁶³ Finansal kaldıraç, yatırımda kullanılan borcun oranını belirtmek için kullanılır.

%20 özsermaye karışımı kullanılması oldukça yaygındır⁶⁴. Bu noktada ise, yatırım konusu işletmenin karlılığı önem kazanmaktadır. Zira YİD modelinde yatırım için kullanılan kredinin geri ödemesinden kural olarak yatırımcı tek başına sorumludur (Yılmaz 1999, Yerlikaya 2002). Yatırımcı işletme gelirinden kendi öz sermayesini çıkartmak ve kar elde etmek suretiyle kredi borcunu ödemek niyetiyle hareket etmektedir (Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007). Dolayısıyla da işletmenin zarar etmesi halinde, yatırımcının kredi borcunu ödeyememesi ihtimali doğmaktadır. Bu nedenle projenin karlılığı, kredi temin edecek kredi kurumlarınca öncelikle dikkate alınmakta ve kredinin teminatı olarak yatırımcı lehine yatırım arazisi üzerinde kurulan üst hakkının rehni veya sigorta, hazine garantisi gibi diğer sözleşmelerden doğan alacak haklarının rehin veya temlik edilmesi gibi ek teminatlar talep edilmektedir (Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007). Ayrıca üretilen hizmetin alıcısının devlet olması durumunda, devlet tarafından satın alma ya da ödeme garantisi verilebileceği gibi, otoyol projelerinde olduğu gibi hizmeti satın alanların üçüncü kişi olduğu hallerde belli bir müşteri sayısı da garanti edilebilmektedir (Leblebiciler 2005).

YİD modeli kapsamında kamu yatırımlarında üç tip kredi kullanılmaktadır:

- Ana Kredi (Senior Loan): Görevli şirketçe finansman kuruluşlarınca sağlanan ve hazine garantisi verilmesi söz konusu olmayan kredidir. Bu kredilerin anapara geri ödemesiyle faiz ve masraflarından şirket sorumludur⁶⁵.
- Köprü Kredi (Subordinated Loan): Uygulama sözleşmesi çerçevesinde belirtilen koşullarda gerektiğinde görevli şirket hatası dışındaki nedenlerle ortaya çıkan projenin beklenmeyen finansman ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, idare adına fonlar ve diğer uluslararası finans kuruluşlarınca sağlanan kısmen veya tamamen hazine garantili kısa veya orta vadeli ikincil kredidir. Köprü krediler, ilgili idarenin zararlarının karşılanması, zorlayıcı nedenlerle ortaya çıkan zararların

⁶⁴ Nitekim 94/5907 sayılı BKK'nın 6. maddesinde, Şirketlerin bu Karar kapsamında gerçekleştireceği yatırım ve hizmetler için getireceği, özkaynak oranının önerilen toplam sabit yatırım tutarının yüzde yemisinden az olamayacağı belirtilmiştir.

⁶⁵ 94/5907 sayılı BKK'nın 3.k maddesinde, "kanunda öngörülen ve münhasıran yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacıyla görevli şirketçe finansman kuruluşlarından sağlanan ve Hazine garantisi haiz olmayan kredi" olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte, BKK'nın 39. maddesinde, "finansör kuruluşlara sağlanan ana krediler için tesisin ve görevli şirket hisselerinin uygulama sözleşmesi ve diğer sözleşmelerdeki koşullara uygun olarak süresinden önce idarece devir alınması halinde geri ödeme garantisi vermeye Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan yetkilidir" denilmekle ana krediler bakımından sözleşmenin süresinden önce sona ermesi hali ile sınırlı olmak üzere Hazine Garantisi verilebileceği kabul edilmiş olmaktadır. Ayrıca aynı maddede, "yeni finans kuruluşlarınca sağlanan ana kredilere hiçbir şekilde garanti verilmeyeceği" belirtilmekle Hazine korunmak istenmiştir.

karşılanması ve yahut sözleşmede iki tarafın anlaşması ile yapılacak değişiklikler nedeniyle artan finansman gereksiniminin karşılanması gerektiği hallerde kullanılmaktadır⁶⁶.

- Destek Kredi (Stand-by Loan): Şirket hatası nedeniyle ortaya çıkan nakit sıkıntısının finansmanını karşılamaya yönelik olarak görevli şirketçe sağlanan ve hazine garantisi içermeyen tali kredidir⁶⁷.

3.3 YİD Modelinin Tarafları

3.3.1 Yatırım sahibi

YİD modelinde yatırım sahibi yatırım maliyetini karşılayacak yeterli kaynağı bulunmayan veya kendi kaynaklarını yatırım sermayesi olarak kullanmayı arzu etmeyen taraftır. Kamu yatırımlarında bir devlet veya bir kamu kurumu ve yahut da mahalli idareler, özel yatırımlarda ise, bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi yatırım sahibi tarafını teşkil edebilmektedir (Yılmaz 1999, Pekküçlü 2007).

Yatırım sahibi YİD modeli ile gerçekleştirilecek proje için finansman ihtiyacını karşılarken, finansman temini esas olarak tek başına yatırımcının sorumluluğunda olduğundan, herhangi bir ücret ödeme borcu altına da girmemektedir (Yılmaz 1999, Pekküçlü 2007). Kuşkusuz aksi yönde bir anlaşma yapılarak, yatırımcıya belli bir ücret ödeneceği kararlaştırılabilir ise de böyle bir kabulün YİD modeli mantığına uygun düşmeyeceğini düşünmekteyiz. Zira yatırım sahibinin modele başvurmakta amacı finansman temini külfetinden kurtulmak olup, ücret ödeme taahhüdü altına girmesi bu amaç ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, projenin riskleri nedeniyle kredi kurumları yatırımcının vereceği teminatların yanında, bilhassa kamu yatırımlarında, yatırım sahibinin de katılımını beklemektedir (Yılmaz 1999, Leblebiciler 2005). Gerçekten kamu yatırımlarında, özellikle gelişmekte olan ülkelerde devlet desteği

⁶⁶ 94/5907 sayılı BKK'nın 40. maddesinde köprü krediler düzenlenmiş olup, verilecek kredinin görevli şirketin öz kaynakları ile sınırlı olacağı ve ancak istisnai durumlarda bu sınırın aşılabileceği kabul edilmiştir. Aynı maddede, hiçbir şekilde, görevli şirketin hatasından kaynaklanan zararlar ile vergi ve stopajların köprü kredi ile finanse edilemeyeceği belirtilmiştir.

⁶⁷ 94/5907 sayılı BKK'nın 3.m maddesinde, "uygulama sözleşmesi çerçevesinde belirtilen koşullarda, görevli şirket hatası nedeniyle ortaya çıkan nakit sıkıntısının finansmanını karşılamaya yönelik olarak, görevli şirketçe temin edilen ve Hazine garantisini haiz olmayan tali kredi" olarak tanımlanmıştır.

olmaksızın gerçekleştirilen büyük bir proje bulunmamaktadır. 3996 sayılı Kanun'un Garantiler başlıklı 11. maddesi de kamu yatırımlarında devlet tarafından sağlanan bir takım garantilerin, modelin uygulanmasında 'olmazsa olmaz' olduğunu göstermektedir. Anılan madde hükmüne göre, *“yap-işlet-devret modeli çerçevesindeki yatırım projeleri için idare adına sermaye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca, bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilememesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, sözleşme hükümleri gereği mali yükümlülük altına giren kamu kurum ve kuruluşları ile fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde, proje ile ilgili anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde köprü krediler sağlanmasına veya sağlanacak bu krediler için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin ve/veya şirket hisselerinin söz konusu projelere ilişkin anlaşmalardaki koşullara uygun olarak satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenerek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye ve garanti koşullarını belirlemeye Hazine Müsteşarlığının görüşü ve bağlı olduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir”*.

Devlet desteği YİD modelinin özünde var olan yüksek maliyetleri azaltması bakımından önem taşımaktadır (Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007). Şöyle ki; kredi kurumuna sağlanan alım taahhüdü⁶⁸, müşteri (talep) garantisi⁶⁹, ödeme garantisi⁷⁰, hammadde garantisi⁷¹ gibi hazine garantileri ve muafiyetler⁷² ile riskin azaltılması ve dolayısıyla da faiz oranlarının yükselmesi önlenmekte ve uygulanacak faiz oranının yatırımcı şirkete verilecek faiz oranına itibarla çok daha düşük olması sağlanmaktadır (Pekgüçlü 2007).

⁶⁸ Belli bir miktar üretim için alım taahhüdü veya sunulacak hizmet için belli bir miktar talebin sağlanmasının garanti edilmesi suretiyle üretilecek mal veya hizmet için yeter miktarda alıcı bulunamaması riski bertaraf edilmektedir. Bkz. Sezer 2000.

⁶⁹ Örneğin otoyol projelerinde, belli bir sayıda aracın geçişi taahhüt edilebilmektedir. Bkz. Leblebiciler 2005.

⁷⁰ Tarafların anlaşması ile tesiste üretilecek mal veya hizmetin satışının belli bir miktarın altında kalması halinde satış bedelinin yatırımcıya ödenmesi hususunda yatırım sahibi veya bir üçüncü kişi ödeme garantisi verebilmektedir. Bkz. Pekgüçlü 2007.

⁷¹ Kamu yatırımlarında, işletme maliyeti üzerindeki doğrudan etkisi nazara alınarak özellikle yakıt gibi temel girdilerin fiyatının artması, girdinin kıtlığı riskine karşı üretimde kullanılacak girdilerin temini için ilgili sağlayıcılarla satış sözleşmeleri yapılmakta ve bu sözleşmelerde işletme dönemi boyunca tesisin ihtiyacı olacak girdinin revize edilerek belirli bir fiyattan temini amaçlanmaktadır. Bkz. Pekgüçlü 2007. Böylece hem girdinin sürekliliği sağlanmakta hem de maliyet kontrolü yapılmaktadır.

⁷² 94/5907 sayılı BKK. m. 41 uyarınca Kanuna göre yap-işlet-devret modeli çerçevesinde gerçekleştirilen yatırımlarla ilgili olarak, idare ve görevli şirketçe ilgili Kanun ve bu Karar kapsamında yapılan işlemler 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı Kanun uyarınca alınan harçlardan; bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenen kağıtlar ise 01.07.1964 tarihli ve 488 sayılı Kanuna göre alınan damga vergisinden istisna edilir.

Ayrıca kamu yatırımlarında yatırımcının kusuru dışında sonradan ortaya çıkan nedenlerle oluşan maliyet artışlarının karşılanması için devlet kendi kaynaklarından veya doğrudan borçlanma suretiyle köprü kredi⁷³ ile ek finansman temin edebilmektedir (Çal 2008). Kuşkusuz özel yatırımlarda da yatırım sahibinin bir takım garanti ve teminatlar vermesi tarafların iradeleri doğrultusunda kararlaştırılabilmekte ise de bu garanti ve teminatlar, devlet güvencesinde olmayacaklarından, kredi kurumları nezdinde tatmin edici olmayabilmektedir.

Model kapsamında gerçekleştirilmek istenen projenin yatırım maliyetine yatırımcı katlanırken, yatırım sahibi de buna karşılık olarak yatırım için gerekli olan araziye temin ederek yatırımcının kullanımına bırakmaktadır. Yatırım sahibi genellikle mülkiyeti kendisine ait olan bir arazinin kullanım hakkını yatırımcıya bırakmak suretiyle yatırımcıya arazi temin etmekte ve böylece işletme süresi sonunda tesis, herhangi bir devir işlemine gerek olmaksızın kendiliğinden yatırım sahibine devrolunabilmektedir.

3.3.2 Yatırımcı

Yatırımcı, diğer ilgili tarafları organize eden ve projeye sermaye yatırarak finansman sağlayan mali açıdan güçlü, alanında uzmanlaşmış, tecrübeli bir veya birden çok yatırımcı firmadan oluşan taraftır. Bununla birlikte, devlet veya devletin bir organı da proje şirketinde hisse sahibi olabilmektedir (Yılmaz 1999, Leblebiciler 2005, Pekküçlü 2007). Nitekim 3996 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, sermaye şirketi Türkiye Cumhuriyeti Kanunları'na göre kurulmuş veya kurulacak olan ve gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ortak olduğu bir anonim şirket olarak tanımlanmıştır. Uygulamada genellikle yatırımcı, yerel ve/veya yabancı büyük müteahhit ve/veya mühendislik firmalardan kurulu bir konsorsiyumdan oluşmaktadır⁷⁴. Farklı alanlarda uzmanlaşmış firmaların bu şekilde bir araya gelmesi ile

⁷³ 94/5907 sayılı BKK. m. 3/1 uyarınca Köprü Kredi (Subordinated Loan): Uygulama sözleşmesi çerçevesinde belirtilen koşullarda gerektiğinde, görevli şirket hatası dışındaki durumlar nedeniyle, projenin beklenmeyen finansman ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, İdare adına, fonlar veya diğer uluslararası finans kuruluşlarınca temin edilen ve kısmen veya tamamen Hazine garantisini haiz kısa ve orta vadeli tali krediyi ifade eder.

⁷⁴ Genellikle konsorsiyum üyesi ülkeler de bir kaç farklı ülkeden olmaktadır. Değişik ülkelerden üye bulunması projeye uluslararası bir boyut kazandırdığından, ev sahibi ülkeye politik açıdan avantaj sağlamaktadır. Ayrıca üyelerin farklı ülkelerden olması, projenin destek portföyünü genişletmektedir. Ayrıca konsorsiyuma yerli bir şirketin dahil edilmesi de tercih edilmektedir. Bu yolla projenin gerçekleştirilmesi sırasında ihtiyaç duyulacak iş gücü temini, ülke koşullarının ve yasal mevzuatının anlaşılması, hükümetle veya ilgili kamu kuruluşları ile sağlıklı ilişki kurulması ve yerel sorunların çözümü aşamaları kolaylaştırılmaktadır. Bkz. Augenblick ve Custer 1990, Yılmaz 1999, Leblebiciler 2005.

proje tecrübesi ve ekonomik bakımdan dinamizm yaratılmak istenmektedir. Ne var ki bu şekilde birçok kuruluşun proje sürecine taraf olması, sorumlular ve sorumlulukların tespitinde sıkıntı yaratabilmektedir. Bu nedenle yatırımcı sayısının birden fazla olduğu yapılanmalarda ortaklık yapısının ve sorumluluk alanlarının doğru ve tam olarak belirlenmesi hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir.

YİD modeli ile gerçekleştirilecek kamusal yatırımlar bakımından kimlerin yatırımcı olarak görevlendirilebileceği kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Şöyle ki; 3096 sayılı Kanun ile elektrik üretmek amacıyla kurulacak özel hukuk hükümlerine tabi, yerli ve yabancı sermaye şirketlerinin bu kanun kapsamında görevlendirilebileceği kabul edilmiş, 3465 sayılı Kanun 3. maddesinde görevli şirket, bu Kanun kapsamında görev verilen Türkiye’de kurulmuş sermaye şirketleri olarak tanımlanmış ve 3996 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş veya kurulacak, gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ortak olduğu anonim şirketler ile Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu uyarınca Türkiye’de faaliyet göstermesine izin verilen kuruluşların YİD modeli çerçevesinde görevlendirilebileceği hükme bağlanmıştır. Görüleceği üzere, ‘kurulmuş ve kurulacak’ ifadesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olup, 94/5907 sayılı BKK’da da Şirketin tanımı yapılırken aynı şekilde “kurulmuş veya kurulacak” ifadesine yer verilmiş ve 6. maddesinde de her bir YİD projesi için ayrı bir şirket kurulacağı ve bu şirketin ana sözleşmesinde, gerçekleştireceği YİD projesinin faaliyet konusu olarak belirtileceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, sözleşme imza tarihi itibarıyla kurulmuş olması şartıyla teklif aşamasında şirketin kurulmasının gerekmediği anlaşılmaktadır.

Yatırımcı, yatırım sahibinden herhangi bir ücret alacağı olmaksızın kendi öz kaynaklarından veya kredi kurumlarından temin etmek suretiyle temin ettiği finansman ile tesisi inşa etmekte ve inşası sonrasında öncelikle finansmanı geri ödemek ve beklediği karı elde etmek amacıyla tesisi işletmektedir (Yılmaz 1999). Dolayısıyla gerek inşa ve gerekse işletme dönemindeki finansman yükü ve yatırımın riskleri tamamen yatırımcıya ait olmaktadır⁷⁵. Bunun sonucu olarak da yatırımcı tesisin

⁷⁵ 3996 Sayılı Kanun’un 6. maddesinde de “Yatırım veya hizmetin belirlenen süre içerisinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden sermaye şirketi veya yabancı şirketinin sorumlu olduğu” belirtilmiştir. Ayrıca 94/5907 sayılı BKK’nın 6. Maddesinde şirketlerde aranacak özellikler düzenlenmiş olup, buna göre, “şirketin veya ortaklarının her birinin sağlam bir mali yapıya sahip olduklarını bağımsız denetim firmalarının tasdiklenmiş bilançoları ile

işletilmesinden elde edilen geliri tek başına topladığı gibi, zarar etmesi durumunda da zararına tek başına katlanmakta ve yatırım sahibinden herhangi bir talepte bulunma hakkı bulunmamaktadır⁷⁶. Yatırım sahibi işletme zarar etmiş olsa dahi kural olarak herhangi bir bedel ödemeksizin işletme dönemi sonunda tesise sahip olmaktadır (Pekgüçlü 2007). Keza YİD modeli bakımından genel bir düzenleme getirdiği kabul edilen 3996 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, bu Kanuna göre sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetlerin, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idare geçeceği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde 94/5907 sayılı BKK'nın Süre Sonunda Tesisin Devri başlıklı 27. maddesinde de bu husus belirtilmiştir. Bu nedenle de yatırımcılar projeye teklif sunarken, yatırım riskini, diğer bir deyişle zarar etme olasılığını nazara alarak hedeflediği kar oranına ulaşabilmek amacıyla maliyeti yüksek tutmakta, bu da YİD modelinin maliyetlerinin yükselmesine neden olmaktadır.

3.3.3 Kreditor

Kreditor, bir veya birden çok ulusal veya uluslararası finansal kuruluştan oluşan ve projeye kredi sağlayan, karşılığında da proje gelirlerini veya varlıklarını teminat olarak kabul eden taraftır (Sevil 1999, Yılmaz 1999). Bir projeye finansman sağlayan kreditorler, proje finansmanını temel olarak iki ayrı şekilde gerçekleştirilebilmektedir (Çal 2008). Bunlardan ilki, proje için harcanan kredinin ve krediye ilişkin faizlerin, projenin işletme aşamasında elde edilecek gelirlerden karşılanması esasına dayanan "saf proje finansman" yöntemidir. Bu yöntemde kreditorlerin getiri elde edebilmesi için projenin başarılı olması, dolayısıyla projenin fizibilitesi esastır. Bu nedenle de kredi kurumları finansman talebinde bulunan kuruluşun kredibilitesinin ötesinde, projenin gelir yaratma gücü ve proje varlıklarının teminat olarak alınabilmesi ile

kanıtlamaları ve şirketin ortaklarından en az birinin talep olunan yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş olması zorunludur. Yüksek Planlama Kurulunun izni alınmadan, yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş ve teknik yeterliliğe sahip olan ortağın, şirketin kuruluş sermayesindeki payını yatırım döneminde değiştirmesi halinde idare uygulama sözleşmesini feshedebilir." Bu hüküm de yatırımcının mali gücünün önemini göstermektedir.

⁷⁶ Bu projeleri üstlenen girişimciler, genellikle yüksek oranlarda finansal kaldıraç kullanarak projeleri finanse etme eğilimindedir. Proje finansmanlarında %80 borç - %20 öz sermaye karışımı kullanılması oldukça yaygındır. 94/5907 sayılı BKK'nın 6. maddesinde, Şirketlerin bu Karar kapsamında gerçekleştireceği yatırım ve hizmetler için getireceği, özkaynak oranının önerilen toplam sabit yatırım tutarının yüzde yemisininden az olamayacağı belirtilmiştir. Ana kredi kuruluşu da kendi kredisini destekleyecek nitelikte bir özsermaye oranı veya köprü kredi tercih etmektedir. Bkz. Yılmaz 1999.

ilgilenmektedirler. Zira proje için kullanılan kredinin geri ödenememesi halinde, yatırımcıya veya yatırım sahibine rücu edilememekte ve kredi sadece proje gelirlerinden tahsil edilebilmektedir. Uygulamada buna “non-recourse finance” veya “gayri kabili rücu finansman” adı da verilmektedir⁷⁷. Diğeri ise, “limited-recourse finance” adıyla bilinen ara bir modeldir. Bu modelde kreditor, proje getirisi yanında yatırımcının mal varlığına da rücu imkanına sahip olmaktadır (Çal 2008). Diğeri bir deyişle, yatırımcının krediden şahsen sorumluluğu bulunmakta ve dolayısıyla yatırımcı lehine yatırım arazisi üzerinde tesis edilen aynı haklar rehnedilebildiği gibi, sigorta, hazine garantisi ve diğeri sözleşmelerden doğan alacak hakları da hacz edilebilmektedir. Yatırımcının bir konsorsiyum olması halinde ise, konsorsiyum ortakları da projeye yatırdıkları sermaye ile sınırlı olarak kredi borçlarından sorumlu olmaktadır (Pekgüçlü 2007, Çal 2008). Bu noktada yatırım sahibi ile yatırımcı arasındaki anlaşmanın kreditor finans kurumu açısından da kabul edilebilir olması gerekmektedir. Zira yatırım konusu tesisin gerektiği şekilde işletilmesi durumunda, işletme süresi içinde işletme gelirleriyle kullanılan kredilerin geri ödenmiş olacağı varsayımı ile hareket eden kredi kurumları, işletme gelirinin sürekli ve düzenli olmasının temini amacıyla nakit akışı ile bu akışı etkileyebilecek risklere müdahale edebilmek istemektedirler (Pekgüçlü 2007).

Buna karşın kamu tarafından Hazine adına dış kredi kullanılarak klasik proje finansmanı yöntemi⁷⁸ ile gerçekleştirilen borçlanmalarda saf proje finansmanı yönteminden farklı olarak projeden elde edilecek gelirler yetersiz olsa dahi kreditor her halükarda verdiği krediyi devletten tahsil edebilme imkanına kavuşmaktadır (Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007, Çal 2008). Şöyle ki; bu yöntem ile gerçekleştirilen bir projede fizibilitenin yetersizliği veya hatalı olmasından dolayı ilave finansman gerekmesi halinde kamu tarafından ilave borçlanmayla duruma çözüm getirilebildiği gibi, proje yarıda bırakılsa dahi alınmış kredilerin geri ödenmesi devlet güvencesinde olmaktadır. Bu nedenle de kreditorler açısından burada önemli olan projenin başarısından ziyade, borç verdiği devletin genel kredibilitesi olmaktadır. Bunun için de proje finansmanı amacıyla devlet tarafından sağlanan dış kredilerde kreditor sadece verdiği kredinin amacı dışında, örneğin memur aylıklarının ödenmesi amacıyla kullanılmamasına dikkat

⁷⁷ Yatırımcı şirket üzerinde hiç bir yükümlülük yaratmaması açısından literatürde bu tür borçlanmalara “bilanço dışı finansman” adı da verilmektedir. Bkz. Çal 2008.

⁷⁸ Klasik proje finansmanı yöntemi, devletin bütçe kaynaklarından veya dış borçlanma yolu ile gerekli finansmanı temin etmesidir.

etmekte ve projenin fizibilitesi ile esasen ilgilenmemektedir (Leblebiciler 2005, Pekküçlü 2007, Çal 2008).

3.3.4 Tedarikçi

Tedarikçi, proje için enerji, hammadde ve sair kaynaklar gibi gerekli girdileri temin eden, bakım- onarım hizmeti sunan taraftır. Dolayısıyla bir proje için gerekli olan tedarikçi sayısı ve tedarik sözleşmelerinin kapsamı, projenin büyüklüğüne ve mahiyetine göre değişmektedir. YİD projelerinde genellikle büyük çaplı inşaat işi söz konusu olduğundan, projenin zamanında ve planlanan maliyetle gerçekleştirileceği konusunda gerekli güvenin sağlanabilmesi için inşaat ve ekipman tedarikçilerinin gerekli güvenilirliğe, tecrübeye ve finansal güce sahip olmaları son derece önem taşımaktadır.

3.4 YİD Modelinin Uygulanması

YİD modeli, model kapsamındaki proje için finansman temin edilmesi ve proje konusu tesisin inşası ve sonrasında tesisin işletme dönemi boyunca işletilmesi suretiyle edinilecek işletme geliri ile finansmanın geri ödenmesi ve işletme dönemi sonunda da borçsuz olarak tesisin yatırım sahibine devri aşamalarından oluşan uzun soluklu bir süreçtir (Leblebiciler 2005). Bu süreçte gerek inşa döneminde, gerekse işletme döneminde finansman yükü ve riskler esas olarak yatırımcıdadır. Modelin daha çok teknoloji ve sermaye birikimi yetersiz olan kamunun hizmet ve yatırımlarında uygulanması da bu nedenledir.

Yatırımcı, yatırım sahibinden herhangi bir ücret alacağı olmaksızın kendi öz kaynaklarından veya kredi kurumlarından temin etmek suretiyle temin ettiği finansman ile ve genellikle yatırım sahibi tarafından temin edilen arazi üzerinde tesisi inşa etmektedir. İnşaatın tamamlanmasının ardından yatırımcı, öncelikle finansmanı geri ödemek ve beklediği karı elde etmek amacıyla tesisi işletmektedir. Nitekim 3996 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "*yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya*

hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödeneceği” belirtilmiştir. Buradan hareketle yatırımcıya yalın bir kullanım hakkı değil, yatırdığı finansmanı geri almasına yetecek bir süre için işletme hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. Bu noktada tesisin amortisman süresi, beklenen nakit akışı ve bu nakit akışına ulaşılmasını engelleyebilecek riskler ile maliyetleri dikkate alınarak, tesisin işletilmesi suretiyle elde edilecek gelirler ile kendi kendini finanse etmesine elverecek şekilde işletme süresinin tespiti önem kazanmaktadır (Pekgüçlü 2007). Keza 3996 sayılı Kanun’un 7. maddesinde *“yapılacak sözleşmelerde sermaye şirketinin veya yabancı şirketin yapım ve işletmesini üstleneceği yatırım ve hizmetin süresinin belirlenmesinde yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları dikkate alınır”* demek suretiyle bu husus vurgulanmış olmaktadır. Ancak yatırımcının beklediği karı edinmesi için gereken işletme süresi tespit olunurken, yatırım sahibinin menfaati de gözletilmelidir. Zira yatırımcının sermayesini ve beklediği karı almasına yetecek makul işletme süresinden daha uzun bir süre için işletme hakkı tanınması, tesisin, sözleşme süresi sonunda ekonomik ömrü dolmuş, teknolojisi eskimiş bir halde yatırım sahibine devrine ve dolayısıyla yatırım sahibinin zarara uğramasına sebep olabilmektedir (Pekgüçlü 2007). İşte bu amaçla YİD ile ilgili kanuni düzenlemelerde azami süreler belirlenmiş bulunmaktadır. 3096 sayılı Kanun’un 7. maddesi, görevlendirme süresinin tespitinde kurulacak tesislerin amortisman sürelerinin dikkate alınacağı ve en fazla 99 yıl olacağı, 3465 sayılı Kanun’un 5. maddesinde tesisin yapım, bakım ve işletilmesini kapsayan görev süresinin en fazla 49 yıl olacağı, 3996 sayılı Kanun’un 7. maddesinde ise, sözleşme süresinin belirlenmesinde, elde edilecek kar da dahil olmak üzere yatırım bedelinin ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esaslarının dikkate alınacağı ve sürenin en fazla 49 yıl olabileceği düzenlenmiştir. Keza 94/5907 sayılı BKK’nın 18. maddesinde *“uygulama sözleşmesinde belirtilen yürürlük tarihinden başlamak üzere, yatırım süresi (proje yapım süresi dahil) ve işletme süresi”* sözleşme süresi olarak tanımlanmış ve *“Bu sürenin mücbir sebepler ve idarenin sebep olduğu haller dahil hiçbir şekilde toplam 49 yılı geçemeyeceği”* belirtilmiştir.

Diğer yandan tesisin işletilmesi yatırımcı için sadece bir hak olmayıp, aynı zamanda bir borç teşkil etmektedir (Pekgüçlü 2007). Zira yatırımcı tesisi kendi keyfine göre değil, yatırımın amacı ile sınırlı olarak ve yatırımını geri almak amacıyla iş programı uyarınca uygulama sözleşmesinde öngörülen süre için işletmekle yükümlüdür (Sevil 1999, Yılmaz 1999, Pekgüçlü 2007). Ayrıca yatırım sahibince kaliteli üretim ve hizmet sunumu ile markanın ünlenmesi ve belli bir müşteri çevresi yaratılarak bu müşteri çevresi ile birlikte tesisin kendisine devri beklenmekte olup, bu da tesisin işletilmesinin aynı zamanda bir borç teşkil ettiğini göstermektedir. Aynı şekilde işletme dönemi sonunda tesisin, her türlü borç ve taahhütlerden arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda yatırım sahibine devredilecek olması da bu durumun diğer bir göstergesidir.

Yatırımcı temin ettiği finansman ile tesisi inşa etmekte ve inşası sonrasında yatırımını geri almak ve beklediği karı elde etmek amacıyla belirlenen işletme süresince tesisi işletmektedir. Bu süreçte finansman yükü yatırımcıda olmakla birlikte, özellikle kamu yatırımlarında yatırımcının yükünün yatırım sahibi tarafından verilen bir takım garantiler veya taahhütler ile hafifletildiği görülmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, finansman temin borcu yatırımcının üzerinde kaldığı sürece, YİD modelinin varlığından söz edilebilecek olmasıdır. Diğer bir deyişle, yatırımcı tarafından finansman riskini tamamen ortadan kaldıracak şekilde teminat ve garantiler verilmesi, YİD modelinin yapısına uymamaktadır. Örneğin YİD modeli ile gerçekleştirilmek istenen bir projede boğaz köprüsü gelirlerinin, finansman desteği sağlamak amacıyla yatırımcı şirkete bırakılması hususunda Danıştay'dan alınan istişari görüşte, 3996 sayılı Kanun m.6 uyarınca işin finansmanından yatırımcı şirketin sorumlu olduğu belirtilerek, boğaz köprüsü gelirlerinin yatırımcı şirkete tahsisinin bu hükme aykırı olacağı sonucuna varılmıştır⁷⁹. Ülkemizde yapılan uygulamaların çoğunun başarılı olamamasının sebebi de yatırımcının riskini ortadan kaldıracak derecede bu şekilde güvenceler verilmesi ve böylece sırtını devlete dayayan yatırımcının veriminin düşmesidir⁸⁰.

⁷⁹ Danıştay 1. Dairesi'nin 16.12.1998 T., E. 1998/267, K. 1998/481 sayılı kararı.

⁸⁰ 3996 sayılı Kanun çerçevesinde YİD modeli ile gerçekleştirilen ilk proje olan İzmit Su Projesi ile ilgili olarak yapılan hatalar neticesinde, Hazine verdiği ürün satın alma garantisi nedeniyle aşırı borçlanmış ve bu hataların tekrarlanmaması için Sayıştay tarafından gerçekleştirilen denetim sonucunda edinilen bulgular bir rapor (Yap-İşlet-Devret Modeli ile Yapılan İzmit Şehri Kentsel ve Endüstriyel Su Temini Projesi Hakkında Sayıştay Raporu) halinde TBMM'ne sunulmuştur (<http://www.sayistay.gov.tr/rapor/diger/2002/izmitsu/izmitsu.htm>). Bu raporda, proje ile ilgili olarak fayda-maliyet analizleri, risk ve pazar araştırmaları ile yatırım maliyetinin gerçeği yansıtmadığı hususlarında bir değerlendirme yapılmaması sonucunda projenin benzer işlere oranla 3 ila 9 kat pahalıya mal olduğu belirtilmiştir. Daha sonra, yine Sayıştay tarafından TBMM sunulan Enerji Raporunda da yeterli inceleme yapılmadan ve sadece şirketlerin önerileri esas alınarak şirketlerle imzalanan sözleşmelere kamu aleyhine hükümler konulduğu, hatalı fizibilite raporlarına

İşletme dönemi sonunda tesis, her tür ipotek, haciz ve hukuki sınırlamadan ari ve borçsuz olarak yatırım sahibine devredilecektir. Nitekim 3996 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca, *“Bu Kanuna göre sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer.”* Aynı şekilde 94/5907 sayılı BKK'nın 27. maddesinde de, uygulama sözleşmesi sonunda yatırım ve hizmetler her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçeceği hususu belirtilmiştir. Bu noktada işletme dönemi sonunda yatırım her tür borçtan ari olarak yatırım sahibine devredileceğinden, borcun geri ödemesinin proje süresinin tamamlanması ile birlikte bitmesi beklenmektedir (Çal 2008).

3.5 YİD Modelinin Uygulanmasında Sözleşme Yapılması

YİD modeli esas olarak bir finansman modeli ise de modelin uygulanması sürecinde bir dizi sözleşme ilişkisi kurulmaktadır⁸¹. Doktrinde de YİD modelinin finansman temini unsuru esas alınarak modelin bir finansman modeli olduğu, ancak modelin uygulanması için sözleşme yapılmasına ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir (Sirmen 1996)⁸². Nitekim 3096 sayılı Kanun'un 3/2, 3465 sayılı Kanun'un 2 ve 3996 sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddelerinde de YİD'in bir uygulama sözleşmesi imzalanarak uygulanacağı kabul edilmiş olmaktadır. 94/5907 sayılı BKK'nın 3/f maddesinde de yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak, idare ile görevli şirket arasında özel hukuk hükümlerine göre ve imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir uygulama sözleşmesi akdedileceği kabul edilmiş ve 16. maddesinde bu sözleşmede yer alması gereken hususlar sayılmıştır. Buna göre uygulama sözleşmesinde, yatırım ve hizmetlerin genel esasları, finansmanın ne şekilde temin edileceği, ücretin belirlenmesi, işletmeye alma,

dayanılarak proje kabullerinin yapıldığı ve tarifeye yansıtılan yüksek maliyetlerle enerji satın alındığı ve şirketlerin yüksek karlar edindiği hususları tespit olunmuştur (<http://www.sayistay.gov.tr/rapor/diger/2004/Enerji/EnerjiRaporu-Ozet.doc>).

⁸¹ Yap-işlet-devret sözleşmeleri, yabancı hukukta “imtiyaz sözleşmesi” ya da “The Concession (The Project) Agreement” çatısı altında finansman sözleşmesi, inşaat sözleşmesi, işletme sözleşmesi, güvenlik sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, üretilen mal ya da hizmetin kamu tarafından satın alınma garantisi sözleşmesi vs. olarak değerlendirilmektedir. Bu sözleşme çeşitliliği ise, modelin, projelendirme, icra, teknoloji transferi, işletme ve devir gibi çeşitli aşamaları bünyesinde barındırmasına ve her bir aşama için ayrı ayrı sözleşme akdedilmesi gereğine bağlanmaktadır. Bkz. Yerlikaya 2002, Pekgüçlü 2007.

⁸² YİD'in bir sözleşme tipi olmadığını, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modeli olduğu görüşündedir, Tan (1996) da modelin finansman modeli olmasına dikkat çekmiştir. Benzer görüşler için bkz. Keskin 2006, Çal 2008. Aksi yöndeki görüş için bkz. Pekgüçlü 2007.

kabul ve işletme tarihi ile işletme süresi, yatırım döneminde işin tamamlanmasındaki gecikme ve maliyet değişiklikleri, kamulaştırma, teminat, sigorta, denetim, güvenlik, emniyet ve çevre tedbirleri, mücbir sebep halleri, sigorta, bakım ve onarım, devir, fesih, krediler, sorumluluk ve tazminat, sözleşmeden doğacak ihtilafların halli ile uygulanacak hukuk, sözleşmeden doğan masrafların kime ait olacağı, yürürlük tarihi ve uygulama sözleşmesi gereği imzalanması gereken diğer sözleşmelerin belirtilmesi gerekmektedir. Gerçekten YİD modelinin uygulanması sürecinde gerekli finansmanın temini, projelendirme, tasarım, inşaat ve tesisin işletmesini kapsayan bir dizi sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşmeler projenin büyüklüğüne ve mahiyetine göre değişmekle beraber genelde her projede mevcut olan temel sözleşmeleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Yatırım şirketinin kurulmasına dair şirket kuruluş sözleşmesi⁸³, yatırımcının yerel veya uluslararası şirketlerle yaptığı taşeron sözleşmesi, işletme sözleşmesi, bakım ve onarım sözleşmesi, kredi sözleşmesi, sigorta sözleşmesi ile hammadde temine dair sözleşme, yatırım sahibi ile yatırımcı arasında imzalanan inşaat sözleşmesi, yatırım sahibi ile yatırımcı arasında imzalanan ve modele dair esas sözleşme mahiyetinde olan uygulama sözleşmesi.

3.6 YİD Modelinin Yararları ve Sakıncaları

3.6.1 YİD modelinin yararları

YİD modeli ile ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren yatırımların gerek inşaat aşamasındaki finansman sıkıntısı, gerekse yatırımın işletilmesi dönemindeki riskinin yatırım şirketi tarafından üstlenilmesi ve yatırımın maliyetinin tesisin işletilmesi suretiyle zamana yayılarak karşılanması sağlanmaktadır (Yılmaz 1999, Çolak 2000, Yerlikaya 2002). Üstelik YİD modeli yeni yatırımlar için uygulanabildiği gibi, teknoloji olarak geri kalmış mevcut tesislerin yenilenmesinde ya da yarım kalmış yatırımların tamamlanmasında da kullanılabilir. Özel sektörün daha önceki deneyimlerini kullanarak oluşturacağı etkin işletme anlayışı sayesinde projenin üretim ve hizmet

⁸³ 94/5907 sayılı BKK'nın 6. maddesi uyarınca, "Her yap-işlet-devret projesi için ayrı bir şirket kurulur. Bu şirketin ana sözleşmesinde, gerçekleştireceği yap-işlet-devret projesi faaliyet konusu olarak belirtilir. (30.03.2005 tarih ve 25771 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 07.03.2005 tarih ve 2005/8572 sayılı BKK'nın 1 inci maddesiyle eklenen cümle.) Ancak, kurulacak şirket ortaklarından en az birinin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu veya üst kuruluşu olması ve şirket sermayesine en az % 51 oranında iştirak etmesi, projelerin aynı faaliyet konusunda olması kaydıyla işin özelliğine göre idarenin de uygun görmesi halinde bu şart aranmaz."

kalitesinin iyileştirilmesi dolayısıyla verimlilik artışının sağlanması diğer bir avantaj olarak ortaya çıkmaktadır. Buna ilaveten özel sektör tarafından yeni bir teknoloji transferinin yapıldığı durumlarda da işletme verimliliğinin daha da artırılması yatırım maliyetlerinin azaltılması ve hatta inşaat döneminin daha da kısılması gündeme gelebilmektedir (Yılmaz 1999, Çolak 2000). YİD modeli ile gerçekleştirilen projelerde tesislerin bakımı, işletimi görevli şirketin sorumluluğunda olduğu için bu dönemlerde yaşanabilecek sorunlar da özel sektörün sorumluluğu altında olmakta ve bu sayede bakım ve onarım hizmetlerinin daha etkin olarak gerçekleştirilmesi sağlanmaktadır (Yılmaz 1999, Gençoğlu 2008). Ayrıca YİD modeli ile gerçekleştirilen yatırımlar, kamu bütçesi ile finanse edilenlere oranla daha hızlı ilerlediği gibi, büyük finansman ihtiyacı gösteren yatırımların özel sektör eliyle yapılması devletin klasik kamu hizmetleri (güvenlik, sağlık, eğitim vb.) yanında çarpık kentleşme, işsizlik, çevre kirliliği gibi sosyal ve ekonomik sorunlara eğilebilmesine olanak sağlamaktadır (Yılmaz 1999, Çolak 2000, Gençoğlu 2008).

Bu modelin önemli avantajlarından birisi de ülkeye yabancı sermaye girişini olumlu yönde etkilemesidir. Ayrıca işsizliğin ve enflasyonun azalması, serbest piyasa ekonomisi ve rekabet koşullarının sağlanmasını modelin sağladığı diğer yararlar olarak saymak mümkün bulunmaktadır (Yılmaz 1999, Çolak 2000, Yerlikaya 2002, Gençoğlu 2008).

3.6.2 YİD modelinin sakıncaları

Bir projenin YİD modeli altında gerçekleştirilmesi için çeşitli detay analizler yapılması ve çok fazla sayıda dokümanın hazırlanması gerekmektedir. Bu analizlerin yapılması ve dokümanların oluşturulması ve ilgili taraflarca müzakere edilerek son haline getirilmesi, süreci uzattığı gibi, maliyetleri de arttırmaktadır (Yılmaz 1999, Çolak 2000, Yerlikaya 2002, Gençoğlu 2008). Nitekim YİD modelinde proje maliyeti, bütçe imkanlarıyla gerçekleştirilen bir projeye göre daha fazla olabilmektedir. Özellikle belli bir kar garantisinin verildiği ve mal ve hizmetlerin “maliyet + kar” esasına göre fiyatlandırıldığı durumlarda yatırım ve işletme maliyetlerinin yüksek tutulması kar miktarının artmasına yol açacağından maliyetlerin olabildiğince yüksek tutulması olasılığı bulunmaktadır (Leblebiciler 2005).

Diğer yandan, modelin finansmanı kamu borç stokunu doğrudan arttırmamakla birlikte, YİD modeli çerçevesinde görevli şirkete sunulan garantiler kamu için yükümlülük oluşturmakta ve projenin şirkete öngörülen geliri getirmemesi durumunda bu garantiler devreye girmekte ve kamu dolaylı olarak borçlandırılmaktadır.

YİD modeli ekonomik ve siyasi istikrara karşı aşırı duyarlılık göstermektedir (Leblebiciler 2005). Bu nedenle de yatırımcılar riski yüksek ülkelere yatırım yapma konusunda çekimser kalabildikleri gibi, bu riskleri güvenceye almak amacıyla geniş kapsamlı garantiler talep edebilmektedirler (Yılmaz 1999, Yerlikaya 2002, Pekgüçlü 2007).

Ayrıca ilgili sermaye şirketinin iflas, konkordato, tasfiye gibi durumlarda kalması halinde, hizmetin yürütülmesi aksayabileceği veya tamamen durabileceği gibi, projenin verimli şekilde uygulanmaması, bakım ve onarımların zamanında ve tam olarak yapılmaması ve dolayısıyla işletme süresi sonunda yatırım sahibine devredilecek olan işletmenin iş hacminin ve müşteri çevresinin düşük seviyede kalması veya işletmenin kullanılabilirliğinin istenen seviyede olmaması riski bulunmaktadır (Çolak 2000, Gençoğlu 2008).

Modelin diğer bir sakıncası da yatırımcı firmaların üretecekleri sosyal yanı ağır basan mal ve hizmetlerin üretim ve satışında “tekel” olması ve dolayısıyla ilgili mal ve hizmetlerin yüksek fiyatlarla tüketiciye sunulması riskidir (Çolak 2000, Yerlikaya 2002, Gençoğlu 2008).

Son olarak sağlanan teşvikler nedeniyle vergi kayıpları yaşanması da modelin sakıncaları arasında sayılabilmektedir (Çolak 2000, Yerlikaya 2002, Gençoğlu 2008).

4. ÜST HAKKI

4.1 Üst Hakkı Kavramı ve Mahiyeti

Üst hakkı⁸⁴ ile kişilere başkasına ait arazi üzerindeki yapıların mülkiyetine sahip olabilme imkânının tanınması sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak zaman içinde önem kazanmış olup, bugün üst hakkı uygulamada en çok başvurulan irtifak haklarından birisidir. Gerçekten üst hakkı sosyal ve ekonomik gelişime bağlı olarak artan altyapı, konut ve teknolojik tesis ihtiyacına cevap vermekte ve ekonomik açıdan mülkiyet hakkının devrine çok yakın sonuçlar doğurmaktadır. Üst hakkı tesisi suretiyle inşaat için gerekli sermayeye sahip olmakla birlikte araziyi satın almaya mali kaynak bulamayan veya kendi kaynağını arazi temininde kullanmak istemeyen kişi, araziyi satın alarak bedelini ödemek yerine, daha uygun (genellikle zamana yayılmış) ödeme koşullarıyla, arazi üzerinde kendisinin malik olacağı bir inşaat yapmakta veya halihazırda arazi üzerinde mevcut olan yapının maliki olmaktadır (Akipek 1972, 1974, Köprülü ve Kaneti 1982, Ünal 1988, Gürzumar 1998). Buna karşılık arazi maliki de araziyi mülkiyetinden çıkarmak ve bizzat inşaat yapma ve onu kiralama durumunda doğacak masraf ve külfetlere katlanmak durumunda kalmaksızın, arazisinden üst hakkı süresince rant elde ettiği gibi, üst hakkı ilişkisi sona erdiğinde söz konusu yapının da maliki olmakta ve arazinin artan değerinden faydalanmaktadır (Akipek 1972, 1974, Ünal 1988, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Yüklü arazi malikinin gelir elde etmesi ise, ancak üst hakkı tesisi için konusu para olan bir karşılığın ödenmesinin kararlaştırılmış olması halinde söz konusu olmaktadır⁸⁵.

Üst hakkı, 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilen 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁸⁶ biri gayrimenkul

⁸⁴ Türk Medeni Kanunu'nda üst hakkı ifadesi kullanılmış ve yerleşmiş bir ifade olmakla birlikte, öğretilerde, bu ifadenin yanıltıcı olduğu, zira bu hakkın sadece arazinin üstünde değil, arazinin altında ve içinde inşaat yapmak yetkisini de verdiği, dolayısıyla üst hakkı ifadesinin dar bir ifade olduğu, "inşaat hakkı" tabirinin kullanılmasının daha doğru olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Aral 1962, Akipek 1972,1974. Bazı yazarlar ise "üst hakkı" tabiri ile ilgili eleştirilere katılmakla birlikte, bu hakkın sahibine yalnız yapı yapmak hakkı vermekle kalmadığı, aynı zamanda, o yapıya malik olmak yetkisi de bahşettiğinden hareketle "inşaat hakkı" tabirinin de söz konusu hakkının muhtevasını tam ve doğru ifade etmediğini, bunların yerine "yapı hakkı" teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağını savunmaktadırlar. Bkz. Ünal 1988. Bu çalışmada, Türk Medeni Kanunu'ndaki ifade esas alınarak, "üst hakkı" ibaresi kullanılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninde "üst hakkı" anlamına gelen "droit de superficie", Almanca metninde ise, "inşaat hakkı" anlamına gelen "Baurecht" terimi kullanılmıştır.

⁸⁵ Bununla birlikte, YİD modelinde üst hakkı tesisi suretiyle girilen bir YİD modelinde, finansman temini külfetinden kurtulan yatırım sahibinin böyle bir anlaşmaya gerek olmaksızın bir karşılık elde ettiği söylenebilecektir.

⁸⁶ RG.4 Nisan 1926T., 339S., YT: 4 Ekim 1926

mülkiyetini düzenleyen kısımda yer alan 652. madde, diğeri ise, irtifak haklarına dair hükümler arasında yer alan 751. madde olmak üzere sadece iki maddede düzenlenmiş bulunmaktaydı. Ne var ki bu düzenlemeler üst hakkından beklenen hukuki, sosyal ve ekonomik faydalara ulaşılmasına elverişli olmadığından, uygulamada yaşanan sıkıntılar karşısında İsviçre kanun koyucusu üst hakkını yeniden ve daha ayrıntılı olarak düzenlemeye yönelmiş ve mevcut kanun hükümlerine ek olarak 19 Mart 1965 tarihinde yürürlüğe giren bir Federal Kanun ile İsviçre Medeni Kanunu'na on bir yeni madde (779a-779l) eklenmiştir (Akipek 1972, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998, Gümüş 2003).

Ülkemizde üst hakkının detaylı bir düzenlemeye kavuşması ise, ancak 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun ile gerçekleşmiştir⁸⁷. Yeni düzenleme ile İsviçre Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel olarak m.751a-751j hükümleri yürürlüğe girmiş ve ayrıca 751. maddenin dili sadeleştirilerek, ikinci fıkrası eklenmiştir (Gümüş 2003). Son olarak 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁸⁸ eski Medeni Kanun'daki düzenlemeler esas alınarak üst hakkı, Eşya Hukuku Kitabı'nın taşınmaz mülkiyetini düzenleyen bölümünde yer alan 726. maddesinde ve de sınırlı aynı haklar kısmında 826 ve 836. maddeleri arasında irtifak hakkı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır⁸⁹.

Üst hakkı başkasının arazisinin üstünde veya altında bir yapı inşa ederek ya da mevcut yapıyı koruyarak onun maliki olma yetkisini sağlamakta ve TMK.m.718'de belirtilen ve emredici kanun hükmü niteliğindeki üstün alta tâbi olması kuralının (*superficies solo cedit*) istisnasını teşkil etmektedir (Aral 1962, Ünal 1988, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998, Gümüş 2003, Turgut 2006, Ergüne 2008, Tereci 2011)⁹⁰. TMK.m.718'deki kural birleşme ilkesi olarak da adlandırılmakta olup, buna göre; *“arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı*

⁸⁷ RG., 23.11.1990T., 20704S.

⁸⁸ RG., 8.12.2001T., 24607S.

⁸⁹ Üst hakkı ile ilgili olarak Alman ve Fransız hukuk sistemindeki düzenlemeler için bkz. Akipek 1977, Gürzumar 1998.

⁹⁰ Doktrinde bir grup yazar tarafından ise, üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki mülkiyet hakkının mütemmim cüz kuralının bir istisnası olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Gürsoy vd. 1984, Ertuş 2008. Ancak bu görüşe katılmak mümkün görülmemektedir. Nitekim üst hakkı tesisi yoluyla elde edilen mülkiyet hakkı, arazi malikinin mülkiyet hakkından ayrılarak yapının tümü üzerinde elde edilen bağımsız bir mülkiyet hakkıdır, yani bir yapının mütemmim cüzüleri üzerinde mülkiyet hakkı kazanılmamaktadır.

kalmak üzere yapular, bitkiler ve kaynaklar da girer". Diğer bir ifadeyle bir taşınmazda bulunan veya onunla sürekli bir şekilde birleşen her şey, ayrı bir eşya olma niteliğini kaybederek, birleştiği asıl şeyin kaderine tabi olmakta ve dolayısıyla bir taşınmazın maliki onun üzerinde veya altında yapılan her türlü yapının da kanundan ötürü maliki olmaktadır. İşte üst hakkı tesisi yoluyla birleşme ilkesi uyarınca taşınmaz malikinden başkasına ait olması esasen mümkün olmayan bir yapının üzerinde bulunduğu taşınmaz ile arasındaki fiziki bağ kopmadığı halde, ayrı bir mülkiyet konusu olması sağlanmaktadır.

Üst hakkı ile hak sahibi yüklü taşınmaz üzerinde olumlu bir irtifak hakkına sahip olmakta⁹¹ iken, yüklü taşınmaz maliki resmi senetteki şartlar çerçevesinde hak sahibinin bir yapı inşa etmesine veya zaten mevcut yapıyı muhafaza etmesine katlanmakla ve engel olmaktan kaçınmakla yükümlenmektedir⁹².

Üst hakkının kurulduğu hâllerde, yüklü taşınmaz malikinin, o taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve buna bağlı olarak tasarruf işlemi yapma yetkisi hâlâ devam etmektedir (Akipek 1972, Gürzumar 1998, Ergüne 2008). Bununla birlikte yüklü taşınmaz malikinin taşınmaz üzerinde tasarruf hakkının özellikle satım bakımından, fiilen kısıtlandığı söylenebilecektir. Zira üst hakkı ile yüklü bir taşınmaza talip olacakların sayısı sınırlı olacağı gibi, taşınmazın gerçek değeri üzerinden alıcı bulması da pek mümkün görülmemektedir.

⁹¹Doktrinde irtifak haklarının "hak sahibi" esas alınarak yapılan sınıflandırma bakımından bir birlik bulunmamakla birlikte, ağırlık kazanan görüş, "eşyaya bağlı irtifak" ve "şahsa bağlı irtifak" ayrımı yapılması yönündedir. Bkz. Oğuzman ve Selici 1997. Eşyaya bağlı irtifak hakkında hak sahipliği, bir taşınmaza malik olma durumuna bağlanmış olduğundan, biri hakkın konusu olan yüklü taşınmaz, diğeri ise hak sahibinin malik bulunduğu yararlanan taşınmaz olmak üzere eşyaya bağlı hak kapsamında iki taşınmaz bulunmaktadır. Şahsa bağlı irtifak hakkında ise, hak sahibinin malik olup olmaması önemli değildir, önemli olan hak sahibinin kişiliğidir. Şahsa bağlı irtifak hak sahibinin ihtiyaçları gözetilerek şahıs lehine kurulmakta olduğundan, hakkın kapsamında yararlanan taşınmaz yoktur. Yararlanma tarzı bakımından ise irtifak hakları, olumlu ve olumsuz irtifaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Olumlu irtifak haklarında (geçit irtifakı gibi), hak sahibi, irtifak hakkına konu olan eşyayı kullanarak yararlanma yetkisine sahip olmakta ve hak sahibinin maldan yararlanması aktif bir biçimde olmaktadır. Olumsuz irtifaklarda (manzara kapatmama irtifakı gibi) ise, malikin irtifak hakkına konu olan eşyayı belirli bir tarzda kullanmaması suretiyle hak sahibi menfaat elde etmektedir. Yüklü taşınmaz maliki, olumlu irtifaklarda katlanma borcu; olumsuz irtifaklarda ise, kaçınma borcu altındadır. Bkz. Sirmen 1996, Köprülü ve Kaneti 1982, Oğuzman vd. 2009. Bir irtifak hakkının konusu hiçbir surette yüklü taşınmaz malikine yükletilmiş yapma verme şeklindeki bir borçtan oluşamaz. Nitekim MK.m.779/f.II'de belirtildiği gibi, "Yapma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir". Bununla birlikte, taraflar kaçınma, katlanma şeklindeki asli muhtevaya bağlı olarak ona nazaran ikinci derecede ve tali nitelikte kalacak bir yapma veya verme borcunu irtifak hakkı muhtevasına dâhil edebilirler. Bkz. Akipek 1972.

⁹² Tapu Sicil Tüzüğü'nün 16. maddesine göre, "Akdi gerektiren işlemlerde resmi senet düzenlenir. Resmi senede tarafların kimlik bilgileri ve ikametgah adresleri eksiksiz yazılır. Düzenlenen resmi senet memur tarafından müdür ve tarafların huzurunda okunur. Taraflar isterlerse resmi senedi kendileri de alıp okuyabilirler. Resmi senede tarafların fotoğrafları yapıştırılır. Taraflar resmi senetteki imza yerine "okudum" ibaresini yazdıktan sonra, hem imza yerlerini ve hem de karşılıklı birbirlerinin fotoğrafı üzerine imzalarlar. Ancak, tüzelkişileri temsil eden yetkililerden fotoğraf istenmez. Tarafların imzası alındıktan sonra resmi senedi, müdür ve düzenleyen memur da imza ederler. Ayrıca müdür, daire mührü ile kendi imza yerini ve fotoğrafları mühürler."

4.2 Üst Hakkının Tanımı

Türk Medeni Kanunu'nda üst hakkının teknik olarak bir tanımı yapılmamış, ancak üst hakkını tanımlamaya elverecek unsurları düzenlenmiş bulunmaktadır (Ünal 1988). TMK'nın 726/1. maddesinde, bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin, irtifak hakkı sahibine ait olacağı, 826/1. maddesinde ise, bir taşınmaz malikinin, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabileceği belirtilmek suretiyle üst hakkının muhtevası ana hatlarıyla çizilmiş olmaktadır (Akipek 1972).

Bu düzenlemelerden hareketle doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. Bir grup üst hakkını sahibine başkasına ait bir arazinin üstünde veya altında bir inşaat veya imalat yapmak ve yahut önceden mevcut inşaat veya imalatı muhafaza etmek salahiyetini veren ve kaideten devri ve miras yoluyla intikali kabil olan bir irtifak hakkı (Aral 1962, Gürsoy vd. 1984, Oğuzman ve Seliçi 1997) veya sınırlı bir aynı hak (Akipek 1972, 1974) olarak tanımlamaktadır.

Bu tanımlarda yer alan “başkasının taşınmazı” tabirinin fazla olduğu, zira bir kişinin isterse kendi taşınmazı üzerinde kendi lehine de bir üst hakkı kurabileceğinden hareketle yapılan diğer bir tanımda ise, üst hakkının sahibine ister kendisine, ister başkasına ait olsun bir taşınmazın üzerinde inşaat yapmak ve ona taşınmazdan ayrı olarak malik olmak yetkisi veren çift muhteva ve konulu bir irtifak hakkı olduğu belirtilmektedir (Ünal 1988)⁹³.

Gerçekten üst hakkının yüklü taşınmaz maliki lehine kurulması veya malik ile üst hakkı sıfatlarının sonradan birleşmesi halinde malik lehine üst hakkına dönüşmesi mümkün olmaktadır⁹⁴. Malik lehine üst hakkı, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından bağımsız, askıda bir haktır ve hak sahibi tarafından tapu sicilinde terkin ettirilerek sona

⁹³ Üst hakkına konu taşınmazın sadece üzerinde inşaat yapılabileceği izlenimini vermesi ve taşınmazda mevcut yapıların da üst hakkına konu edinebileceği hususlarını göz ardı edilmesi bu tanımın eksik kalan yönleridir.

⁹⁴ Nitekim üst hakkıyla yüklü taşınmazın malikinin TMK.m.831'de sayılan şartların gerçekleşmesi halinde kendisine tanınmış olan üst hakkının devrini isteme hakkını kullanması durumunda da üst hakkı ona devredilince bu üst hakkı malik lehine bir üst hakkı teşkil etmektedir.

erdirelebilmektedir (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998, Tereci 2011). Böyle bir durumda zaten malikin mülkiyetinde bulunan taşınmazdaki yapı bakımından ayrıca malik lehine üst hakkı kurulmasında hukuki bir menfaat bulunmadığı düşünülebilecekse de böylelikle malik, sonradan kurulacak sınırlı ayni haklara göre sıra önceliğine sahip olduğu gibi, yüklü taşınmaz üzerinde ipotek tesis etmek suretiyle üst hakkı kapsamında inşa edilecek olan yapının finansmanını sağlama imkanına kavuşmaktadır (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Dolayısıyla yüklü taşınmaz malikin lehine de üst hakkı kurulabilmesi önem kazanmaktadır. Buna karşın Tereci (2011) de “başkasının arazisi” ifadesini kullanmış ve üst hakkını başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde inşaat yapabilme veya inşaatı yerinde bırakma hakkı olarak tanımlamış bulunmaktadır (Tereci 2011). Gümüş (2003) ise, üst hakkını sahibine yüklü taşınmazın (arazinin) altında ve üstünde bir yapı inşa etme veya mevcut olan bir yapıyı (inşaatı) muhafaza etme ve bu yapının (inşaatın) mülkiyet hakkına sahip olma yetkisini sağlayan bir irtifak hakkı olarak tanımlamıştır. Üst hakkının zorunlu unsurlarını içeren ve malik lehine de üst hakkı tesis edilebileceği hususunu nazara alan bu tanıma biz de katılmaktayız.

4.3 Üst Hakkının Çeşitleri

4.3.1 Şahsa bağlı üst hakkı

Üst hakkı, kural olarak sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça devredilebilen şahsa bağlı bir irtifak hakkıdır⁹⁵. Belirtmek gerekir ki şahsa bağlı üst hakkı münhasıran hak sahibinin şahsına bağlı olmamakla birlikte, hak şahıs yararına kurulmaktadır. Bu bağlamda, lehine üst hakkı tesis edilecek şahıs bir gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi de olabilmektedir (Köprülü ve Kaneti 1982, Gürsoy vd. 1984, Turgut 2006, Tereci 2011).

⁹⁵ Şahsa bağlı üst hakkı ifadesi, hakkın şahısla kaim olduğu yani hakkın devredilemeyeceği, mirasçılara geçemeyeceği şeklinde anlaşılmaya müsait olduğundan eleştirilmekte ve “şahsi üst hakkı” kullanılması önerilmektedir. Bkz. Gürzumar 1998. Ancak eşyaya bağlı üst hakkının karşılığı olması bakımından biz, bu çalışmada bu ifadenin kullanılmasını uygun görmekteyiz. Şahsa bağlı irtifak hakları, hak sahibine sıkı sıkıya bağlı bulunup bulunmamasına göre devredilemeyen, devredilebilen ve diğer irtifak hakları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Devredilemeyen şahsa bağlı irtifak hakları (intifa ve sükna hakkı), hak sahibinin kişiliğine bağlıdır. Kanundan ötürü mirasçılara geçemez ve hukuki muamelelerle başkalarına devrolunamazlar. Devredilebilen şahsa bağlı irtifak hakları (üst hakkı, kaynak hakkı ve mecra hakkı), kanundan ötürü mirasçılara geçer, başkalarına devrolunabilirler, ancak taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür. Diğer irtifak hakları ise, kanundan ötürü mirasçılara geçemez ve hukuki muamelelerle başkalarına devrolunamazlar, ancak sözleşme ile aksinin kararlaştırılması mümkündür. Bkz. Akipek 1974.

4.3.1.1 Bağımsız üst hakkı

4.3.1.1.1 Üst hakkının bağımsızlık niteliği

Üst hakkının belirli bir taşınmaz ya da münhasıran belirli bir kişi lehine kurulmamış olması hakkın bağımsız olmasını ifade etmekte ve taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça üst hakkı kanunen bu niteliği taşımaktadır (Akipek 1972, Gürsoy vd. 1984, Ünal 1988, Kuntalp 1991, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998, Turgut 2006). Doğal olarak eşyaya bağlı üst hakları ve şahısla kaim üst hakları bu nitelik ile bağdaşmamaktadır (Ergüne 2008). Öte yandan taraflarca şahsa bağlı bir üst hakkının mirasçıya geçeceği ama devredilemeyeceği ya da devredilebileceği ama mirasçıya geçmeyeceği kararlaştırıldığında da üst hakkı bağımsız niteliğini yitirmekte, diğer bir ifadeyle üst hakkının bağımsızlığı için devredilebilme ve miras yoluyla intikal etme şartı birlikte aranmaktadır (Gürzumar 1998). Tüzel kişilerde ise, mirasçıya geçme şartı doğal olarak aranmamaktadır.

4.3.1.1.2 Bağımsız üst haklarındaki azami süre

Doktrinde bağımsız bir üst hakkının hiçbir sınırlamaya tabi olmaması halinde, yüklü taşınmaz malikinin fiili tasarruf yetkisinin sürekli olarak ortadan kaldırılması ve yüklü taşınmaz malikinin ve hatta mirasçılarının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamaması suretiyle yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının içinin boşaltılması endişesi dile getirilmiş (Gürzumar 1998) ve aynı sebeplerle kanun koyucu tarafından TMK. m. 836 hükmü ile üst hakkının bağımsız bir hak olarak en fazla 100 yıl için kurulabileceği kabul edilmiştir.

Üst hakkına getirilen bu azami süre kısıtı, özellikle taşınmazın tamamı veya büyük bir bölümü üzerinde başkasının mülkiyetine tabi bir yapı bulunan yüklü taşınmaz malikinin (ve onun mirasçılarının) hukuki ve fiili tasarruf yetkisinin aşırı kısıtlanması tehlikesini bertaraf etmek amacıyla öngörülmüş bulunmaktadır. Bu noktada taraflarca üst hakkı sözleşmesinde, bu emredici hukuk kuralına aykırı olarak yüz yıldan daha uzun bir süre kararlaştırılmış olması halinde, üst hakkı sözleşmesinin tamamen batıl addedilmesi

yerine üst hakkının yüz yıl için kurulduğunun kabul edilmesinin hükmün amacına uygun olacağı doktrinde savunulmaktadır⁹⁶. Bizce tapu memuru tarafından düzenlenecek olan resmi senette kanunun emredici hükmüne açıkça aykırı olacak şekilde böyle bir kayda yer verilmesi pek mümkün görülmemekle birlikte, bir şekilde resmi senet ile bağımsız üst hakkının yüz yıldan uzun bir süre için tesis edilmesi halinde ise, ikili bir ayırım yapılarak sonuca varılması gerektiği düşünülmektedir. Bir kere böyle bir kayda istinaden kurulan üst hakkında yüz yıl dolmasına rağmen taraflardan biri veya bu hususta menfaat sahibi üçüncü kişiler (manzarası kapanan komşu, rehin hakkı sahibi alacaklı gibi) tarafından emredici kanun hükmüne aykırı olduğundan bahisle itiraz yapılmamış ve üst hakkı fiilen kullanılmakta ise, TMK.m.836/f.II ile taraflara üst hakkının süresini uzatabilme imkanı tanınmış olduğu dikkate alınarak, artık tarafların iradesinin TMK.m.836/f.II anlamında üst hakkı süresinin uzatılması yönünde olduğunun kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Buna karşın yüz yılın sonunda taraflardan biri veya menfaat sahibi üçüncü kişiler tarafından itiraz edilmesi durumunda, artık üst hakkının terkinin gerekmektedir. Bununla birlikte örneğin 150 yıl için bağımsız ve sürekli üst hakkı olarak tapu sicilinin ayrı bir sayfasında kaydedilen üst hakkında taraflardan birinin mesela sürenin dolmasına sadece bir yıl kala azami süreye dair emredici kanun hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle terkin talebinde bulunması halinde, böyle bir talebin dürüstlük kuralına aykırı olacağı ve bu talebe istinaden tapuda işlem yapılmaması gerektiği düşünülmektedir.

Belirtildiği gibi TMK.m.836'nın 2. fıkrasında taraflara üst hakkının süresini uzatabilme imkanı tanınmış bulunmaktadır⁹⁷. Buna göre taraflar örneğin otuz yıl için kurulmuş olan bir üst hakkının bu süre dolmadan evvel bir yüz yıl daha devamını kararlaştırabilmektedirler. Bu şekilde üst hakkı süresinin uzatılması halinde, önceki üst hakkının hükümleri aynen geçerliliğini devam ettirecek ve üst hakkı üzerinde kurulmuş olan aynı haklar da devam edeceği gibi, üst hakkının kuruluş tarihi de değişmeyecektir. Dolayısıyla üst hakkı kuruluş tarihi itibarıyla olan öncelik hakkını koruyacak, yüklü taşınmaz üzerinde üst hakkı kurulduktan sonra kurulan sınırlı aynı hak sahibi üçüncü

⁹⁶Taraflarca üst hakkı sözleşmesinde, bu emredici hukuk kuralına aykırı olarak yüz yıldan daha uzun bir süre kararlaştırılmış olması halinde, üst hakkı sözleşmesinin tamamen batıl addedilmesi yerine üst hakkının yüz yıl için kurulduğunun kabulü hükmün amacına uygun olacağı yönündeki görüş için bkz. Gürzumar 1998.

⁹⁷ TMK.m.836: "Üst hakkı, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uyularak her zaman en çok yüz yıllık yeni bir süre için uzatılabilir. Bu konuda önceden yapılan taahhüt bağlayıcı değildir".

kişiler de üst hakkının süresinin uzatımı kanundan doğan bir hak olduğundan ve bu riski bilerek hak sahibi olduklarından bu durumu kabullenmek durumunda kalacaklardır (Gürzumar 1998).

4.3.1.1.3 Sözleşme kayıtlarının üst hakkının bağımsızlık niteliği üzerindeki etkileri

Üst hakkı ile ilgili olarak tarafların yapacağı anlaşmalar ile hakkın kapsamını sınırlandırmalarının hakkın bağımsızlığını nasıl etkileyeceği önem taşıyan diğer bir konudur. Uygulamada özellikle kamu yatırımları kapsamında üst hakkı tesisi ile ilgili olarak akdedilen sözleşmelerde çeşitli tahditler öngörüldüğü ve böylece üst hakkı sahibinin bu hakkı üzerindeki hukuki ve fiili tasarruf özgürlüğünün sınırlandırıldığı görülmektedir⁹⁸. Bazı yazarlar taraflarca getirilen bu tarz tasarruf sınırlamalarının hakkın bağımsız olma niteliği ile kesinlikle bağdaşmayacağını ileri sürmektedirler (Oğuzman ve Seliçi 1997). Belirtmek gerekir ki, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 15.6.2010 tarih ve 1705 sayılı Genelgesinin (A) maddesinde de bu görüş benimsenmiştir. Adı geçen düzenlemeye göre; *"...üst hakkının tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine ve bu tür tasarrufların izin alınmak suretiyle yapılabileceğine yönelik kısıtlamalar getirilmesi halinde (Kamu kuruluşlarınca getirilmek istenilen kısıtlamalar dahil) üst hakkı artık bağımsız bir nitelik kazanamayacağından, bu tür hak tesisi taleplerinin sadece taşınmaz malın tapu kütüğü sahifesinin "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda irtifak hakkı şeklinde üst hakkı olarak tescil edilmek suretiyle karşılanması gerekmektedir"*. Dolayısıyla Genelge'nin istisnasız uygulanması halinde, resmi senesinde tasarruf sınırlaması bulunan bir üst hakkı bağımsız sayılamayacağından, tapuya gayrimenkul olarak kaydedilemeyeceği gibi, ipotek konusu da yapılamayacaktır.

Buna karşın doktrindeki baskın görüş hakkın bağımsızlık özelliğini ortadan kaldırmadığı sürece, üst hakkı sahibinin tasarruf özgürlüğünün sözleşme ile

⁹⁸ Bu tahditler sayesinde, idare üst hakkı üzerinde yapılacak tasarrufi işlemlerin tarafını belirleyebilme inisiyatifi elinde tutmakta ve kendisine karşı üst hakkı sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucu doğuracağını düşündüğü tasarruflara izin vermemektedir. Bu sayede idare üst hakkı sona ermesi halinde, yeniden kendi mülkiyetinin kapsamına dahil olacak inşaat ile ilgili çıkarlarını da korumaktadır. Uygulamada özellikle 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu kapsamında gerçekleştirilen kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde üst hakkının idarenin onayı olmadan devredilemeyeceği, rehnedilemeyeceği yolundaki kayıtlara yer verildiği görülmektedir. Bkz. Gürzumar 1998.

kısıtlanabileceği ve bu şekildeki bir sözleşme kaydının üst hakkının muhtevasına dahil olan bir husus olarak herkese karşı ileri sürülebileceği yönündedir (Akipek 1972). Bu görüşe göre örneğin üst hakkının devrinin yüklü taşınmaz malikin onayına tabi tutulduğu ve ancak haklı nedenle ya da sözleşme ile öngörülen hallerde devre onay verilmeyebileceği yönündeki bir sözleşme kaydı, üst hakkının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmamaktadır (Akipek 1972). Bununla birlikte üst hakkının devrine onay verilmesini tamamen yüklü taşınmaz malikin inisiyatifine bırakan kayıtların, üst hakkının bağımsızlık niteliği ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir⁹⁹. Bizce de resmi senede tasarruf özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmadığı sürece bu tarz kayıtlar yazılması üst hakkının bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmamakta, sadece sınırlandırmaktadır. Nitekim üst hakkı aksi kararlaştırılmadıkça kanun gereği bağımsız nitelikte olup, bu gibi kayıtlar yorumlanırken bu niteliğin varlığı esas kabul edilerek, üst hakkının bağımlı nitelikte tesisinin kuralın istisnası olduğunun unutulmaması gerekmektedir. Aksi halde bir istisnanın kural haline dönüştürülmesi söz konusu olur ki bu durumun kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı düşünülmektedir.

4.3.1.1.4 Bağımsız üst haklarının tasarruf işlemlerine konu olması sorunu

Bağımsız olmakla beraber sürekli olmadığı için veyahut da bağımsız ve sürekli olmakla birlikte kendisine ayrı bir sayfa açılmamış olan bir üst hakkının tasarruf işlemlerine konu olup olmayacağı hususu, bu konuda yasal bir düzenleme bulunmadığından, doktrinde tartışmalıdır¹⁰⁰. İsviçre hukukunda hakim olan görüşe göre niteliği itibarıyla bir hak görünümünde olan üst hakkının devri ve rehni için taşınmaz mülkiyeti hükümlerine başvurmaya yer olmadığından, böyle bir üst hakkı alacağın temlik hükümleri çerçevesinde devredilebileceği gibi, bunlar üzerinde hakların rehnine ilişkin düzenlemeler uyarınca rehin hakkı tesis etmek de mümkün olmaktadır (Ergüne 2008). Başka bir görüşe göre, taşınmaz gibi işlem görmeyen üst hakkı üzerinde, bağımsız niteliği haiz olsa dahi, tapu sicili sistemimizin işleyişi biçimine uymadığından tasarruf etmek mümkün bulunmamaktadır (Ergüne 2008)¹⁰¹. Zira yüklü taşınmazın sayfasında yazılı olan üst hakkı üzerindeki tasarruf işlemlerine yönelik olarak tescillerin

⁹⁹ Gürzumar 1998, s.43.dpn 94'teki yazarlar. Yine bu görüş taraftarlarına göre üst hakkının sınırlı aynı haklarla yükümlenmesi, örneğin rehnedilmesi olanağı tamamen kaldırılamaz, ancak sınırlandırılabilir.

¹⁰⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ergüne 2008.

¹⁰¹ Ergüne, s.285, dpn.34'teki yazarlar.

yapılabileceği (örneğin üst hakkının devrinin ya da rehninin tescil edilebileceği) herhangi bir sütun tapu kütüğünde bulunmadığı gibi, yüklü taşınmazın sayfasında sadece o taşınmazı doğrudan doğruya kısıtlayan aynî haklar için ayrı bir sütun yer almaktadır. Bu sebeple de üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmediği sürece, tasarruf işlemlerine konu olmaması gerektiği savunulmaktadır. Aynî haklara hâkim olan aleniyet ilkesinden hareket eden bir başka görüş de ayrı bir sayfaya yazılmamış olan üst hakkının devri hususunda kanunda boşluk olduğu ve bu boşluğun üst hakkının tesisi için gerekli şartların buraya uygulanması suretiyle doldurulması gerektiği yönündedir (Ergüne 2008)¹⁰². Bu görüş taraftarlarına göre MK.m.780/f.II’de sözü geçen “kazanma” terimi irtifak hakkının hem kurulmasını hem de devrini içine almakta ve üst hakkına dayanılarak inşa edilen yapı taşınmaz niteliğinde olduğundan, üst hakkı niteliği itibarıyla alacak hakkından ziyade taşınmaz mülkiyetine benzemekte ve dolayısıyla tapu kütüğünde taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya yazılmamış bağımsız üst hakkının devredilebilmesi için, resmî şekle tâbi sözleşmeyi takiben tapuda devralan lehine tescil yapılması gerekmektedir.

Bize göre ise bağımsız ve sürekli olsa dahi tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş bir üst hakkının artık tasarruf işlemine konu yapılamaması ve taraf iradelerin, tasarruf işlemine konu yapılması mümkün olmayan bir üst hakkı tesisi yönünde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflarca üst hakkının tasarruf işlemlerine konu yapılması istenmekte ise, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tesis edilerek, bu üst hakkının tapu sicilinin ayrı bir sayfasına kaydedilmesi gerektiği düşünülmektedir. Zira sosyal düzenle yakından ilgili olan Eşya Hukuku’nda Borçlar Hukuku’nun aksine akit serbestisi bulunmadığı gibi, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi hakimdir. Bu nedenle de Eşya Hukuku kapsamında kişiler hakkın muhtevasını belirlemede tipe bağlı kalmak zorunda oldukları gibi, kanunda düzenlenmeyen atipik sözleşmeler yapılması da mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla kanunda açıkça öngörülmediği halde, taraflara tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmemiş bir aynı hak üzerinde tasarruf imkanı verecek şekilde bir yorum yapılması bizce mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte böyle bir üst hakkının kullanımı sözleşme ile

¹⁰² Ergüne, s.285, dpn.35’teki yazarlar.

devredilebileceği gibi, kira hakkı gibi bir şahsi hakka konu edilmesi de mümkün bulunmaktadır.

4.3.1.1.5 Sürekli üst hakkı

Üst hakkının sürekliliği ile kastedilen ebedilik değil, devamlılık olup, TMK. m. 826'ya göre en az 30 yıllık bir süre ile kurulmuş üst hakkı daimi nitelikte sayılmaktadır (Ünal 1988, Kuntalp 1991). Bu noktada belirtilmesi gereken husus, süreklilik koşulunun tespitinde genel hüküm niteliğindeki TMK'nın 998. maddesinin değil, üst hakkını özel olarak düzenleyen ve üst hakkının sürekliliği bakımından en az otuz yıllık azami süre koşulunu getiren 826. maddesinin esas alınması gerektiğidir. Zira TMK.m.826/II, TMK.m. 998/II'deki düzenlemeden farklı olarak en az otuz yıllık azami süre koşulunu aramış ve süresiz olarak kurulan bir üst hakkını sürekli üst hakkı olarak kabul etmemiştir¹⁰³.

4.3.1.3 Şahısla kaim üst hakkı

Üst hakkını kuran sözleşmede, kişi lehine kurulmuş olan bir üst hakkının, devredilemeyeceği ve mirasçılara geçmeyeceği kararlaştırılmışsa, şahısla kaim üst hakkından söz edilmektedir (Gürzumar 1998, Turgut 2006, Ergüne 2008). Bu ihtimalde bağımsız niteliğe haiz olmadığından üst hakkı üzerinde tasarruf işlemi yapılması hukuken mümkün bulunmamaktadır¹⁰⁴. Şahısla kaim bir üst hakkı miras yoluyla veya bir özel hukuk sözleşmesi ile devredilememekte ve dolayısıyla lehine tanınmış olduğu şahsa sıkı sıkıya bağlı kalmaktadır. Şahısla kaim üst hakları bakımından kanunda azami bir süre kısıtı öngörülmemiş olup, hak sahibinin ömrü boyunca üst hakkı devam edebilmektedir. Bu yönüyle şahısla kaim üst hakları intifa hakkına yaklaşmaktadır. Bu nedenle de doktrinde özellikle bir tüzel kişi lehine kurulmuş şahısla kaim üst hakkı söz konusu olduğunda, bağımsız üst hakkı için getirilen azami süreden çok daha uzun bir süreyle hakkın devam edebileceği ve yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının içinin

¹⁰³ TMK.m. 998/II'de, TMK.m.826/II'deki düzenlemeden farklı olarak "süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreli olması gerektiği" belirtilmiştir.

¹⁰⁴ Ancak intifa hakkına ilişkin MK.m.806'ya kıyasen, sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa, üst hakkının kullanılmasının başkasına devri mümkün olmalıdır. Bu takdirde yüklü taşınmaz maliki, haklarını, kullanım imkânını devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilecektir.

boşalacağından hareketle bağımsız üst hakkı bakımından öngörülen yüz yıllık azami sürenin bu kapsamdaki üst haklarına da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁵. Bizce kanun koyucunun iradesini aşacak şekilde bu tarz bir yorum yapma imkanı bulunmamaktadır.

4.3.2 Eşyaya bağlı üst hakkı

Bir hakkın eşyaya bağlı olması¹⁰⁶ hak sahipliğinin bir taşınmaza malik olma durumuna bağlı olmasından ileri gelmektedir. Diğer bir ifadeyle eşyaya bağlı irtifak hakkında bir eşya üzerinde irtifak hakkı sahibi olabilmek başka bir eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaya bağlanmış olmakta ve yararlanan taşınmazın mülkiyetinden ayrı olarak tasarruf etmek mümkün olmamaktadır. Buradan hareketle eşyaya bağlı irtifak hakkı, “taşınmaz irtifakı” veya “arzi irtifak” olarak da adlandırılmaktadır (Köprülü ve Kaneti 1982, Tekinay 1994, Tereci 2011). Eşyaya bağlı irtifak hakkı TMK.m.779’da düzenlenmiş olup, buna göre eşyaya bağlı irtifak kapsamında biri hakkın konusu olan yüklü taşınmaz, diğeri ise hak sahibinin maliki bulunduğu yararlanan taşınmaz olmak üzere iki taşınmaz bulunmakta ve yüklü taşınmaz maliki, bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmaktan kaçınmak (olumsuz irtifak) ve/veya bu taşınmaza irtifak hakkı sahibi tarafından yapılacak müdahalelere katlanmak (olumlu irtifak) ile yükümlü kılınmaktadır. Nitekim TMK.m.779/f.II’de, “yapma borçlarının, irtifak hakkına başlı başına konu olamayacağı; ona ancak yan edim olarak bağlanabileceği” belirtilmiş olup, yüklü taşınmaz malikinin olumlu bir edimi üst hakkı irtifakının tek başına konusu olamamakta, ancak ikinci derecede ve tali nitelikte kalacak şekilde taraflarca hakkın içeriğine dahil edilebilmektedir.

Kanunda bu hususta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde üst hakkının da eşyaya bağlı olarak tesis edilebileceği kabul edilmektedir (Aral 1962, Akipek 1972, Köprülü ve Kaneti 1982, Ünal 1988, Tekinay 1994, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar

¹⁰⁵ Gürzumar 1998 s.52 dph 140’daki yazarlar, Ergüne 2008 s.276 dph.6’daki yazarlar. Nitekim aynı sebeple TMK’nın 797. maddesinde, eşya üzerinde en geniş yararlanma yetkisi sunan irtifak hakkı olan intifa hakkının tüzel kişiler lehine kurulması halinde, en çok yüz yıl devam edebileceği kabul edilmiştir.

¹⁰⁶ Eşyaya bağlı borçlar, borç ilişkisinin ancak taraflarını yükümlülük altına sokacağı ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Zira eşyaya bağlı borçlarda yalnızca o borç ilişkisini kuran hukuki işlemin tarafları (ve onların külli halefleri) değil, daha sonra borcun ilgili olduğu borcun kapsamındaki aynı hakkı devralanan cüzi halef de borçlu olmaktadır. Bu nedenle de sadece üst hakkı sözleşmesinin tarafları ve onların külli halefleri değil, yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını ya da yüklü taşınmaz üzerindeki üst hakkını devralanan cüzi halefleri de borçlu sıfatını almaktadır.

1998, Ertaş 2008). Üst hakkının eşyaya bağlı olması öncelikle onun bağımsızlığını ortadan kaldırmakta ve eşyaya bağlı üst hakkı üzerinde, yararlanan taşınmaz mülkiyetinden ayrı olarak tasarruf etmek; üst hakkını tek başına devretmek ya da üst hakkı üzerinde rehin ya da irtifak hakkı tesisi mümkün olmamaktadır¹⁰⁷. Ancak yararlanan taşınmazın devredilmesi ya da rehnedilmesiyle, üst hakkı da el değiştirmiş ya da rehnin kapsamına girmiş olmakta ve yararlanan taşınmazın taksim edilmesi halinde de kural olarak taksim ile ortaya çıkan her bir parça lehine üst hakkı devam etmektedir (Gürzumar 1998).

4.4 Tapu Siciline Tescili Yapılmış Bağımsız ve Sürekli Üst Hakkı

Bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkı, tapu sicilinin ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kayıt edilebilmektedir (Gürzumar 1998, Turgut 2006, Ergüne 2008). Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 998. maddesinde ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 10. maddesinde taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli hakların taşınmaz olarak tapu siciline kaydedilebileceği açıkça öngörülmüş ve Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde de tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar taşınmaz mülkiyetinin konuları arasında sayılmış bulunmaktadır¹⁰⁸. Görülmektedir ki kanun koyucu bağımsız ve sürekli olma şartını birlikte aramaktadır. Bu nedenle de 30 yıldan az süreli bir üst hakkının, bağımsız ve sürekli hak olarak tapu sicilinin ayrı bir sayfasına tescili mümkün olmadığı gibi, 30 yıl ve daha fazla süreli olmasına rağmen tesisi sırasında, üçüncü şahıslara devredilemeyeceğine, mirasçılara intikal etmeyeceğine ve aynı hak tesis edilemeyeceğine yönelik kısıtlamalara tabi kılınan bağımlı nitelikteki bir üst hakkına binaen de tapu sicilinde tescil işlemi yapılamayacak ve ancak Tapu Sicil Tüzüğü'nün 30. maddesinde gösterildiği şekilde irtifak hakları sütununa tescil edilebilecektir.

¹⁰⁷ TMK.m.836 hükmü ile bağımsız üst hakları bakımından öngörülen azami sürenin eşyaya bağlı üst haklarında uygulama imkanı da kalmamaktadır.

¹⁰⁸ Tapu Sicili Tüzüğü'nün 10. maddesine göre de "süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlamayan veya izne tabi kılmayan bağımsız ve sürekli irtifak hakları, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz mal olarak tescil edilir. Tapu kütüğüne taşınmaz mal olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devir olunabilir, mirasçılara geçebilir ve üzerinde her türlü aynı ve kişisel hak kurulabilir". RG.7.6.1994T., 21953S.

Bağımsız ve sürekli üst hakkının taşınmaz olarak ayrı bir sayfaya kaydedilmesi onun bir taşınmaz gibi işlem görmesini sağlamaktadır (Turgut 2006)¹⁰⁹. Bu sayede üst hakkı üzerinde yapılacak tasarruf işlemleri bakımından tapu sicili ile işlem güvenliği sağlanmakta ve üst hakkı taşınmaz gibi el değiştirme imkanına kavuştuğu gibi, üst hakkı sahibi de daha kolay kredi temin etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, tapu siciline kaydedilmekle taşınmaz eşya niteliği kazanılması söz konusu olmamakta ve üst hakkı bir irtifak hakkı olarak kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle de taşınmazlara ilişkin hükümler ancak mahiyeti uygun düştüğü ölçüde üst hakkına uygulanabilecek ve taşınmazlara dair her hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır (Turgut 2006).

Doktrinde bağımsız ve sürekli bir üst hakkının tapuda taşınmaz olarak kaydedilmekle taşınmazlar üzerinde kurulabilecek bütün sınırlı ayni haklara konu yapılabileceği kabul edilmektedir (Gürzumar 1998, Ergüne 2008). Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 15.6.2010 tarih ve 1705 sayılı Genelgesinin (G) maddesinde de, ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı üzerinde taşınmazlara özgü tasarruf işlemlerinin yapılabileceğinin vurgulandığı görülmektedir. Bu düzenlemeye göre; *“Müstakil ve daimi niteliği haiz üst hakkı, taşınmaz mal olarak sayıldığı ve ayrı bir sayfeye tescil edildiğinden bunların devir-temlik, mirasçılara intikali ve üzerinde her türlü ayni veya şahsi hak tesisi mümkün olduğu gibi kat irtifakı veya kat mülkiyeti ve yeni bir üst hakkı tesisi de mümkündür”*.

Bu bağlamda tapuda taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkı, öncelikle taşınmaz rehnine konu olabilecektir. Nitekim kanun koyucu tarafından TMK.m. 834'te üst hakkı iradının teminatı olarak dolaylı bir kanuni ipotek hakkı açıkça kabul edildiği gibi, TMK.m.850 ve devamı hükümleri uyarınca gayrimenkul rehninin tüm türlerinin (ipotek, ipotekli borç senedi, irat senedi) uygulanması da mümkün olmaktadır (Gürzumar 1998, Ergüne 2008).

Böyle bir üst hakkı irtifak haklarına da konu yapılabilecektir (Gürzumar 1998)¹¹⁰. Kuşkusuz bu halde üst hakkı üzerinde tesis edilen irtifak hakkı, üst hakkını kuran resmî

¹⁰⁹ Bu halde, üst hakkı üzerindeki tasarruf işlemleri bakımından taşınmazların tabi olduğu geçerlilik şartları aranacaktır.

¹¹⁰ Tapu sicilinde taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkı üzerinde intifa hakkı kurulabileceği gibi, taşınmaz yükü de tesis edilebilir. Bir binadan ya da onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisini veren oturma hakkının üst hakkı üzerinde kurulabilmesi için ise, üst hakkına dayanılarak yüklü taşınmaz üzerinde oturmaya elverişli bir bina inşa edilmiş

senette yer alan ve TMK.m.827’de belirtildiği üzere herkes için bağlayıcı olan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları dahilinde kullanılabilir (Ergüne 2008) ve yüklü taşınmaz maliki üst hakkı sahibine karşı sahip olduğu hakları, irtifak hakkı sahibine karşı da doğrudan ileri sürebilecektir (Ünal 1988, Gürzumar 1998).

Bu noktada üst hakkı üzerinde üst hakkı kurulması hususu tartışmalı olmakla beraber, bugün hakim görüş tesis edilebileceği yönündedir (Akipek 1972, Gürsoy vd. 1984, Kuntalp 1991). Azınlıkta kalan bir grup, üst hakkı tesisinin bir arazi mevcudiyetini gerektirdiği ve bir hakkın üst hakkının konusu olamayacağından hareketle buna karşı çıkmaktadır (Aral 1962)¹¹¹. Ne var ki hakim görüş ayrı bir sayfaya kaydedilmekle taşınmaz gibi işlem gören üst hakkının başka bir üst hakkına da konu olabileceğini savunmaktadır (Akipek 1972, Ünal 1988, Gürzumar 1998, Ergüne 2008)¹¹². Aynı şekilde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 15.6.2010 tarih ve 1705 sayılı Genelgesi’nin (G) maddesinde müstakil ve daimi niteliği haiz üst hakkı üzerinde her türlü aynı veya şahsi hak tesisi ile yeni bir üst hakkı tesisinin mümkün olduğu açıkça belirtilmiş olduğundan, bugün için artık bu tartışmaların bir ehemmiyetinin kalmadığı düşünülmektedir. Üst hakkı üzerinde tesis edilen irtifaklarla ilgili olarak belirttiğimiz gibi, burada da yeni üst hakkı sahibinin elde edeceği yetkilerin ilk üst hakkı sahibinin yetkileri ile sınırlı olacağı ve yüklü taşınmaz malikinin ilk üst hakkı sahibine karşı sahip olduğu hakları, yeni hak sahibine karşı da doğrudan ileri sürebileceği muhakkaktır. Belirtmek gerekir ki, böyle bir üst hakkı üzerinde başka bir üst hakkı tesisi, ilk hak sahibinin yetkilerini kaybettiği anlamına gelmemekte, ancak ikinci üst hakkı devam ettiği sürece yeni hak sahibi yararına bu yetkileri kullanmaktan kaçınmak ve onun inşaat yapmasına katlanmakla yükümlü olduğunun kabulü gerekmektedir¹¹³.

olması gerekmektedir. Ayrıca şahsi hak doğuran sözleşmelere konu yapılması ve tapu kütüğüne şerh verilebilmesi de mümkün görülmektedir. Örneğin, taşınmaz gibi işlem gören üst hakkına ilişkin olarak yapılan alım, önalım, gerilim ya da kira sözleşmesinden doğan hak, üst hakkı için tapu kütüğünde açılan ayrı sayfaya şerhedilebilecektir. Hatta üst hakkının paylı olarak birden çok kimseye ait olduğu hâllerde, MK.m.732 vd. uyarınca yasal önalım hakkının kullanılmasının da mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Ergüne 2008.

¹¹¹ Ertaş (2006) ise, tapuya taşınmaz olarak kayıtlı üst hakkının başka bir üst hakkına konu olamayacağını savunurken, TMK.m.726/f.III’de yer alan “Bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamaz” hükmüne dayanmaktadır.

¹¹² Ünal (1988) ve Akipek (1972) tarafından böyle bir üst hakkı için ikinci dereceden üst hakkı tabiri kullanılmış ve böyle bir üst hakkının özellikle konut kooperatifleri bakımından çok işlevsel olduğu, zira böylece herhangi bir arazi üzerinde üst hakkı elde eden kooperatifin ortaklarına konutlarını yapabilmeleri için üst hakkı tanıyabileceği ileri sürülmüştür.

¹¹³ Doktrinde kimi yazarlar bu şekilde bir üst hakkı üzerinde başka bir üst hakkı tesisi halinde, ilk üst hakkı sahibinin yüklü taşınmazdaki yapı üstündeki mülkiyet hakkını kaybedeceğini ve bu mülkiyet hakkının ikinci üst hakkı sahibine ait

Öte yandan, bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkının tapu siciline kaydı bir zorunluluk teşkil etmemektedir. Nitekim TMK.m.751/III’te, “*üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise, üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebilir*” denilmek suretiyle bu konuda istemde bulunulması hak sahibinin ihtiyarına bırakılmış bulunmaktadır¹¹⁴. Dolayısıyla hak sahibi tarafından tapu siciline tescil ettirilmediği sürece, bağımsız ve sürekli bir üst hakkı ipotek konusu yapılamayacak ve yüklü taşınmaz maliki de TMK’nın 834. maddesi ile tanınan kanuni ipotek hakkına kavuşamayacaktır. Bu ihtimale karşı doktrinde üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı sahibine bu hakkını tapuya taşınmaz olarak kaydettirme borcu yüklenebileceği ileri sürülmektedir¹¹⁵. Bizce de böyle bir kayda yer verilebilmekle birlikte, bağımsız ve sürekli bir üst hakkının tapu siciline tescilinde menfaati bulunan yüklü taşınmaz malikinin Borçlar Kanunu’nun 97. maddesi kapsamında üst hakkı sahibi tarafından yerine getirilmeyen işlemin kendisi tarafından yerine getirilmesi konusunda izin verilmesini hakimden talep edebileceği de düşünülmektedir¹¹⁶.

4.5 Üst Hakkının İçeriği

Üst hakkının içeriği esas olarak TMK’nın 726. ve 826. maddelerinde düzenlenmiş olup, buna göre, hakkın konusu olan taşınmazda yapı inşa etme veya söz konusu taşınmazda varolan bir yapıyı muhafaza etme ve ona malik olma yetkisi, üst hakkının kanundan doğan içeriğini oluşturmaktadır. Bunun yanında TMK.m.827’de yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya dair hususların sözleşme ile ayrıca düzenlenebileceği ve bu hususların tıpkı hakkın asgari içeriği gibi üst hakkını ve yüklü taşınmazı iktisap eden herkese karşı ileri sürülebileceği öngörülmektedir¹¹⁷. Bu nedenlerle üst hakkının

olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Ünal 1988, Gürzumar 1998, Ergüne 2008. Bizce bu görüşü kabul etmek mümkün görülmemektedir. Bu görüş iki üst hakkının da aynı zamanda son bulunduğu durumlarda sıkıntı yaratmayacaksa da ikinci üst hakkının ilkinden önce son bulunduğu durumlarda kanunun amacına aykırı bir sonuç doğuracaktır. Zira bu görüşe göre ilk üst hakkı sahibinin mülkiyet hakkının son bulunduğu kabul edilirse, ikinci üst hakkının ilk üst hakkından önce sona ermesi halinde, yapının mülkiyetinin birleşme ilkesi gereğince yüklü arazi malikine ait olacağını kabul etmek gerekir. Oysaki ikinci üst hakkı süresince ilk hak sahibinin yetkilerinin askıda olduğunun kabul edilirse, yapının mülkiyeti ona dönecektir. Nitekim aynı sonuca alt kiraya dair kanun hükümlerinden de ulaşmak mümkündür.

¹¹⁴ Üst hakkı sahibi böyle bir tescil işlemi için yüklü taşınmaz malikinin tescile muvafakatini almak zorunda da değildir.

¹¹⁵ Bkz. Gürzumar 1998, s.58 dnp. 167’deki yazarlar.

¹¹⁶ Üst hakkının tapuya taşınmaz olarak kaydının askıda olduğundan üst hakkı sahibinden TMK.m.2 uyarınca istenebileceği yönündeki görüş için bkz. Gürzumar 1998. Bizce BK.m.97’deki imkanı kullanmak yerine dürüstlük kuralına başvurulmasına yer olmamalıdır.

¹¹⁷ Belirtmek gerekir ki, resmi senedin aynı etkisi icra kanalıyla satış suretiyle üst hakkının devrolunması halinde hüküm ifade etmemekte ve resmi makamlar eliyle yapılan, tarafların iradesi dışında bir satış işlemi söz konusu olduğundan, resmi senetten doğan tasarruf sınırlamalar geçerli olmamaktadır. Bkz. Gürzumar 1998.

kapsam ve içeriği incelenirken, üst hakkının içeriğini kaynaklarına göre kanundan doğan içeriği ve sözleşmeden doğan içeriği olmak üzere iki kısımda incelemenin daha doğru olacağı düşünülmüştür.

4.5.1 Üst hakkının kanundan doğan asgari içeriği

Borçlar Hukuku'ndaki akit serbestisi prensibi uyarınca taraflar kanunda düzenlenen akit tipleri dışında akitler yapabilmekte ve kanunda düzenlenen bir akdin içeriğini emredici hukuk hükümlerine, ahlaka ve adaba aykırı düşmemek kaydıyla diledikleri şekilde düzenleyebilmekte iken, aynı imkan aynı haklar bakımından mevcut değildir (Sirmen 1995, Oğuzman ve Seliçi 1997). Eşya Hukukumuzda hakim olan belirli sayı ve tipe bağlılık ilkesi gereğince eşya üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için söz konusu hakların aleniyetinin sağlanması yanında, sayı, tür ve muhteva itibarıyla de sınırlarının belirli olması gerekmektedir (Ünal 1988). Üst hakkının asgari içeriği de TMK'nın 726. ve 826. maddeleri ile düzenlenmiş olup, kanundan doğan bu içeriğin aksine yapılan sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesine göre batıl olmaktadır.

Anılan hükümlere göre üst hakkının kanuni içeriği, hakkın konusu olan taşınmaz üzerinde inşaat yapma veya mevcut yapıyı muhafaza etme ve maliki olma yetkisinden oluşmaktadır (Akipek 1972, Köprülü ve Kaneti 1982, Ünal 1988, Tekinay 1994, Gürzumar 1998, Turgut 2006). Bu çerçevede, üst hakkı yüklü taşınmaz üzerinde kurulmakta ve hak sahibi yüklü taşınmazı inşaat yaparak veya zaten mevcut olan yapıyı muhafaza ederek kullanma hakkına sahip olmakta iken, yüklü taşınmaz maliki, maliki bulunduğu taşınmazı kullanmaktan kaçınmak ve mülkiyet hakkından doğan yetkilerinden bazılarının üst hakkı sahibi tarafından kullanılmasına katlanmak durumunda kalmaktadır (Akipek 1972, 1974, Ergüne 2008).

Öte yandan yüklü taşınmaz üzerinde inşaat yapma hakkı üst hakkı sahibine tanınmış bir yetki olduğundan, bu yetkiyi kullanmak mecburiyeti bulunmadığı gibi (Akipek 1972), bu yetkisini kullanmadığı sürece yüklü taşınmaz üzerinde bir inşaatın ve bunun

üzerindeki bir mülkiyet hakkından da söz edilemeyecektir¹¹⁸. Bununla birlikte, üst hakkı sahibi bu yetkisini kullanmasa dahi yüklü taşınmaz üst hakkıyla yüklü kalmaya devam edecek ve üst hakkı sahibinin bu yetkisini kullanmadığından bahisle hakkından feragat ettiği veya hakkın sukut ettiği söylenemeyecektir.

Üst hakkı sahibi hakkın kanuni asgari içeriğinden doğan yüklü taşınmaz üzerinde inşaat yapma veya mevcut inşaatı muhafaza etme ve maliki olma yetkilerinin neticesi olarak hak sahibi üst hakkı süresince yüklü taşınmazın (kullanımı kendisine bırakılan kısımda) feri zilyedi, yapının ise asli zilyedi olmaktadır (Akipek 1972, Gürzumar 1998). Bu durumda üst hakkı sahibi yapıya yönelik haksız müdahalelere karşı mülkiyet hakkına dayanabileceği gibi, zilyetliğe dair koruyucu hükümlerden de yararlanabilecektir.

4.5.1.1 Üst hakkının konusu yüklü taşınmaz

Üst hakkının konusu yüklü taşınmazdır, yapı ise üst hakkından doğan mülkiyet hakkının konusunu teşkil etmektedir (Akipek 1972, Gürsoy vd. 1984, Ünal 1988, Gürzumar 1998)¹¹⁹. Bu husus aynı haklardaki sıra ilişkisi bakımından önem kazanmaktadır. Zira üst hakkı da bir irtifak hakkı olarak sınırlı aynı hakların tabi olduğu kuruluş tarihi itibarıyla öncelik ilkesine tabi bulunmakla birlikte, üst hakkı üzerinde tesis edilecek olan aynı haklar, üst hakkının konusunu oluşturan yüklü taşınmazı etkilememekte, yüklü taşınmaz üzerinde sonradan tesis edilen aynı haklar da üst hakkından doğan mülkiyet hakkının konusunu oluşturan yapıyı etkilememektedir. Diğer bir deyişle konuları farklı olduğundan, bu aynı haklar arasında bir sıra ilişkisi kurulamamaktadır (Akipek 1972, Gürsoy vd. 1984, Ünal 1988, Ergüne 2008).

Üst hakkı genellikle arazi üzerinde kurulmaktadır¹²⁰. Nitekim TMK.m.826'da da arazinin altına veya üstünde yapılacak ve yahut mevcut olan bir yapıdan bahsedilmekte ve üst hakkının konusu olarak arazi esas alınmaktadır. Arazi özel mülkiyet konusu

¹¹⁸ Bu nedenle de YİD kapsamında kurulacak üst hakları bakımından yapılacak sözleşmede inşaat başlanması gereken tarihin ve inşaat süresinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Gerçi, lehine üst hakkı tesis edilecek yatırımcı şirketin bir an önce inşaatın tamamlanarak, işletmenin faaliyete geçirilmesinde en az yatırım sahibi kadar menfaati bulunduğundan, böyle bir tehlikenin doğmayacağı düşünülmektedir.

¹¹⁹ Doktrinde bir grup azınlık ise, inşaatı üst hakkının konusu kabul etmektedir (Aral 1962).

¹²⁰ Bununla birlikte tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar da üst hakkına konu yapılabilmektedir.

olabileceği gibi, kamu arazisi de olabilmektedir (Akipek 1972, Köprülü ve Kaneti 1982, Gürzumar 1998).

Eşya Hukukumuzda hakim olan belirlilik ilkesi gereği ancak bağımsız bir varlığı olan ve üzerinde ferden hakimiyet kurulabilecek şeyler, eşya olarak kabul edilmekte ve aynı hak konusu yapılabilmektedir. Bunun sonucu olarak aynı hak belli bir şeyin tümünü kapsamaktadır (Sirmen 1995). Diğer bir ifadeyle bir üst hakkı da konusu olan yüklü taşınmazın bütününe kapsamakta ve yükümlenmektedir (Akipek 1972, Köprülü ve Kaneti 1982, Gürzumar 1998, Turgut 2006). Bu nedenle de yüklü taşınmazın sadece bir kısmı üzerinde üst hakkı tesis edileceğine dair yapılan anlaşmalar batıldır. Bununla birlikte, üst hakkı sahibinin yüklü taşınmazı kullanım biçiminin resmi senet ile sınırlandırılmasına bir engel bulunmamaktadır (Akipek 1972, Köprülü ve Kaneti 1982, Gürzumar 1998, Turgut 2006). Aynı şekilde hukuken bağımsız eşya niteliğinde olmadığından, müşterek mülkiyete tabi olan bir arazi üzerindeki müşterek mülkiyet payı üzerinde veya (hepsi aynı kişiye ait olsa da) birden fazla araziyi sınırları içine alan bir tek yapı için birden fazla arazinin de üst hakkına konu yapılmasına imkan bulunmamaktadır (Akipek 1972, Köprülü ve Kaneti 1982, Gürzumar 1998). Zaten tapu sicil sistemimiz de buna cevaz vermemektedir (Gürzumar 1998).

4.5.1.2 Yapı kavramı ve yapı üzerindeki mülkiyet hakkı

Yapının mahiyeti hususunda Medeni Kanun'da yeterli bir açıklama yapılmamış, ancak TMK.m.726'da *“bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, irtifak hakkı sahibine ait olur”* denilmek suretiyle sadece sürekli kalmak üzere yapılacak yapılar bakımından üst hakkı tesis edilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Medeni Kanun'un Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği ve Kısıtlamaları ayırımında yer alan 728. maddesinden hareketle yapının özelliklerinin belirlenebileceği düşünülmektedir¹²¹. TMK.m.728 hükmünde menkul yapılar *“başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar”* olarak tanımlanmış olup, yapının

¹²¹ TMK.m.728 hükmüne göre, “başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmez”.

mahiyetinin belirlenmesinde kalıcı olma gayesinin güdülüp güdülmemesinin ayırt edici unsur olduğu anlaşılmaktadır. Doktrinde de bir yapıya menkul vasfını verenin onu inşa edenin bu husustaki arzusu olduğu ve yapının kalıcı olmak üzere yapılıp yapılmadığının tespitinde ise, yapının bulunduğu yerin yerel özellikleri¹²², yapının arzla olan bağlılık derecesi, kullanılan malzeme, yapının tahsis amacının belirleyici olacağı belirtilmektedir (Akipek 1972, Ünal 1988, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Bu çerçevede teknik vasıta ile arazinin üstüne veya altına bağlanan her şeyin TMK.m.718/II anlamında yapı (yapılan şey) teşkil ettiği kabul edilmektedir (Oğuzman ve Seliçi 1997). Örneğin konutlar ve teknolojik tesisler yanında barajlar, tüneller, garajlar, su depoları, limanlar, gözetleme kuleleri, elektrik direkleri, sığınaklar, anıtlar gibi araziye bağlanmış ve kalıcı tüm yapılar da TMK.m.718/II anlamında yapı teşkil etmektedir¹²³. Görüldüğü üzere, bir yapının üst hakkına konu olabilmesi için devamlılık arzemesi ve arzla bağlantılı olması yanında yapısal açıdan bağımsız ve üzerinde ferden hakimiyet kurulmasına elverişli olması gerekmektedir. Zira TMK.m.726 uyarınca üst hakkı tesisi yoluyla yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından bağımsız bir mülkiyet hakkı kazanılmakta ve yapının mülkiyeti üzerinde bulunduğu arazinin mülkiyetinden ayrılmaktadır. Dolayısıyla bir yapının bağımsızlık niteliği bulunmayan mütemmim cüzüleri üzerinde üst hakkı tesisi mümkün olmadığı gibi, yapının sadece belli bir bölümünü kapsayacak şekilde üst hakkı tesisi de mümkün olmamaktadır.

Diğer yandan söz konusu mülkiyet hakkı yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından ayrılmakla beraber, üst hakkına bağımlı ve üst hakkından doğan bir yetkiden ibarettir (Aral 1962, Akipek 1972, Ünal 1988, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998, Ertaş 2008). Bu nedenle de yapı üzerindeki mülkiyet hakkı üst hakkından bağımsız olarak devredilemez, rehnedilemez, sınırlı aynı hak ile takyit edilemez. Diğer bir deyişle ancak üst hakkı ile beraber devredilebilecek ve üst hakkı süresince devam edeceği gibi, üst hakkının sona ermesiyle de sona erecektir (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Buna karşın doktrinde yüklü taşınmaz üzerindeki irtifak ile yapı

¹²² Bu hususta bkz. Y.16.HD., 2005/318E., 2005/01146K. sayılı kararı.

¹²³ Y.1.HD. 1993/00218E., 1993/00760K., 29.01.1993T. "...İnşaat ve imalat denilince, bina ve benzeri yapılarla onların mütemmim cüz'üleri anlaşılmalıdır. Toprakla sıkı surette birleşmiş olması kaydıyla toprağın alt ve üstünde (örneğin; sarnıç, çeşme, elektrik ve su tesisleri ve merdivenler) insan emeğiyle meydana getirilmiş bütün yapılar kast olunmuştur. Kuşkusuz, yapının temelli bırakılmak maksadıyla yapılmış olması gerekir. MK.nun 654. maddesine göre temelli olmayan yapılara 651. madde uygulanamaz (Bertan, age., Sh. 635-636). Öğretide, farklı bir görüşe yer verilmiş değildir. Aksine, İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi kararlarında görüşlerin en fazla değinilen ve aynı hakları geniş biçimde şerh eden Prof. Dr. C. Wieland, hafif binalar yönünden dahi irtifak hakkı kurulabileceğini kabul etmektedir (Prof. Dr C. Wieland, Aynı Haklar; I. Hakkı Karafaki Tercümesi, 1946 tarih, Sh. 210)..."

üzerindeki mülkiyet hakkının üst hakkının içeriğine dahil zorunlu hususlar olduğu da ileri sürülmektedir (Ünal 1988). Oysaki üst hakkı sahibinin yapı üzerindeki mülkiyet hakkı üst hakkının getirdiği ferî bir yetki olup, üst hakkı sahibinin bu yetkiyi kullanmak mecburiyeti dahi bulunmamaktadır (Akipek 1972)¹²⁴. Bu şekilde kullanılması hak sahibinin ihtiyarına bırakılmış bir yetkinin, hakkın zorunlu unsuru olarak kabul edilemeyeceği düşünülmektedir.

Üst hakkı tesisi ile yapı üzerinde kazanılan mülkiyet hakkının hukuki niteliği hakkında doktrinde çeşitli görüşler¹²⁵ bulunmakla birlikte, bizim de katıldığımız hakim görüş kendisine özgü bir mülkiyet teşkil ettiği yönündedir (Akipek 1972, Ünal 1988, Gürzumar, 1998). Bu görüşe göre her ne kadar TMK'nın 704. ve 1008. maddelerinde sayılan ve tapu siciline kaydedilebilecek taşınmazlar arasında yapıya (inşaata) yer verilmemiş, dolayısıyla hukuken taşınmaz eşya niteliği yok ise de özüne zarar verilmeksizin bir yerden başka bir yere taşınması mümkün olmadığından tabiatı gereği taşınmaz teşkil ettiği kabul edilmekte ve üst hakkından beklenen faydanın elde edilebilmesi için yapı üzerindeki mülkiyet hakkının taşınmaz mülkiyetine ilişkin kurallara tabi kılınması gereği savunulmaktadır (Akipek 1972, Ünal 1988, Gürzumar, 1998).

Yapı üzerindeki mülkiyet hakkı, yapının yapıldığı anda kanun gereği yüklü taşınmaz malikinin herhangi bir işlemine gerek olmaksızın kendiliğinden kazanılmakta ve aslen kazanma teşkil etmektedir (Akipek 1972, Sirmen 1995, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar, 1998). Yapının üst hakkı tesis edildiği sırada mevcut olması halinde ise, mülkiyet hakkı üst hakkının tesisi ile birlikte yine aslen kazanılmaktadır. Üst hakkı sahibi yapının asli zilyedi olarak yapıyı üst hakkının sınırları dahilinde kalmak kaydıyla dileği gibi kullanabilmekte, ondan yararlanabilmekte ve hatta semerelerini toplayabilmektedir¹²⁶. Bu kapsamda üst hakkı sahibi yapıya yönelebilecek müdahalelere karşı hukuki yollara başvurabileceği gibi, kendisi de yapı üzerindeki yetkilerini kullanırken, TMK.m.737 gereğince komşularının haklarını gözetmekle yükümlü olmaktadır.

¹²⁴ Kuşkusuz resmi senet ile bu yetkinin kullanılması zorunlu kılınabilecektir.

¹²⁵ Doktrinde bir grup yazar taşınır mülkiyeti olduğunu, bir grup yazar ise, taşınmaz mülkiyeti olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Gürzumar 1998, s.115 dnp. 444-445'deki yazarlar.

¹²⁶ Nitekim YİD modeli kapsamında inşa edilen yapı işletilerek gelirleri, yatırımcı tarafından toplanmaktadır.

4.5.2 Üst hakkının sözleşmeden doğan içeriği

Üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmi senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülleme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları TMK.m.827 hükmü gereğince herkes için bağlayıcı olmaktadır. Bunun dışında kalan hususlara ilişkin kayıtlar ise, resmi senette yer almakla birlikte sadece tarafları ve onların külli haleflerini bağlamaktadır (Akipek 1972, Gürzumar 1998). Bu bağlamda resmi senette yer verilen ve üst hakkının süresine, bağımsızlığına veya hakkın kullanılmasının devrinin sınırlandırıldığına dair kayıtların da üst hakkının içerik ve kapsamına dahil olduğu kabul edilmektedir (Gürsoy vd. 1984, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Buna karşın resmi senette yer alan rekabet yasağı, gizlilik esası, markanın korunması, sigorta yapılması gibi kayıtlar, üst hakkının muhtevasına ilişkin olmadığından, sadece taraflar arasında etkili olmaktadır (Akipek 1972, Gürzumar 1998).

Aynı şekilde yapma ve verme gibi olumlu bir edimin yüklenilmesine dair kayıtlar da irtifak haklarının konusunu oluşturamayacağından, üst hakkının asli muhtevasına dahil edilememekte ve bu tür yan yükümlülükler resmi senette yer alsa da ancak taraflar (ve külli halefleri) arasında bağlayıcı olmaktadır (Akipek 1972, Gürzumar 1998). Örneğin yüklü taşınmazın boş kısmının üst hakkı sahibi tarafından ağaçlandırılması, su tesisatı yapılması veya sulanması gibi yükümlülükler resmi senette yer alsalar da aynı etki kazanamamaktadır. Bu noktada aksi görüşler de ileri sürülmekle birlikte bizim de katıldığımız hakim görüş taraftarlarına göre taraflarca kullanım bedeli ödenmesi kararlaştırılması halinde, yapma ve verme şeklindeki olumlu edimler üst hakkının muhtevasına dahil olmadığından, sözleşmede kararlaştırılan bedelin de üst hakkının muhtevasına dahil olamayacağı ve şahsi bir borç teşkil edeceği ve sadece taraflar arasında hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir (Aral 1962, Akipek 1977, Oğuzman ve Seliçi 1997).

Belirtmek gerekir ki, resmi senette yer alan kayıtların mahiyeti belirlenirken, halin icabı, tahsis amacı, tarafların gayesi gibi hususlar belirleyici olmaktadır. Nitekim yapılacak inşaatın çeşidi ve amacı esasen üst hakkı bakımından bir önem arz etmez iken,

örneğin bir sosyal konut projesinde sosyal içerikli ve belli bir amaca yönelik olarak üst hakkı tesis edileceğinden, tahsis amacının sözleşmede belirtilmesi önem kazanmaktadır.

4.6 Üst Hakkının Kanuni İçeriğinden Doğan Eşyaya Bağlı Borçlar

4.6.1 Üst hakkı iradının güvencesi

Yüklü taşınmaz malikinin üst hakkı iradına ilişkin korunması amacıyla TMK.m.834 hükmü ile üst hakkı sahibine ipotek tesisi borcu yüklenmiş bulunmaktadır. Buna göre, *“Malik, üst hakkı karşılığı olarak irat biçiminde borçlanılan edimleri güvence altına almak amacıyla, o tarihteki üst hakkı sahibinden en çok üç yıllık irat için tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkının ipotek edilmesini isteyebilir. İrat, her yıl için eşit edimler biçiminde belirlenmemiş ise, bu kanuni ipoteğin tescili, iradın eşit olarak dağıtılmasında üç yıla düşecek miktarı için istenebilir.”*

Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir hakkın varlığı gerekmektedir. Nitekim TMK.m.853 hükmünde rehin haklarının ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabileceği kabul edilmiş olup, sadece taşınmaz niteliğine kavuşturulmuş üst hakları ipotek tesisi suretiyle sağlanan bu güvenceden yararlanabilmektedir. Hükmün uygulanabilmesinin bir diğer şartı ise, üst hakkı karşılığının irad tarzında borçlanılmış olmasıdır (Gürzumar 1998, Güneş 2002). Bu nedenle de üst hakkı karşılığının irad tarzında değil de tek seferde veya taksitle ödeneceği hallerde bu hükmün uygulanması mümkün olmamaktadır¹²⁷. Eşya Hukukumuzun taşınmaz rehlinin ancak alacak miktarı belli edilmek suretiyle kurulabileceğine ilişkin temel ilkesi uyarınca söz konusu ipoteğin tescilinde esas alınacak miktarın, taşınmazın uzun süreli ağır bir yük altına girmemesi amacıyla en çok üç yıllık irad miktarı ile belirlenebileceği kabul edilmiş ve ikinci fıkrada üç yıllık miktarın nasıl tespit olunacağı düzenlenmiştir¹²⁸. Buna göre yıllık iradlar birbirine eşit olarak belirlenmemiş ise, ipotek azami olarak iradlar toplamının üst hakkı süresine bölünmesiyle bulunacak olan miktarın üç katına denk gelen tutar için TMK.851

¹²⁷ Bununla birlikte, taraflarca üst hakkı üzerinde genel hükümlere göre ipotek tesis edilmesi her zaman için mümkündür.

¹²⁸ Buna karşın doktrinde en az otuz yıl ödenecek bir irad için bu üç yıllık sürenin yetersiz bir koruma oluşturduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Gümüş 2003.

anlamında bir azami meblağ ipoteği kurulmaktadır. Ayrıca TMK.m.835’de ipoteğin üst hakkı devam ettiği sürece her zaman tescil edilebileceği ve icra yoluyla satışta terkin olunamayacağı belirtilmiştir. Bu sayede ipotek tescil tarihi itibarıyla sırasını korumaktadır¹²⁹. Burada dolaylı bir kanuni ipotek söz konusudur (Gürzumar 1998, Gümüş 2003). Zira yüklü taşınmaz maliki lehine kanundan sicil dışında doğrudan doğruya bir ipotek hakkı değil, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde ipoteğin tesisini talep hakkı doğmaktadır. İpotek hakkının doğması ise, üst hakkı sahibinin tapu memuruna yapacağı tescil talebi ve sonrasında yapılacak tescil işlemine bağlı bulunmaktadır. Yüklü taşınmaz maliki ipotek tesisini, kanun maddesinin açık hükmü gereği, talebi anında üst hakkı sahibi olan kişiye yöneltecektir. Bu nedenle de ipotek tesis borcu, kanundan doğan bir eşyaya bağlı bir borç olmakta ve sadece tarafları ve onların külli haleflerini değil, cüzi haleflerini de bağlamaktadır (Gürzumar 1998, Gümüş 2003). Keza talep tarihi itibarıyla üst hakkına sahip olan kimse başkaca bir işleme gerek olmaksızın borcun muhatabı olmakta ve tapuda kayıtlı üst hakkı üzerinde yüklü taşınmaz maliki lehine ipotek tesisini tapu memuru huzurunda talep etmekle yükümlü olmaktadır. Üst hakkı sahibinin ipotek tesisini talebinden kaçınması halinde ise, yüklü taşınmaz maliki ipoteğin tescilini dava yoluyla sağlamak durumunda kalmaktadır.

Son olarak doktrindeki hakim görüş üst hakkı iradı ile ilgili olarak sözleşmede yer alan kayıtların üst hakkının kapsam ve içeriğine dahil olmadığından, TMK.m.827 anlamında aynı etkiyi haiz olmadığı, dolayısıyla da cüzi halefleri bağlamayacağı yönündedir (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998, Gümüş 2003).

4.6.2 Üst hakkının süresinden önce devri

Kanunda öngörülen şartların oluşması halinde doğan bir diğer eşyaya bağlı borç ise, yüklü taşınmaz malikinin süresinden önce üst hakkının kendisine devrini isteyebilmesidir. Nitekim TMK.m.831 hükmünde göre, *“Üst hakkı sahibi, bu haktan doğan yetkilerinin sınırını ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine*

¹²⁹ İpoteğin tescilin her zaman istenebilecek olması, eşyaya bağlı bir borç olması sebebiyle üst hakkının el değiştirmesi açısından da bir sakınca yaratmayacağı, çünkü üst hakkının her el değiştirmesinde devralanın tescili yapma borcu altına gireceği ileri sürülmektedir. Bkz. Gürzumar 1998.

önemli ölçüde aykırı davranırsa; malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendisine devrini isteyebilir". Böylece üst hakkı sahibinin üst hakkından doğan yetkilerinin sınırlarını aşması veya sözleşmeden doğan borçlarını önemli ölçüde ihlal etmesi halinde, yüklü taşınmaz malikine üst hakkının süresinden evvel kendisine devrini isteyebilme imkanı tanınmış olmaktadır (Gürzumar 1998, Gümüş 2003). Bununla birlikte, hangi durumların madde kapsamına gireceği örneklenmediği için uyuşmazlık halinde hakim takdir yetkisini kullanacaktır. Hakimin bu yetkisini kullanırken dikkate alacağı husus, üst hakkı sahibinin bu hakkından doğan yetkilerini aşmış veya sözleşmeden kaynaklanan borçlarını önemli ölçüde ihlal etmiş olmasının sözleşme ilişkisinin sürdürülmesini yüklü taşınmaz maliki için çekilmez kılacak bir ağırlıkta olup olmadığıdır (Gürzumar 1998). Bu çerçevede örneğin üst hakkı sahibinin sözleşmede mesken inşası kararlaştırılmış olmasına karşın iş merkezi inşa etmesi, sözleşmede kararlaştırılan kat sayısına uymaması, inşaatın sözleşmede boş bırakılması kararlaştırılan alanda yapılması gibi haller bu hükmün uygulanması için yeterli sebep olarak kabul edilmektedir (Gürzumar 1998). Görülmektedir ki üst hakkı sahibinin bu madde kapsamında doğan devir borcu eşyaya bağlı bir borç oluşturmakta ve yüklü taşınmaz maliki bu hakkını kullandığında, üst hakkı sahibi kimse kanun gereği üst hakkını taşınmaz malikine devir borcu altına girmektedir¹³⁰. Ancak bu imkanın kullanılması, TMK.m.832 hükmünde yüklü taşınmaz sahibince kendisine kalacak yapılar için üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödenmesi şartına bağlanmış bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu bedelin nasıl hesaplanacağı kanun hükmünde belirtilmiş değildir¹³¹. Bu nedenle de taraflarca ödenecek bedel hususunda anlaşma sağlanamaması halinde miktarın hakim tarafından takdir edilmesi gerekecektir. Doktrinde hakimin ödenecek bedeli takdir ederken yapılan masrafları değil, yapının objektif değerini esas alması gerektiği vurgulanmaktadır (Gürzumar 1998, Gümüş 2003).

¹³⁰ Üst hakkı sahibi bu borcunu ifa etmezse, yüklü taşınmaz maliki TMK.m.716'nın kıyasen uygulanması suretiyle mahkeme ilamı ile üst hakkını devralabilecektir.

¹³¹ TMK.m.832: "Malik üst hakkının devrini kendisine geçecek yapılar için uygun bir bedel ödemek kaydıyla isteyebilir. Üst hakkı sahibinin kusuru bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önüne alınabilir." Doktrinde bir görüş, taşınmaz malikin ödeyeceği bedelin devir hakkını kullanabilmesi için gerekli bir külfet teşkil ettiğini ve eşyaya bağlı borç kapsamına girmediğini savunmakta iken, bir grup yazar aksini savunmaktadır. Bkz. Gümüş 2003.

Ayrıca TMK.m.832'nin son cümlesinde üst hakkı sahibinin kusurunun bedelin belirlenmesinde indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği belirtilmekle konu, hakimnin takdirine bırakılmış olmaktadır.

Diğer yandan bu hakkın kullanımını düzenleyen TMK.832 hükmünde açıkça “.. kendisine kalacak yapılar için” ifadesi kullanıldığından, böyle bir ödeme borcunun doğması için öncelikle yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı inşa edilmiş veya üst hakkı tesisi sırasında mevcut olan yapının değerinin üst hakkı sahibince arttırılmış olması gerektiği görülmektedir (Gürzumar 1998, Gümüş 2003). Gerçekten söz konusu bedel, yüklü taşınmaz malikine kalacak yapıların bir karşılığı olduğundan, sona erme tarihi itibariyle böyle bir yapının veya değer artışının bulunmaması halinde herhangi bir ödeme borcunun doğmaması gerektiği ve aksine yorumların üst hakkı sahibinin sebepsiz zenginleşmesine müsaade edilmesi anlamına geleceği düşünülmektedir. Kaldı ki, bedel ödenmesinin söz konusu hakkın kullanılması için her durumda koşulsuz şartsız aranması, yapı veya mevcut yapıda değer artışı bulunmayan hallerde bu hakkın kullanılmaması gibi kanunun amacını aşan haksız sonuçlar doğmasına yol açabilecektir (Gürzumar 1998, Gümüş 2003). Nitekim henüz yüklü taşınmaz üzerinde inşaata başlanmamış veya mevcut yapıda bir değer artışı yaratılmamış iken, örneğin sözleşmede kararlaştırılan sürede işe başlanmaması halinde, sözleşmeden doğan borçların önemli ölçüde ihlaline binaen bedel ödenmesi gerekmeksizin üst hakkının devrinin istenebilmesi gerekmektedir.

Doktrinde bir görüş üst hakkı sahibinin bu haktan doğan yetkilerinin sınırlarını aşması veya sözleşmeden doğan borçlarını önemli ölçüde ihlal etmesi ile birlikte kendisi için kendiliğinden kanun gereği bir devir borcu doğacağını ileri sürmektedir (Gümüş 2003). Buna karşın bizim de katıldığımız görüş ise, malikin üst hakkının kendisine devrini talep hakkının bir yenilik doğuran hak olduğunu ve maddedeki şartların gerçekleşmesi üzerine devir talebinin kullanılması ile birlikte üst hakkı sahibinin devir borcu altına gireceğini kabul etmektedir (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Bu çerçevede yüklü taşınmaz maliki üst hakkı sahibine uygun bir bedel ödemesi karşılığında süresinden önce kendisine devrini talep ettiğinde, devir sonucu üst hakkı malik lehine üst hakkına dönüşmektedir (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998).

5. ÜST HAKKININ KAZANILMASI VE SONA ERMESİ

5.1 Üst Hakkının Kazanılması

Üst hakkının kazanılması kanunda özel olarak düzenlenmiş bulunmadığından, eşyaya bağlı irtifakların kazanılmasına dair hükümler kıyasen uygulanmakta¹³² ve buna göre bir üst hakkının tescille iktisap, tescilsiz iktisap ve zamanaşımı yoluyla iktisap olmak üzere üç şekilde kazanılması mümkün bulunmaktadır. Ancak çalışmamızın konusu, “Türk Özel Hukuku’nda YİD Modeli Uygulanmasında Üst Hakkı” olduğundan ve YİD modeli kapsamında da üst hakkı ancak bir üst hakkı sözleşmesi ile tesis edileceğinden, burada üst hakkının diğer iktisap yolları incelenmemiş ve üst hakkının tescille iktisabı esas alınarak gerekli açıklamalar yapılmıştır¹³³. Bu bağlamda bir üst hakkının tesisi için geçerli bir hukuki sebep, tescil talebi ve tapu siciline tescil şartları aranmaktadır. Üst hakkının tesisinde hukuki sebep çoğunlukla bir sözleşme olmakta ise de bir ölüme bağlı tasarruf da iktisap sebebi olabilmektedir¹³⁴. Bununla birlikte malik lehine üst hakkı tesisinde böyle bir resmi senede gerek bulunmamakta ve yazılı tescil talebi yeterli olmaktadır (Oğuzman ve Seliçi 1997, Tereci 2011).

5.1.1 Hukuki sebep

Tescilin hukuki sebebini teşkil eden üst hakkı sözleşmesi, sözleşmenin taraflarından birine ait bir taşınmaz üzerinde bir yapı inşa veya mevcut olan bir yapıyı muhafaza ederek bu yapının mülkiyetine sahip olma yetkisinin karşı tarafa irtifak olarak belli bir süre için tanınması amacıyla tarafların karşılıklı mutabakatı ile kurulan borçlandırııcı, iki taraflı hukuki bir işlemdir (Gürzumar 1998). Üst hakkı karşılığı bir ivaz kararlaştırılması halinde, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmaktadır.

Bu tanım ile TMK.m.726/I ve 826. maddelerinden hareketle hakkın olmazsa olmaz asgari içeriği, diğer bir deyişle objektif esaslı unsurları ortaya konulmuş olmaktadır. Üst

¹³² TMK.m.780/f.II’de ise, irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmuş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

¹³³ Üst hakkının tesisen kazanılması haricindeki yollar için bkz. Gürzumar 1998.

¹³⁴ Hukuki sebebin ölüme bağlı tasarruf teşkil ettiği hallerde, ölüme bağlı tasarruflara ilişkin şekil şartlarına uyulması gerekmektedir. Diğer yandan, YİD modeli kapsamında üst hakkının tescil ile tesisinin hukuki sebebi doğal olarak bir üst hakkı sözleşmesi olduğundan, burada yapılan açıklamalarda hukuki sebep olarak üst hakkı sözleşmesi esas alınmıştır.

hakkı sözleşmesinden taraflarca bu asgari içerik üzerinde anlaşma sağlandığının anlaşılması yeterli olup, taraflarca mutlaka bu ifadelerin birebir kullanılması gerekmemektedir. Nitekim uygulamada çoğunlukla üst hakkı sözleşmesinde Medeni Kanun'un ilgili maddelerine gönderme yapılmakla yetinildiği görülmektedir. Bu noktada üst hakkının asgari içeriğine dahil olup olmadığı tartışmalı olan üst hakkı süresi hususuna değinmekte yarar görülmektedir. Aksine görüşler olmakla birlikte, bizce üst hakkı süresinin hakkın asgari içeriğine dahil olduğunun kabulü gerekmektedir¹³⁵. Aksi halde üst hakkının sürekli olup olmadığının tespiti mümkün olmayacağı gibi, bağımsız bir üst hakkının sürekliliği tespit olunamadığından tapu siciline kaydı da yapılamayacaktır. Bununla birlikte üst hakkının bağımsız olup olmadığının sözleşmede mutlaka belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Zira bu konuda herhangi bir kayda yer verilmemesi halinde, tarafların iradesinin kanunda benimsenen genel kural gereği devri ve miras yoluyla intikali kabil bir irtifak hakkı tesisi yönünde olduğu kabul edilmektedir.

Öte yandan taraflar objektif esaslı unsurlar yanında üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak bir takım hususlara da resmi senette yer vermek ve böylelikle bunları hakkın muhtevasına dahil etmek isteyebilmektedirler. Nitekim TMK.m.827 uyarınca *“üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmi senette yer alan özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır”*. Bu şekilde sözleşmede belirtmek suretiyle hakkın içeriğine dahil edilen ve üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili hususlar da aynen hakkın asgari içeriği gibi herkes için bağlayıcı olmaktadır. Nitekim bu hususlar kanun koyucu tarafından asgari içerik olarak öngörülmemekle birlikte, tarafların esaslı addettikleri noktalardır ve sübjektif esaslı unsurlar olarak ifade edilmektedir.

¹³⁵Hakkın sürekliliğinin sadece o hak bağımsız ise önem kazanacağı, diğer hallerde bir önemi olmadığından, sözleşmede belirtilmesine yer olmadığı yönünde bkz. Gürzumar 1998.

5.1.1.1 Sözleşmenin hukuki niteliği

Üst hakkı sözleşmesi esasen Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bir sözleşme değildir¹³⁶. Kanun koyucu, TMK.m.831 hükmü haricinde, hiçbir yerde “üst hakkı sözleşmesi” ifadesini kullanmamakta ve hep resmi senet düzenlenmesinden bahsetmektedir. TMK.m.831 hükmünde de açıkça “üst hakkı sözleşmesi” ifadesini kullanmamış, “sözleşme” demekle yetinmiştir. Bununla birlikte, sözleşmenin objektif esaslı unsurları TMK.m.726/I ve 826. maddelerinden anlaşılmaktadır.

Ayrıca tarafların üst hakkı tesisinden sonraki aşamaya ilişkin (süresinden önce devir isteme, ipotek tesisi, üst hakkı iradının teminatı gibi) yükümlülükleri de kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle de sırf kanunda teknik olarak tanımlanmadığı veya açıkça ismi zikredilmediğinden hareketle, üst hakkı sözleşmesinin kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsur ve koşullarına yabancı bir sözleşme olduğunun söylenemeyeceği düşünülmektedir¹³⁷.

5.1.1.2 Sözleşmenin şekli

Üst hakkının tesisi kanunda özel olarak düzenlenmiş bulunmadığından, eşyaya bağlı irtifakların kazanılmasına dair hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Bu bağlamda TMK.781 ile bir irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmesine bağlı kılınmış olduğundan, üst hakkı sözleşmesi de resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmamaktadır (Tekinay 1994, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998).

¹³⁶ Üst hakkı sözleşmesi taşınmaz satımı, trampa, başıslama sözleşmesi ile karşılaştırıldığında, üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı tesisinin karşılığı belli bir bedel ödenmesi kararlaştırılmış olsa bile, sözleşme bir taşınmaz satımı sözleşmesi olmayacaktır. Çünkü üst hakkı sözleşmesi bir taşınmaz üzerindeki mülkiyetin nakline değil, sınırlı aynı hak tesisine yönelik bir sözleşme olup, yüklü taşınmazın mülkiyeti maliki yedinde kalmaktadır. Kaldı ki, üst hakkı sözleşmesinin konusu her zaman bir taşınmaz eşya olmamakta, tapu sicilinde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli haklar da üst hakkına konu yapılabilmektedir. Yapı üzerindeki mülkiyetin kazanılması ise, devren iktisap teşkil etmediğinden, yine taşınmaz satımı sözleşmesinden söz edilemeyecektir. Üst hakkı tesisi karşılığında bir malın mülkiyetinin devri kararlaştırılmış olan bir üst hakkı sözleşmesinin de trampa sözleşmesi niteliğinde olduğu aynı gerekçelerle söylenemeyecektir. Bununla birlikte, doktrinde üst hakkı sözleşmesinin bazı hallerde başıslama sözleşmesinin özel bir türü olarak yapılabileceği kabul edilmekte ise de bizce üst hakkı tesisi ile yüklü taşınmaz malikinin malvarlığında esasen bir fakirleşme olmadığından, başıslamanın şartları oluşmamaktadır. Aksi yönde görüş için bkz. Gürzumar 1998. Belli bir bedel karşılığında yüklü taşınmaz üzerinde inşa edilen yapının mülkiyetinin üst hakkı sahibine geçmesini amaçlayan sözleşmenin satım sözleşmesi sayılması suretiyle satım sözleşmelerine ilişkin zapta ve ayıba karşı tekefüll hükümlerinin üst sözleşmesine uygulanmasına imkan yaratılması hakkındaki görüş için bkz. Tekinay 1994.

¹³⁷ Üst hakkı sözleşmesinin isimsiz bir akit olduğu yönündeki görüş için bkz. Gürzumar 1998, s.160 dpn 24'teki yazarlar.

5.1.2 Tescil talebi ve tescil

İrtifak hakkı kurulması için TMK.m.780 uyarınca tapu sicilinde hak sahibinin talebi üzerine yüklü taşınmazın sayfasında tescil işleminin yapılması gerekmektedir. Ancak eşyaya bağlı bir üst hakkı söz konusu olduğunda her iki taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil yapılmaktadır. Bu durumda, yüklü taşınmaz sayfasına yapılan tescil kurucu, yararlanan taşınmazın sayfasına yapılan tescil ise açıklayıcı olmaktadır. Tescil yüklü taşınmazın sayfasında (M) ve yararlanan taşınmazın sayfasında ise, (H) harfi ile gösterilmektedir.

Eşya hukukumuzda hakim olan aleniyet ilkesi gereği taşınmazlarda aleniyet tapu sicili ile sağlandığından, tapu sicilinde kayıtlı bulunmayan taşınmazlar üzerinde aynı hak tesisi mümkün olmamaktadır (Sirmen 1995). Bu nedenle de kimsenin özel mülkiyetinde bulunmayan ve kamunun kullanılmasına tahsis edildiğinden tapu sicilinde kayıtlı olmayan taşınmazların üst hakkına konu yapılabilmesi için öncelikle tapu siciline kaydettirilmesi gerekmektedir (Gürzumar 1998, Tereci 2011). Tescil işleminin dayanağı hukuki sebebin geçersiz olması halinde ise, bu sebebe istinaden yapılan tescil de yolsuz olmaktadır. Ancak TMK.m.1023 uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilerin böyle bir tescile güvenerek iktisap ettikleri aynı hakları korunmaktadır.

5.2. Üst Hakkının Sona Ermesi

Üst hakkının sona ermesi kanunda özel olarak düzenlenmediğinden, irtifak haklarının sona ermesine dair kurallar kıyasen uygulanmaktadır. Buna göre, üst hakkını sona erdiren sebepleri; terkin ve terkin harici sebepler olmak üzere iki başlık altında incelemek mümkün olmaktadır.

5.2.1 Terkin ile sona erme

Terkin bir tescilin silinerek etkisiz hale getirilmesi işlemidir. Terkin ya bir hakkın sona erdirilmesi ya da sicil dışı iktisaplar sonucu gerçek hak durumuna uymayan tapu sicilinin düzeltilmesi amacıyla yapılmaktadır. Bir aynı hakkı sona erdiren terkin kurucu

(bozucu yenilik doğuran), sicili düzeltmek üzere yapılan terkin ise, açıklayıcı niteliktedir (Aral 1962, Gürsoy vd. 1984, Ünal 1988, Sirmen 1995, Gürzumar 1998).

Buna göre terkin talebi üst hakkı sahibi veya onun yetkili temsilcisi tarafından yazılı olarak yapılmakta ve (terkinden yararlanacak olan) yüklü taşınmaz malikinin muvafakati aranmamaktadır. Örneğin eşyaya bağlı bir irtifakın terkinini için yararlanan taşınmazın malikinin terkin talebi yeterli olup, ayrıca yükümlü taşınmaz malikinin rızası istenmemektedir (Sirmen 1995). Bununla birlikte, üst hakkı eşyaya bağlı ise TMK.m.1014 uyarınca yararlanan taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak sahibi olan ve böylece terkinden zarar görebilecek kişilerin muvafakatının alınması gerekmektedir (Köprülü ve Kaneti 1982, Gürzumar 1998). Zira TMK.m.828/f.2'de, bağımsız ve sürekli üst hakkı tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmişse üst hakkı sona erince bu sayfanın kapatılacağı, taşınmaz olarak kaydedilmiş olan üst hakkı üzerindeki rehin hakları ile diğer bütün hak, kısıtlama ve yükümlülüklerin de sayfanın kapatılmasıyla birlikte sona ereceği öngörülmüş olup, yararlanan taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hak sahiplerinin muvafakatlerinin aranmasında menfaatleri bulunmaktadır.

5.2.2 Terkin haricinde sona erme

Üst hakkı bu grupta sayılan hallerde terkin işleminden önce sona ermekte ve terkin işleminin fonksiyonu açıklayıcı olmaktadır (Ünal 1988).

Bu bağlamda öncelikle taraflarca resmi senette üst hakkının devam edeceği sürenin öngörülmüş olması halinde, bu sürenin geçmesi ile üst hakkı kendiliğinden sona ermektedir (Aral 1962, Köprülü ve Kaneti 1982, Ünal 1988, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Bu halde, tapudaki kayıt sürenin dolması ile yolsuz kayıt haline gelmekte ve üst hakkı terkinden önce hem maddi anlamda, hem de şeklen sona ermektedir. Bu halde, yüklü taşınmaz maliki TMK.m.1026/f.I uyarınca yolsuz kaydın terkinini mahkemeden isteyebilmektedir. Aynı şekilde şahısla kaim üst hakkı da üst hakkı sahibinin ölümü ile birlikte kendiliğinden hem maddi anlamda, hem de şeklen sona ermektedir (Gürzumar 1998).

Üst hakkını terkinden önce sona erdiren diğer bir neden bu hususta verilen bir mahkeme kararıdır. Nitekim üst hakkı sahibinin terkin işlemini talep borcunu yerine getirmemesi halinde yüklü taşınmaz maliki, üst hakkı sahibinin iradesi yerine geçmek üzere mahkemeden bu yönde bir karar verilmesini isteyebilmektedir (Aral 1962, Ünal 1988, Gürzumar 1998). Keza TMK.m.785'te yüklü taşınmaz malikinin lehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiçbir yarar kalmadığından hareketle bu hakkın terkinini isteyebileceği öngörülmektedir. Terkinin fonksiyonu burada da açıklayıcı olmaktadır. Bununla birlikte mahkeme kararı verilene kadar geçen sürede tapu sicilindeki kayıt şeklen varlığını koruduğundan, TMK.m.1023 uyarınca bu kayda itimat eden iyiniyetli üçüncü şahısların tasarrufları korunmaktadır (Aral 1962, Ünal 1988, Gürzumar 1998). Yüklü taşınmazın ve/veya eşya bağlı üst hakkında yararlanan taşınmazın tamamen yok olması da üst hakkını sona erdirmektedir. Örneğin yüklü taşınmazın tamamen ve devamlı olarak sular altında kalması halinde, üst hakkı kendiliğinden sona ermektedir (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998).

Eşyaya bağlı üst hakkında ise, yararlanan taşınmazın tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir irtifak hakkı olması durumunda söz konusu sayfanın kapatılmasıyla üst hakkı yine kendiliğinden sona ermektedir (Köprülü ve Kaneti 1982, Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998). Buna karşın yüklü taşınmaz üzerindeki yapının yıkılması veya başka bir suretle yok olması üst hakkını sona erdiren bir sebep teşkil etmemektedir. Yüklü taşınmazın kamulaştırılması da üst hakkını sona erdiren sebepler arasında sayılabilmektedir (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998).

5.3 Sona Ermenin Sonuçları

5.3.1 Yapı üzerindeki mülkiyet hakkının yüklü taşınmaz malikine geçmesi

Üst hakkının sona ermesi ile birlikte birleşme ilkesi yeniden canlanmakta ve yüklü taşınmaz üzerindeki yapı/yapıların mülkiyeti, yüklü taşınmaz malikine intikal etmektedir. Nitekim TMK.m.828 uyarınca, *“üst hakkı sona erince yapılar; arazi malikine kalır ve arazinin bütünleyici parçası olur. Bağımsız ve sürekli üst hakkı tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmişse, üst hakkı sona erince bu sayfa kapatılır.*

Sayfanın kapatılmasıyla taşınmaz olarak kaydedilmiş üst hakkı üzerindeki rehin hakları, diğer bütün hak, kısıtlama ve yükümlülükler de sona erer. Bedele ilişkin hükümler saklıdır.”

5.3.2 Yapının mülkiyeti karşılığında bedel ödenmesi

Üst hakkının sona ermesi halinde kural olarak yüklü taşınmaz malikinin kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel ödemesi gerekmemektedir. Ancak TMK.m.829 ile taraflara bedel ödenmesini kararlaştırma imkanı tanınmıştır¹³⁸. Taraflarca böyle bir bedel ödenmesi kararlaştırılmış olması durumunda, üst hakkının sona ermesi ile birlikte bu bedel talep edilebilir hale gelmektedir.

Üst hakkının sona erdiğinde üst hakkı sahibine bedel ödenmesi kararlaştırıldığı hallerde, TMK.m.829/f.I,c.II hükmü uyarınca ödenecek bedelin miktarı ve hesaplanış biçiminin de resmi senette belirtilmesi gerekmektedir. Resmi senette yer alacak bu kayıtların hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olmakla beraber, hakim görüşüne göre bu kayıtlar resmi senette yer almakla başkaca bir işleme gerek kalmaksızın TMK.m.830 hükmü¹³⁹ gereği eşyaya bağlı borç niteliğine bürünmekte ve tarafların cüzi haleflerini de bağlamaktadır (Oğuzman ve Seliçi 1997, Gürzumar 1998)¹⁴⁰. Böylece mülkiyetin intikali zamanında yüklü taşınmazın maliki olan kimse, bu bedeli ödemekle yükümlü olmaktadır. Üst hakkının sona ermesi halinde yüklü taşınmaz malikinin kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel ödemesi gerekmediği halde taraflarca bedel ödenmesi kararlaştırılmış ise, artık tarafların kanunun emredici hükmü aksine kayıtlar koymalarının mümkün olamaması gerekmektedir. Bu çerçevede örneğin üst hakkı sona erdiğinde, yüklü taşınmaz malikince üst hakkı sahibine ödenecek bedelin rehin hakkı sahibi alacaklıların güvencesini oluşturmayacağı yönündeki bir sözleşme kaydının hükümsüz olacağı düşünülmektedir.

¹³⁸ TMK.m.829/f.I,c.I: “Taşınmaz maliki, aksi kararlaştırılmadıkça, kendisine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bir bedel ödemez.” Türk Hukuku’nda bu bedelin, üst hakkının sona ermesiyle yüklü taşınmaz malikinin subjektif zenginleşmesinin karşılığı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Gümüş 2003, s.539 dpn 23’deki yazar.

¹³⁹ TMK.m.830 hükmüne göre, “Taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödemesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk haline getirilmesine ilişkin anlaşmalar, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmi şekle tabidir ve tapu kütüğüne şerh verilebilir.” Maddenin eski halinde bu tarz anlaşmalara şerh koşulu aranmaksızın, doğrudan kanun gereği bu sonuç bağlanmış idi.

¹⁴⁰ Karşı görüş ise, bu kayıtların resmi senede geçirilmekle eşyaya bağlı bir borç niteliği değil, TMK.m.827 hükmü kapsamında kanunen aynı etki kazanmakta olduklarını vurgulamaktadır. Bkz. Gümüş 2003.

5.3.3 Ödenecek bedelin üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi alacaklılara güvence teşkil etmesi

Kanun koyucu üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi olan alacaklıların üst hakkının sona ermesi ile sahip oldukları teminatın kaybolmasına karşı korunmalarını sağlamak amacıyla TMK.m.829/f.I hükmünü öngörmüştür. Böylece üst hakkı sona erdiğinde yüklü taşınmaz malikince üst hakkı sahibine bedel ödenmesi kararlaştırılmış olan hallerde, söz konusu bedelin üst hakkı sahibine ödenmesi rehin hakkı sahibi alacaklıların iznine tabi kılınmıştır (Gürzumar 1998, Gümüş 2003).

Rehin hakkı sahibi alacaklılar için böyle bir güvenceden söz edilebilmesi için öncelikle bedelin talep edilebilir olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle taraflarca üst hakkının sona ermesi halinde bedel ödenmesinin kararlaştırılmış olması ve yüklü taşınmaz üzerinde bir yapı inşa edilmiş veya üst hakkı tesisi sırasında mevcut olan yapının değerinin üst hakkı sahibince arttırılmış olması ve üst hakkının sona ermiş olması gerekmektedir. Zira burada ödenecek bedel yüklü taşınmaz malikinin subjektif zenginleşmesinin karşılığı olup, böyle bir zenginleşme oluşmadığı hallerde bedelin ödenmesi talep edilemeyeceği gibi, rehin hakkı sahibi alacaklılarına tanınan bu güvenceden de söz edilemeyecektir.

Bununla birlikte, hükmün uygulanabilmesi için sona eren üst hakkının tapuda taşınmaz olarak kayıtlı bir bağımsız ve sürekli üst hakkı olması şartı arandığı yönünde bir düzenleme kanunda yer almadığından, tapuya kaydedilmiş olup olmadığına bakılmaksızın bağımsız üst hakları üzerinde rehin hakkı sahibi olan alacaklıların bu hükümden yararlanabilmeleri gerektiği düşünülmektedir (Gürzumar 1998).

5.3.4 Üst hakkının sona ermesi halinde ödenecek bedelin güvencesi olarak ipotek tesisi talep hakkı

TMK.m.829/f.II hükmüne göre yüklü taşınmaz malikine kalacak yapılar karşılığında ödenmesi kararlaştırılan bedelin¹⁴¹ ödenmemesi veya güvence altına alınmaması halinde, üst hakkı sahibi veya üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi alacaklıları, bedel

¹⁴¹ Kanun maddesinin eski halinde (m.751/b), "tazminat" ifadesi kullanılmakta ve burada teknik anlamda bir tazminat ödenmesi söz konusu olmadığından doktrinde eleştirilmekteydi.

alacağıının güvencesi olmak üzere tapu memurundan terkin edilen üst hakkı yerine aynı derecede ve sırada ipotek tescilini talep edebilmektedirler.

Görülmektedir ki TMK.m.829/f.II hükmü¹⁴² ile tescille doğacak dolaylı kanuni bir ipotek hakkı kabul edilmiştir¹⁴³. Zira burada yüklü taşınmaz maliki lehine kanundan sicil dışında doğrudan doğruya bir ipotek hakkı değil, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde ipoteğin tesisini talep hakkı doğmaktadır. İpotek hakkı ise, üst hakkı sahibi veya üst hakkı üzerinde rehin hakkı sahibi alacaklıları tarafından yapılacak tescil talebi ve sonrasında tapu memuru tarafından yapılacak tescil işlemi sonrasında doğmaktadır. Kuşkusuz rehin hakkı sahibi alacaklılar ipoteğin üst hakkı sahibi adına tescilini talep edebilmektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için bedelin talep edilebilir olması yanında tapuya taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir hakkın varlığı gerekmektedir. Zira bu güvence için ipotek tesis edilecek olup, TMK.m.853 hükmünde rehin haklarının ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabileceği kabul edildiğinden, doğal olarak sadece taşınmaz niteliğine kavuşturulmuş üst hakları bu düzenlemeden yararlanabilmektedir.

¹⁴² TMK.m.829/f.II: "Kararlaştırılan bedel ödenmez veya güvence altına alınmazsa, üst hakkı sahibi veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan alacaklı, bedel alacağına güvence olmak üzere, terkin edilen üst hakkı yerine aynı derecede ve sırada bir ipoteğin tescilini isteyebilir.

¹⁴³ İsviçre'de hakim olan görüşe göre sona eren üst hakkı sahibinin veya bu hak kendisine rehnedilmiş alacaklıının ipoteğin tescilini isteme hakkı dolaylı bir kanuni ipotek hakkıdır. Ancak bugün için bu hakkın mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş tescili talep hakkını kişisel talep hakkı olarak görmekte ve söz konusu talep hakkının sadece talep hakkının doğumu sırasında malik olan kimse ona karşı ileri sürülebileceğini savunmaktadır. Buna karşın diğer bir görüş, tescil talebini eşyaya bağlı borç olarak görmekte ve taşınmazın yeni maliklerine karşı da bu talebin ileri sürülebileceğini ileri sürmektedir. İsviçre'de hakim olan görüşe göre de sona eren üst hakkı sahibinin veya bu hak kendisine rehnedilmiş alacaklıların ipoteğin tescilini isteme talebi, hali hazırdaki yüklü taşınmaz malikin eşyaya bağlı bir borcunu oluşturur ve bedel ödenmez veya güvence altına alınmaz ise taşınmaz malikin kanun gereği girdiği ipoteği tescil etme borcunun ifası bizzat kendisinden talep edilebilir. Ancak bu görüş de doktrinde eleştirilmektedir. Hükmün son fıkrası ile ipoteğin üst hakkının sona ermesinden itibaren üç ay içinde tescil edilmesi gerektiği öngörüldüğü, ancak gerek bu sürenin kısalığı, gerekse TMK.m.808'deki süreye benzerliği sebebiyle hak düşürücü süre olduğu, teknik anlamda şahsi talep haklarının hak düşürücü süreye tabi tutulamayacağı ileri sürülmekte ve bu nedenlerle TMK.m.829'daki ipoteğin ancak kurucu yenilik doğurucu bir hak olabileceği savunulmaktadır. Bunun neticesi sona eren üst hakkı sahibinin veya bu hak kendisine rehnedilmiş olan alacaklıının ipoteğin tescilini doğrudan tapu memurundan talep edebilmesi olmalıdır. Bkz. Gürzumar 1998, Gümüş 2003, Kırcı 2005.

6. YİD MODELİ UYGULAMASINDA ÜST HAKKI TESİSİ

6.1 Genel Açıklama

Üst hakkı nüfus artışına bağlı olarak artan alt yapı, sosyal konut ve tesis ihtiyacının karşılanmasında kent arazilerinden dikey ve yatay biçimde azami ölçüde yararlanılması suretiyle arazinin rasyonel kullanılmasını sağlar iken (Ünal 1988), YİD modeli de bu tarz ihtiyaçların proje sahibine mali ve teknik yük getirmeksizin karşılanmasını sağlamaktadır. Bu nedenle de YİD modelinin uygulanmasında üst hakkı tesisi yoluna esas olarak kamu yatırımlarında başvurulmaktadır¹⁴⁴. Zira kamu malı niteliğindeki araziler üzerinde özel hukuk kişileri lehine üst hakkı tesisi suretiyle bir yandan kamu arazisinin mülkiyeti kamuda kalmakta, bir yandan da özel mülkiyete konu yapılması mümkün olmayan deniz, göl ve akarsu kıyıları ile sahil şeridi gibi yerlerin de özel hukuk kişilerinca kullanımı sağlanmakta¹⁴⁵ ve buralarda özel hukuk kişilerinca otel, motel, dinlenme tesisleri gibi turistik tesisler ile plaj, lokanta, panoramik kule, çeşme ve teleferik hatları yapılması imkanı yaratılmaktadır (Ünal 1988, Tereci 2011).

Nitekim 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu¹⁴⁶ ile turizm bölgelerinde ve merkezlerinde, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler üzerinde özel hukuk kişileri lehine irtifak hakkı kurularak bu yerlerin kamu yararına korunması veya kullanılmasına katkıda bulunacak yapı ve tesislerin yapılması ve işletilmesine imkan tanınmış bulunmaktadır. Bu çerçevede Kanun'un 8. maddesinin (d) fıkrasında, bu taşınmazlar üzerinde bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisinin mümkün olduğu öngörülmüş ve maddenin (h) fıkrasında da *"bu taşınmazların tahsis süresini aşmamak koşuluyla, adına tahsis yapılan ve lehine bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakkı tesis edilen yatırımcı tarafından üçüncü şahıslara kiralanabileceği, işlettirilebileceği veya lehine tapuda tesis edilen üst hakkının devredilebileceği"* kabul edilmiştir. Benzer şekilde 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17. maddesinde de turizm amaçlı tesisler için kullanım hakkı izni sahipleri adına tapuda

¹⁴⁴ Nitekim üst hakkı kent arazilerinden dikey ve yatay biçimde azami ölçüde yararlanılması suretiyle arazinin rasyonel kullanılmasını sağlamakta, YİD modeli de bu tarz ihtiyaçların en uygun teknoloji ile en kısa sürede karşılanmasına imkan vermesi sebebiyle tercih edilen finansman modeli olmaktadır.

¹⁴⁵ Nitekim deniz, göl ve akarsu kıyıları ile doğal servet ve kaynaklar, yararı kamuya ait sular, kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, ormanlar, yeraltı suları, petrol yatakları devletin hüküm ve tasarrufunda olup, özel mülkiyete konu yapılamazlar.

¹⁴⁶ RG., 16.3.1982T., 17635S.

irtifak hakkı tesisi öngörölmüştür. Kanunda açıkça üst hakkı ifadesi kullanılmamakla birlikte, herhangi bir ayırım yapılmaksızın irtifak hakkı denildiğinden, bu kapsamda üst hakkı tesisinin de mümkün olduğu düşünölmektedir. Göröldüğü üzere bu düzenlemeler ile idareye, kamu malları üzerinde özel kişiler lehine irtifak hakkı tesisi suretiyle maddi kaynak yaratma imkanı sağlanmış bulunmaktadır¹⁴⁷.

Özel yatırımlarda da YİD modeli kapsamında arazi temini için üst hakkı tesisi yoluna başvurulmaktadır. 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47. maddesinde yapılan değışiklik sonrasında YİD modeli kapsamında imzalanacak uygulama sözleşmeleri özel hukuka tabi kılınmış olduğundan, idare hukukuna tabi imtiyaz sözleşmeleri kapsamında Medeni Kanun'da düzenlenmiş bir özel hukuk kurumu olan üst hakkına yer verilmesinden doğabilecek sorunlar da bertaraf edilmiş ve YİD modeli kapsamında üst hakkına başvurulması uygulanabilirlik kazanmış bulunmaktadır. Keza doktrinde de modelin uygulanması için en uygun hukuki aracın üst hakkı tesisi olduğu ileri sürölmektedir (Sirmen 1995, Oğuzman ve Seliçi 1997, Tereci 2011).

6.2 Üst Hakkının Teminat Fonksiyonu

6.2.1 Genel olarak ipotek

Türk Medeni Kanunu'nun 850. maddesi, taşınmaz rehininin ancak "ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi" şeklinde kurulabileceğini ifade etmekte ve bundan başka herhangi bir şekilde taşınmaz rehni kurulmasını yasaklamaktadır. İpotek, rehin hakkı sahibi alacaklıya bu hakla yükömlenen taşınmazın değerinden alacağını elde etmek yetkisi vermekte olup, teminat altına aldığı alacağın varlığına bağılı bir haktır. İpotek de diğere taşınmaz rehni çeşitleri gibi tapuya tescil edilmekle doğmakta ve ancak alacağın sona ermesi ve ipoteğin tapu sicilinden terkinin ile ortadan kalkmaktadır (Oğuzman ve Seliçi 1997).

¹⁴⁷ Örneğın özel hukuka tabi Karadeniz Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralının Kurulması, İşletilmesi ve Üretilcek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi ile Yalova Kojenerasyon Termik Santralının Kurulması İşletilmesi ve Üretilcek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde tesisin inşa edileceğı arazi üstünde üst hakkı kurulacağı kabul edilmiştir.

6.2.2 Üst hakkı üzerinde ipotek tesisi

Bir üst hakkının ipoteğe konu olabilmesi için bağımsız ve sürekli olması yanında tapuya taşınmaz olarak kaydedilmesi gerekmektedir. Nitekim rehin hakları ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilmekte olup, bağımsız ve sürekli bir üst hakkının tapu siciline kaydedilmekle taşınmaz gibi muamele gördüğünü ilgili bölümde incelemiş olduğumuzdan burada tekrar bu konuya değinmeye gerek görmüyoruz.

İpotek kurulması için geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlı, bağımsız ve sürekli olduğundan, tapu siciline ayrı bir sayfada kaydedilmiş bulunan üst hakkı üzerinde rehin tesisine dair bir rehin sözleşmesi yapılması ve üst hakkı sahibi tarafından ipotek tesisinin talep edilmesi gerekmektedir. İpotek ancak bu resmi senedin tapu siciline tescili ile doğmakta ve tescil işlemi sonunda rehin hakkı sahibi alacaklıya bir ipotek belgesi verilmektedir.

Üst hakkı üzerinde ipotek süreli veya süresiz olarak kurulabilmektedir. Ancak ipoteğin süreli kurulması halinde, ipotek teminat altına aldığı alacağın varlığına bağlı bir hak olduğundan, üst hakkı süresinden daha uzun bir süre için ipotek tesisi doğal olarak mümkün olmamaktadır (Gürses 2011).

İpotek ile doğmuş bir kredi alacağı teminat altına alınabileceği gibi, doğmamış bir kredi alacağı da teminat altına alınabilmektedir. Örneğin, üst hakkı üzerinde ipotek tesisi ile üst hakkı sahibine veya başka bir üçüncü şahsa banka tarafından bir kredi limiti tahsis edilmiş olması durumunda, henüz kullanılmamış bir kredi söz konusu olmamakla birlikte banka açısından müstakbel bir kredi alacağı söz konusu olmaktadır (Gürses 2011). Bu nedenle de kredi teminatı olarak üst hakkı üzerinde kurulacak olan ipotek, anapara ipoteği şeklinde kurulabileceği gibi, azami hat ipoteği şeklinde de kurulabilmektedir. Ayrıca üst hakkı üzerinde tesis edilecek bir ipotek gayrimenkulün bütünleyici parçaları yanında eklentilerini de kapsayacaktır.

Tapuya gayrimenkul olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli bir üst hakkının kuruluşuna ilişkin resmi senet ile üst hakkı üzerinde sınırlı aynı hakların

kurulabilmesine ilişkin bir sınırlama öngörülmüş olması durumunda, üst hakkı üzerinde ipotek kurulabilmesi, ancak söz konusu sınırlamaya uyulması ile mümkün olmaktadır. Zira bu durumda TMK.m.827 hükmü anlamında herkese karşı ileri sürülebilen aynı etkiyi haiz bir sözleşme hükmü bulunmaktadır. Örneğin, üst hakkının ipoteğe konu olabilmesi bir bakanlığın iznine tabi kılınmışsa, ilgili bakanlığın rızası olmadan tescil edilen üst hakkı ipoteği yolsuz tescil hükmünde olacaktır. Bu itibarla üst hakkına ilişkin resmi senette bu tip bir sınırlama bulunması durumunda, bu sınırlamaya uyulmaksızın ipotek tesis edilmiş olması halinde söz konusu ipoteğin terkinini istenebilecektir (Gürses 2011). Yargıtay da yakın tarihli bir kararında, *“Davacı, resmi senet ile lehine üst hakkı kurulduğunu, taşınmazın kaydına daha sonra devir, ayni ve şahsi hak tesisinin önlenmesine ilişkin şerh konulduğunu, bu şerhin yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, şerhin terkinini talep etmiştir. Şahsi hak olan üst hakkının bağımsız olduğundan söz edebilmek için başkasına devrinin taraflarca yasaklanmamış olması gerekir. Somut olayda, taraflar arasındaki tahsis şartlarında, irtifak hakkının Bakanlığın izni olmadan başkasına devredilemeyeceği öngörülmüştür. Hal böyle olunca davacı lehine kurulan şahsi irtifakın taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olarak kütüğe kaydedilmesi gerekir”* demekle bu hususu açıkça vurgulamış olmaktadır¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Davacı, 749 parsel taşınmaz üzerine 49 yıllığına resmi senet ile lehlerine üst hakkı kurulduğunu, taşınmazın kaydına 05.11.1998 tarihinde devir ve ayni, şahsi hak tesisinin önlenmesine ilişkin şerh konulduğunu, üst hakkının tesis edilmesinden 14 yıl sonra konulan bu şerhin yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, şerhin tapu kaydından silinmesini istemiştir.

Davalılar, davacı adına oluşan üst hakkının yolsuz olduğunu, taşınmaz üzerindeki şerhin usulüne uygun olup, taraflar arasında düzenlenen tahsis sözleşmesinde de "Adınıza yapılan tahsis, kullanma hakkının tamamı ya da bir kısmı Bakanlığın yazılı izni olmadan başkasına devredilemeyecektir" hükmünün yer aldığını belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen resmi senette üst hakkının daimi ve müstakil nitelikte olduğunun açıklandığı Medeni Kanunun 751/9 maddesi gereğince senet hükümlerinin herkes için bağlayıcı olduğunun belirtildiği, şerhin resmi senede aykırı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, davalılar temyize getirmişlerdir.

Dava, tapu kaydında beyanlar hanesine konulan şerhin terkinini istemine ilişkindir. Dava konusu 749 parsel sayılı taşınmaz 16.04.1985 tarihli taahhütname ile 02.04.1985 tarihli, kesin tahsis kararı verilmesi için T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığının öngördüğü koşulların davacı tarafından kabul edilmesi üzerine 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu'nun 8. maddesi ve "Kamu Arazisinin Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelik" hükümleri uyarınca, üzerinde 140 yatak kapasiteli tatil köyü tesisi gerçekleştirmek üzere 03.05.1985 tarihinde davacı şirkete tahsis edilmiştir. T.C. Maliye ve Gümrük Bakanlığının 07.06.1985 tarihli yazısına dayanılarak da Mal Müdürlüğü ve davacı şirket tarafından Tapu Sicil Müdürlüğü'nde düzenlenen aynı tarihli resmi senet ile 49 yıllığına 749 parsel sayılı taşınmaz üzerine daimi ve müstakil irtifak hakkı tesis edilmiştir. Bu hak tapu kaydına daimi ve müstakil hak olarak tescil edilmiş ve davacı şirket tarafından taşınmaz üzerine turistik tesis yapılmış ve alınan krediler nedeniyle de kayda ipotekler konulmuştur.

Daha sonra Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından yapılan inceleme sonucu, 16.04.1985 tarihli taahhütname ile kabul edilen koşullar uyarınca kesin tahsis yazısının 5/h maddesinde öngörülen "Adınıza yapılan tahsis kullanma hakkının tamamı veya bir kısmı Bakanlığın yazılı izni olmaksızın başkasına devredilemeyecektir." Koşulu nedeniyle, irtifak hakkının tapuda ayrı bir sayfaya daimi ve müstakil hak olarak tescili tasarrufa konu olamayacağı gerekçesiyle, yapılan işlemin usulsüz olduğu saptanmıştır. Kadastro Genel Müdürlüğü'nce 19.03.1991 tarihli genelge uyarınca, bu hakkın "İrtifak Hakları ve Gayrimenkul Mükellefiyetleri" sütununda yer alması gerektiğini, buna rağmen ayrı sayfaya tescil edilen bu hakların devrinin önlenmesi için kayıtların beyanlar hanesine "Maliye ve Turizm Bakanlıklarının izni olmaksızın bu hakkın devrinin ve ayni ve şahsi hak tesisinin mümkün olmadığı" yolunda belirtme yapılması Tapu Sicil Müdürlüğü'ne yazılan yazı ile istenmiş ve ilgili şerh 09.11.1998 tarihinde kayda işlenmiştir.

Dava konusu 749 parsel üzerinde Turizm Teşvik Kanunu uyarınca tesis edilen irtifak hakkının Medeni Kanunun 3678 sayılı yasa ile değişik 751. maddesinde düzenlenen üst hakkı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Yasaya eklenen 751/a maddesi uyarınca, malik üçüncü kişiye taşınmazının altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı

Bu noktada üzerinde durulması gereken diğerk bir husus ipotek ile yüklenmiş bir üst hakkında, üst hakkı sahibi ile yükümlü taşınmaz malikinin bu üst hakkının kapsam ve içeriğı ile ilgili olarak resmi senette değışiklik yapıp yapamayacaklarıdır. Bu halde ipotek hakkının tesisinden sonraki bir tarihte üst hakkı sahibi ile yükümlü taşınmaz malikinin anlaşarak ipotek hakkı sahibi zararına olacak şekilde üst hakkının kapsam ve içeriğı ile ilgili olarak değışiklik yapamamaları gerekmektedir. Zira aksi durumda üst hakkı sahibi ile yükümlü taşınmaz sahibinin karşılıklı anlaşarak, söz konusu ipoteğı ortadan kaldıracılabilmeleri dahi mümkün olabilmektedir. Bu nedenle ancak üst hakkı üzerindeki ipotek alacaklısının muvafakati ile bu tarz değışikliklerin yapılabilmesi gerekmektedir. Örneğın elli yıl süreli olarak kurulmuş ve tapuya gayrimenkul olarak kaydedilmiş bir üst hakkı sahibinin mevcut kredi ihtiyacı için bu üst hakkı üzerinde ipotek tesis edilmesi durumunda, ipotek alacaklısı banka, bu şartlar altında ipoteğın kredi alacağını güvence altına alabileceğine ikna olmuş iken ipoteğın kurulmasından sonra, üst hakkı sahibi ile yükümlü taşınmaz maliki arasında yönünde bir sözleşme yapılarak söz konusu üst hakkının süresinin azaltılması halinde, bu sözleşmenin sadece ilgili taraflar arasında geçerli olabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Bununla birlikte ipotek alacaklısı bankanın muvafakati alınarak, bu sözleşme hükmünün resmi senet kapsamına dahil edilmesi ve böylece üst hakkının süresini düşürmesi mümkün olabileceğı düşünölmektedir (Gürses 2011).

muhafaza etme yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, başkasına devredilebilen ve mirasçılara geçebilen bağımsız ve daimi nitelikte olan bu hak sahibinin talebi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilir. Şahsi irtifak olan üst hakkının bağımsız olduğundan sözedebilmek için başkasına devrinin taraflarca kısıtlanmamış olması gerekir. Ancak, davacının kabul ettiğı 02.04.1985 tarihli kesin tahsis şartlarının 5/h maddesinde, davacı lehine tesis edilecek irtifak hakkının Bakanlığın izni olmaksızın başkasına devredilemeyeceğı öngörölmüştür. Yani davacı lehine kurulan bu hakkın Bakanlığın izni ile devri mümkündür. Bu durumda, üst hakkının bağımsız olduğuna ancak tasarruf sahibinin bu haktan yararlanması Bakanlığın iznine tabi tutularak sınırlandırıldığı kabulü gerekir. Dolayısıyla, davacı lehine kurulan bu şahsi irtifakın taraflar arasında kabul edilen koşulları uyarınca tapu kütüğüne tescil edilmesi mümkündür. Kadastro Genel Müdürlüğünün yazılı talebi ile bağımsız ve müstakil olarak kurulan üst hakkı üzerine konulan şerhden sözleşmeye uygun olduğunun kabulü gerekir. Gerekçesi her ne kadar tapuda yanlış işlem yapılması olarak gösterilmiş ise de, taahhüname ile kabul edilen 02.04.1985 tarihli kesin tahsis sözleşmesinin 5/h maddesindeki koşulların beyanlar hanesine yazılması, tapu kaydının eklentileri ile bir bütün olması nedeniyle, bu koşulların tekrarı niteliğinde olup, davacının durumu da onun aleyhine bir değışiklik yaratmamaktadır. Mahkemece, bu hususlar gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı nedenlerle davanın kabulü doğru görölmemiştir.

Sonuç: Yukarıda yazılı nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (**BOZULMASINA**) , 17.04.2000 gününde oybirliğı ile karar verildi. Bkz. Y.14.HD. 17.4.2000T., 2000/02430E., 2000/02573K.

6.3 YİD Modeli Kapsamında Üst Hakkı Tesisi

6.3.1 Genel olarak

Esasen bir finansman modeli olan YİD kapsamında arazi temini hususunda teminat olarak gösterilebilmesi nedeniyle de ağırlıklı olarak üst hakkına başvurulmaktadır. Nitekim üst hakkı tesisi yoluyla yatırımcıya mülkiyet hakkı düzeyinde bir koruma ve (özellikle kredi kurumları nezdinde) itibar yaratılmakta ve yatırımcı YİD modeli ile inşa edeceği tesisi finanse edebilmek için üst hakkını teminat olarak göstermek suretiyle daha kolay şartlarda kredi temin edebilmektedir¹⁴⁹.

Gerçekten kredi kurumları proje finansmanında sadece proje gelirleri ile tatmin olmamakta ve çoğu zaman aynı bir teminat istemektedirler. Zira temel kredilendirme prensiplerinden olan emniyet ilkesi uyarınca, kredinin yeterli ve sağlam teminata bağlanmış olması ve kredi kullanan tarafın kredibilitesinin yüksek olması önem arz etmektedir (Leblebiciler 2005, Gürses 2011). Dolayısıyla da kredi ihtiyacı olan bir kişi veya kurumun, bir bankadan kredi kullanabilmesi için öncelikle banka tarafından kabul edilebilecek bir ekonomik değere sahip ve devredilebilir nitelikte olan bir teminat bulması gerekmektedir¹⁵⁰. Ancak bu durum “teminat bulma” sıkıntısını da beraberinde getirmektedir (Gürses 2011). İşte bu noktada yatırımcı lehine tesis edilen bağımsız, daimi nitelikteki üst hakkının ayrı bir sayfaya kaydı ile hak sahibi lehine üçüncü kişilere karşı mülkiyet hakkı düzeyinde bir koruma ve (özellikle kredi kurumları nezdinde) itibar yaratılmakta ve üst hakkının ipotek konusu yapılması suretiyle kredinin teminatlandırılması sağlanmaktadır. Örneğin Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, “...dosya kapsamından korunması gerekli eski eser niteliğindeki bir kısmı 24 parselin altında kalan Bodrum Camisi Sarnıcı'nın Eminönü Belediyesince projesine uygun şekilde restorasyonunun yapılması ve çarşı haline dönüştürülmesi amacıyla 16.12.1992 başlangıç tarihli 19 yıl süreli üst hakkı şartnamesi ve aynı tarihli kira

¹⁴⁹ Bankacılık literatüründe ise kredi genel bir ifadeyle, herhangi bir kimseye belirli bir vade süresince ve belirli bir faiz ve/veya komisyon karşılığında bir ekonomik varlığı kullandırmayı ifade etmektedir.

¹⁵⁰ 30.6.2001 tarih ve 24448 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bankalarca Karşılık Ayrılacak Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik'te teminat; kredilerin ve diğer alacakların geri ödenememesi riskine karşılık banka alacağının tamamen veya kısmen güvence altına alınmasını sağlayan her türlü varlık, garanti ve kefaletler ile sözleşmeden doğan haklar olarak tanımlanmakta ve mevduat rehni, altın depo hesabı rehni, alacağın temliki, alacağın rehni, gerçek ticari ilişkiden kaynaklanan kambyo senetleri, ticari işletme rehni, uçak ipoteği, gemi ipoteği, kefalet, taşıt plaka rehni örnek olarak sayılmaktadır.

sözleşmesi ile davacı-karşı davalı şirkete kiraya verildiği ve bu sözleşmeye göre davalının turistik tesisi inşa ettiği ve davacı belediyenin de sözleşme hükümleri uyarınca davalı lehine 15 yıl süreli üst hakkı tesis ettiği ve bu üst hakkının tapuya geçirildiği ve bundan sonra davalının üst hakkını ipotek ederek davaya dahil edilen Bankasından kredi aldığı...” denilmekle üst hakkının kredinin teminatlandırılması amacı ile kullanıldığı vurgulanmıştır¹⁵¹. Aynı şekilde diğer bir kararda da “...davacı belediye ile davalı arasında davacının arsasına davalının turistik tesis yapması ve 25 yıl yaptığı tesisi işletmesi ve 15 yıl üst hakkı tesisi ile 25 yıl sonunda bütünü ile tesisin belediyeye ait olması için noterde 20.12.1982 tarihinde bir sözleşme yapılmış ve bu sözleşmeye göre davalı turistik tesisi inşa etmiş ve davacı belediye sözleşme hükümleri uyarınca davalı lehine 15 yıl süreli üst hakkı tesis etmiş ve bu tapuya geçirilmiş ve bundan sonra davalı üst hakkını ipotek ederek davaya dahil edilen Bankasından kredi almıştır” denilmektedir¹⁵². Benzer bir kararda da “Davacı belediye ile davalılar arasındaki asıl ilişki kira kontratosu başlığını taşıyan sözleşmeden kaynaklanan davada taraflar arasında noterde düzenlenen sözleşmenin içeriği itibariyle klasik anlamda bir kira bağıtı olarak değerlendirilemeyeceği, bu sözleşmede davacı belediye musarkaf bir taşınmaz malını kiralamış olmayıp, aksine davalıların belediyeye ait arsa üzerine şartnamede belirtilen biçimde restoran ve otel inşa etmeleri ve 21 yıl kullanmalarını takiben tüm tesisin bedelsiz olarak arsa sahibi belediyeye devri öngörüldüğü cihetle karma bir akit niteliğinde olduğu” belirtilerek, “Tarafların daha sonra anlaşarak taşınmaz üzerinde davalılar yararına üst hakkı tanınması tamamen davalıların bu yer üzerinde yaptıkları inşaatlarına tamamlamaları için bankadan kredi alınmasını sağlamaya yönelik olduğu aşikardır” denilmekle üst hakkının teminat gösterilmesi vurgulanmış olmaktadır¹⁵³.

Bu noktada üst hakkı sözleşmesi yerine bir kira sözleşmesi veya kullanım hakkı sözleşmesi yapılabileceği düşünülebilecek ise de bu sözleşmelerden doğan haklar nisbi hak niteliğinde olacağından, sadece sözleşmenin tarafları arasında bir borç ilişkisi kurulacağı gibi, üst hakkının tapu sicilinin ayrı bir sayfasına kaydedilmek suretiyle taşınmaz mal gibi tedavülü imkanı da bulunmayacaktır. Dolayısıyla da hak sahibinin

¹⁵¹ Bkz. Y.6.HD. 10.12.2002T, 2002/06968E., 2002/07811K. (Dialog Prestige mevzuat).

¹⁵² Bkz. Y.3.HD., 24.2.1987, 1986/12595, 1987/02236 (Dialog Prestige mevzuat).

¹⁵³ Bkz. Y.1.HD.1986/07692, 1986/09148K., 16.9.1986 (Dialog Prestige mevzuat).

hukuksal konumu gerek taşınmaz malikine (onun külli haleflerine) ve gerekse onun alacaklılarına karşı zayıf olacaktır. Nitekim sözleşme konusu taşınmaz sözleşme tarihinden sonra üçüncü kişilere devredilebileceği ve üzerinde sözleşme konusu hakla bağdaşmayan sınırlı aynı hak tesis edilebileceği gibi, taşınmaz icra takibi veya iflas neticesinde de malikinin mülkiyetinden çıkabilecektir. Bu hallerde hak sahibine söz konusu aynı haklar karşısında ancak sınırlı bir koruma sağlanmaktadır. Ayrıca bu hallerde taşınmaz maliki sözleşme şartları dahilinde tek taraflı fesih yetkisini elinde tutmakta ve bu husus da hak sahibini zayıf kılmaktadır. Keza üst hakkı yerine intifa hakkı tesis edilmesi halinde de intifa hakkının teminat fonksiyonu olmadığından, yatırımcının ve kredi kurumlarının kredi teminindeki menfaati ile bağdaşmayacağı düşünülmektedir.

Özetle üst hakkı tesisi yoluyla üst hakkı sahibi üst hakkı üzerinde ipotek tesisi suretiyle inşa edeceği yapılar için aynı teminat karşılığı finansman temin edebilmekte, iyi bir projeye ve genellikle bu proje için gereken araziye sahip ve fakat maddi kaynak ihtiyacı olan (veya kendi kaynaklarını kullanmak istemeyen) yatırım sahibi de araziye temin etmek karşılığında, arazisini mülkiyetinden çıkarmak ve bizzat inşaat yapma ve onu kiralama durumunda doğacak masraf ve külfetlere katlanmak durumunda kalmaksızın, arzu ettiği projenin gerçekleşmesini sağlamış olmaktadır.

6.3.2 3996 Sayılı Kanun ve üst hakkı

3996 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkartılan 94/5907 sayılı BKK'nın 38. maddesinde¹⁵⁴ üst hakkı tesisi imkanı düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁵⁵. Buna göre, kamulaştırma bedeli

¹⁵⁴ Madde - 38: Taşınmaz Malların Kullanılması

Kanunda öngörülen yatırım ve hizmetler için kamulaştırılan ve hükmen tezyid edilen bedel de dahil olmak üzere, bedeli görevli şirket tarafından ödenen taşınmaz mallar için kullanım bedeli alınmaksızın görevli şirket lehine sözleşme süresince Hazine veya ilgili kamu kuruluşlarınca dâimi ve müstakil nitelikli üst hakkı tesis edilebileceği uygulama sözleşmesinde gösterilir.

Uygulama sözleşmesinde gösterilmek kaydı ile kamulaştırma bedelinin kısmen idarece ödenmesi halinde, taşınmaz malın tamamı üzerinde görevli şirket lehine dâimi ve müstakil nitelikli üst hakkı tesis edilebilir. Bedeli idarece ödenen taşınmaz mallar için kullanım bedeli alınır. İdarenin kamulaştırma bedeline maktu bir tutar üzerinden iştirak ettiği hallerde, tezyid edilen bedel de dahil olmak üzere, toplam kamulaştırma bedeline isabet eden kısım için kullanım bedeli alınır.

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

Uygulama sözleşmesinde, Hazinece köprü kredi sağlanacağı hükmünün yer alması halinde, üst hakkı üzerinde tesis edilecek ipotekler için birinci derece birinci sıra boş bırakılır. Uygulama sözleşmesi koşulları çerçevesinde köprü kredi kullanılması halinde Hazine lehine birinci derece birinci sıradan ipotek tesis edilir.

yatırımcı şirket tarafından ödenen yatırım arazisi üzerinde bedelsiz olarak, kamulaştırma bedelinin idarece ödendiği hallerde ise kullanım bedeli karşılığında ve arazinin Hazine'ye veya ilgili kamu kurumuna ait olması halinde de yine bedeli mukabilinde, şirket lehine daimi ve müstakil üst hakkı kurulacağı sözleşmede kararlaştırılabileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşın BKK'nın 38/VII. maddesinde uygulama sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde üst hakkının da kendiliğinden sona ereceği öngörülmektedir. Keza 3996 sayılı Kanun'un 9. maddesinde de sözleşmenin sona ermesiyle yatırımın her türlü borç ve taahhütlerden ari ve bedelsiz olarak¹⁵⁶ idareye geçeceği öngörülmüştür. Ancak üst hakkının süresini ilgili olduğu yatırımın süresine bağlayan bu iki düzenleme 3996 sayılı Kanun kapsamında tesis edilecek üst hakkının bağımsızlığından şüphe edilmesine yol açmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu maddede *“daimi ve müstakil nitelikte üst hakkı tesis edilebileceği”* denilmekte olduğundan, üst hakkının uygulama sözleşmenin sona ermesiyle sona erecek olmasının kanun koyucu tarafından üst hakkının bağımsızlığını ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmediği söylenebilecektir. Keza aynı maddede *“Uygulama sözleşmesinde, Hazinece köprü kredi sağlanacağı hükmünün yer alması halinde, üst hakkı üzerinde tesis edilecek ipotekler için birinci derece birinci sıra boş bırakılır. Uygulama sözleşmesi koşulları çerçevesinde köprü kredi kullanılması halinde Hazine lehine birinci derece birinci sıradan ipotek tesis edilir”* denilmekle üst hakkının ipotek konusu yapılması hali düzenlenmiş olup, bu düzenleme de üst hakkının bağımsız olduğu saikiyle hareket edildiğini göstermektedir. Ne var ki, üst hakkının bu şekilde uygulama sözleşmesine bağımlı kılınması Türk Medeni Kanunu'nun üst hakkına ilişkin emredici kanun hükümlerine aykırı olup, üst hakkının bağımsızlığı niteliği ile de bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla da böyle bir üst hakkı üzerinde teminat ipoteği kurulamayacağı gibi, 3996 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilecek yatırım projeleri

Tesisin ve görevli şirket hisselerinin uygulama sözleşmesi ve diğer sözleşmelerde belirtilen koşullara uygun olarak süresinden önce idareye devrinin öngörülmesi halinde, görevli şirket lehine tesis edilen üst hakkı tapudan terkin edilmeden bu Kararın 39 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi hükmü uygulanmaz.

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

Uygulama sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde üst hakkı da sona erer.

Üst hakkının sona ermesi halinde tüm yapı ve tesisler bedelsiz olarak idareye geçer. Uygulama sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi hallerinde yapı ve tesislerin mülkiyetinin idareye intikaline ve tazminata dair hususlara uygulama sözleşmesinde yer verilir.

¹⁵⁵ Kamu arazisi üzerinde üst hakkı tesisine ilişkin yetkinin idareye kanunla tanınması gerekliliğinden hareketle, BKK ile böyle bir yetki verilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Gürzumar 1998, s. 216, dpn. 55.

¹⁵⁶ Bu düzenlemenin, Türk Medeni Kanunu'nun üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesi halinde hak sahibine uygun bir tazminat ödenmesine ilişkin emredici nitelikteki kanun hükümlerine aykırı olduğu, bu nedenle idarenin tazminat ödemekten kurtulamayacağı ve TMK.m.832 ve TMK.m.833 maddeleri uyarınca tazminat ödemek zorunda kalacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Gürzumar 1998.

bakımından üst hakkının teminat fonksiyonundan yararlanılması mümkün görülmemekte ve Kanundaki bu tutarsızlığın giderilmesi gerektiği düşünülmektedir¹⁵⁷.

6.3.3 Gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve üst hakkı

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri VI, No:11 sayılı Tebliği ile gayrimenkul yatırım ortaklıklarına kendisi veya başkası lehine üst hakkı tesisi suretiyle YİD modeliyle gerçekleştirilecek projelere yatırım yapabilme olanağı yaratılmış olmaktadır¹⁵⁸. Nitekim söz konusu Tebliği'nin "Yatırım faaliyetleri" başlıklı 25. maddesinin maddenin (g) bendinde gayrimenkul yatırım ortaklıklarının, "*Özel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla Yap-İşlet-Devret modeliyle geliştirilecek projeleri, bu maddenin (e) bendinde anılan şartların sağlanması koşuluyla kendisi veya başkaları lehine üst hakkı tesis ettirmek suretiyle gerçekleştirebileceği*" açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca aynı maddenin (e) bendinde aranan şartları taşıyan projeler bakımından projenin her aşamasında gayrimenkul geliştirme kârı veya kira geliri elde etmek amacıyla mülkiyetlerini edinmek veya üst hakkı tesis ettirmek suretiyle yatırım yapılabileceği, (f) bendinde, "*gayrimenkul yatırım ortaklıklarının sahip oldukları arsalar üzerinde ticari kâr elde etmek maksadıyla üst hakkı yükümlüsü olabileceği*" öngörülmüş bulunmaktadır.

Böylece gayrimenkul yatırım ortaklıklarına YİD modeli ile gerçekleştirilecek projelerde yatırımcı olarak rol alma ve tesis edilecek üst hakkını teminat göstermek suretiyle yatırımın finansmanı için daha kolay kredi temin etme ve bu suretle gelir elde etme imkanı tanınmış olmaktadır.

Bu düzenlemeye istinaden özellikle alış-veriş merkezi, otel ve turistik tesis inşası gibi pek çok yatırım projesi hayata geçirilmiş bulunmaktadır. Örneğin mal sahibi sıfatıyla Trabzon Dünya Ticaret Merkezi A.Ş. ve yatırımcı firma sıfatıyla Akfen Altyapı arasında 09.12.2005 tarihinde 4 yıldızlı otel ve müştemilatının yapılması ve/veya

¹⁵⁷ Öte yandan kamu malları tahsis niteliği devam ettiği sürece kural olarak özel kişilere devredilemez ve haczedilemez olduğundan, esasen kamu yatırımlarında üst hakkının teminat fonksiyonundan yararlanılması zaten pek mümkün görülmemekle birlikte kamunun özel malları söz konusu olduğunda durum tersine dönmektedir. Nitekim kanunun özel malları özel hukuk hükümlerine tabi olacağından haczedilebileceği gibi, ipotekli taşınmaz satılarak paraya da çevrilebilmektedir.

¹⁵⁸ Sermaye Piyasası Kurulu, Seri VI, No:11 Tebliğ, m.25/g.

yaptırılması ve işletilmesi ve sözleşme süresinin sonunda Trabzon Dünya Ticaret Merkezi A.Ş.'ne devredilmesine ilişkin olarak Yap-İşlet-Devret hakkı veren Trabzon Dünya Ticaret Merkezi Kompleksi Yap-İşlet-Devret Modeli ile 4 Yıldızlı Otel ve Müştemilatı İnşaat ve İşletme Sözleşmesi akdedilmiştir. Ancak Akfen Altyapı bu sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini, sözleşmedeki hükümlerle ve sürelerle bağlı kalmak kaydıyla, Akfen GYO'ya devretmiş ve bu kapsamda mal sahibi sıfatıyla TDTM ile yatırımcı firma sıfatıyla Akfen GYO ve devreden sıfatıyla Akfen Altyapı arasında 30 Ekim 2006 tarihinde Trabzon Dünya Ticaret Merkezi Kompleksi Yap-İşlet-Devret Modeli ile 4 Yıldızlı Otel ve Müştemilatı İnşaat ve İşletme Sözleşmesi akdedilmiştir. Trabzon Novotel'in inşa edilmiş olduğu arazi üzerinde 27.02.2008 tarihinde Akfen GYO lehine 49 yıllık daimi ve müstakil üst hakkı tapuda tescil edilmiştir¹⁵⁹.

Aynı şekilde Gaziantep Novotel ve Ibis Otel arazisi üzerinde Akfen GYO'ya, Gaziantep Büyükşehir Belediyesi ile Akfen GYO arasında akdedilen 31 Mayıs 2007 tarihli "Sözleşme" kapsamında Akfen GYO tarafından Gaziantep Taşınmazı üzerinde otel tesisi inşa edilmesi ve işletilmesi, işletme süresi sonunda Gaziantep Büyükşehir Belediyesi'ne devredilmesi hakkı verilmiştir. Gaziantep Novotel ve Ibis Otel arazisi üzerinde 17.07.2007 tarihinde Akfen GYO lehine 30 yıllık daimi ve müstakil üst hakkı tapuda tescil edilmiştir¹⁶⁰. Kayseri Novotel ve Ibis Otel arazisi üzerinde, Kayseri Sanayi Odası ile Akfen GYO arasında 4 Kasım 2006 tarihinde akdedilen ve 4 Eylül 2008 tarihinde tadil edilen "Yap-İşlet-Devret Modeli ile 3 ve 4 Yıldızlı Otel ve Müştemilatı İnşaat ve İşletme Sözleşmesi" kapsamında, Akfen GYO'ya tarafların mutabakatı ile tespit edilecek ve ek protokol ile belirlenecek yer ve alanda 3 yıldızlı Ibis otel ve 4 yıldızlı Novotel yapılması ve/veya yaptırılması ve işletilmesi ve sözleşme süresinin sonunda Kayseri Sanayi Odası'na devredilmesine ilişkin olarak Yap-İşlet-Devret hakkı verilmiştir. Kayseri Novotel ve Ibis Otel arazisi üzerinde Akfen GYO lehine 17.08.2007 tarihinde 49 yıllık daimi ve müstakil üst hakkı tapuda tescil edilmiştir¹⁶¹.

¹⁵⁹ http://www.akfengyo.com.tr/doc/2011/AkfenGYO_2011-01_FaaliyetRaporu.pdf (04.06.2011)

¹⁶⁰ http://www.akfengyo.com.tr/doc/2011/AkfenGYO_2011-01_FaaliyetRaporu.pdf (04.06.2011)

¹⁶¹ http://www.akfengyo.com.tr/doc/2011/AkfenGYO_2011-01_FaaliyetRaporu.pdf (04.06.2011).

6.3.4 Örnek olay incelemesi

Tez çalışmamızın bu kısmında, YİD modeli uygulanmasında üst hakkı tesisi, bu imkanın kötüye kullanıldığı ve yargıya intikal etmiş olan bir olay üzerinden örneklenmek istenmiştir.

Örnek olayda, İstanbul Salıpazarı-Karaköy Kruvaziyer Liman Turizm Ticaret Kompleksi'nin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesi'nde Yapım, İşletim ve Devri" konulu ihale işleminin, hukuka, yasa ve yönetmeliklere, şehircilik ilkeleri, planlama teknikleri ve kamu yararına aykırı olduğu gerekçesiyle T.M.M.O.B Mimarlar Odası tarafından Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. aleyhine idari işlemin iptali istemiyle dava açılmıştır.

Ekte tam bir metni bulunan dava dilekçesinde özetle "İhale ilanı ve İhale Şartnamesi'nde belirtildiği şekilde, İstanbul Salıpazarı-Karaköy Kruvaziyer Liman Turizm Ticaret Kompleksi'nin işletmesinin 49 yıllığına verildiği, İhale Şartnamesi'nin 4. sayfasındaki C/a bendinde, '...Görevli şirket lehine Türk Medeni Kanun'un 836. maddesi dairesinde tapuda tesis edilecek 49 yıllık bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı çerçevesinde..." denilerek bağımsız ve sürekli nitelikte 'üst hakkı' verileceği hususunun belirtildiği, İhale Şartnamesi'nde gönderme yapılan 836. maddenin üst hakkı süresinin uzatılmasını düzenlediği, ne var ki, hükmün ikinci fıkrası gereği bu konuda önceden yapılan taahhütlerin geçersiz olduğu ve olayda aslında 49 yıldan fazla devri mümkün olmayan işletme hakkının, üst hakkı tesisiyle 149 yıla çıkarılabilir hale getirildiği" belirtilmektedir. Ayrıca dava dilekçesinde, "3996 sayılı Yasa kapsamında turizm işletmelerinin bulunmadığı, bu nedenle de bir turizm kompleksi yatırımı olan GALATAPORT'un yapımının, 3996 sayılı yasa kapsamına sokulmasının hukuka aykırı olduğu" da vurgulanmaktadır.

Görülmektedir ki, ihale şartnamesinde, TMK'nın 836. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olarak, üst hakkının yüz yıl daha uzatılabileceğine ilişkin önceden bir taahhüt verilmiş bulunmaktadır. İlgili projenin büyüklüğü, konumu ve mahiyeti dikkate alındığında rant kaygısıyla kanun yasağını dolanmak amacıyla böyle bir düzenlemenin yapıldığı ve

kanunun emredici hükmüne açıkça aykırı olan bu düzenlemenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

Diğer yandan, 3996 sayılı Yasa kapsamında turizm işletmelerinin bulunmadığı, bu nedenle de bir turizm kompleksi yatırımı olan GALATAPORT'un yapımının, 3996 sayılı yasa kapsamına sokulmasının hukuka aykırı olduğu yönündeki iddianın kabulü bizce mümkün görülmemektedir. Zira 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde "*Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, (Ek ibare: 4493 - 20.12.1999 / m.1) "elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti" maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar*" denilmektedir. Düzenlemede "... ve benzeri" denildiğinden bu düzenlemenin tahdidi olmadığı anlaşılmakta ve 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu ve diğer özel hükümler saklı kalmak kaydıyla turizm yatırımlarının da bu kanun kapsamına sokulabileceği düşünülmektedir.

Bahsi geçen dava ile ilgili olarak Danıştay 6. Dairesi'nin 7.12.2005 tarih-2005/3313 E. No'lu kararında Yap-İşlet-Devret modeli ile yapılacak satışlarda Turizm Bakanlığı'nın değil, Özelleştirme İdaresi'nin yetkili olduğu gerekçesi ile Yürütmeyi Durdurma kararı vermesi üzerine, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ihaleyi geri isteyerek Türkiye Denizcilik İşletmeleri'ne geri göndermiş ve ihale Türkiye Denizcilik İşletmeleri İhale Komisyonu'nca iptal edilmiş bulunmaktadır¹⁶².

Buradan hareketle uygulamada bilerek veya bilmeyerek bu şekilde yasal gereklere aykırı sözleşmeler yapılabildiği anlaşılmaktadır. Nitekim üst hakkı ile YİD modeli farklı kanuni düzenlemelerde yer bulduğundan, YİD kapsamında üst hakkına başvuru hallerde iki kuruma ilişkin yasal düzenlemelerin de çok iyi bilinmesi ve sözleşmelerin

¹⁶² http://www.spo.org.tr/resimler/ekler/c59dc048e885024_ek.pdf (01.06.2011)

iyi kurgulanması, modelin başarısı açısından önem kazanmaktadır. Aksi halde, örnekte olduğu gibi yargı süreçlerinin yaşanması kaçınılmaz olmaktadır.

6.3.5 Örnek sözleşme incelemesi

Tez çalışmamızın bu kısmında, YİD modeli uygulanmasında üst hakkı yoluna başvurulması örnek sözleşme üzerinden değerlendirilmiş ve sözleşme hazırlanırken özellikle dikkat edilmesi gereken hususlar üzerinde durulmuştur.

6.3.5.1 Sözleşmenin konusu

Ekte tam metni yer alan sözleşme ile ilgili belediyenin (yatırım sahibi) mülkiyetinde bulunan ve sözleşmede cins ve mevkileri belirtilen taşınmazlar üzerinde yer alan ve yatırım sahibi tarafından restore ettirilerek müteşebbise (yatırımcı) teslim edilecek olan yapılar ile yatırımcı tarafından inşa edilecek olan tesislerden oluşan ve X Turizm ve Kültürel Merkezi projesinin sözleşmede belirtilen sürenin sonuna kadar işletilmesi, her yıl sözleşmede belirtilen miktarda yıllık kullanım bedeli ödenmesi ve bu sürenin sonunda da belediyeye devredilmesi taahhüt edilmiş bulunmaktadır.

6.3.5.2 İşin süresi, işe zamanında başlanması ve gecikme hali

Sözleşmenin 3. maddesinde proje hazırlık süresi, inşaaata başlama ve bitirme tarihleri ayrı ayrı düzenlenmiş ve ayrıca bu sürelerle uyulmaması halinde yatırımcının ödeyeceği gecikme cezaları günlük olarak belirlenmiş bulunmaktadır.

Üst hakkı bahsinde değindiğimiz gibi üst hakkı tesis edilen arazi üzerinde inşaat yapma, hak sahibine tanınan bir yetki olup, hak sahibi esasen bu yetkisini istediği zaman, istediği şekilde kullanabilmektedir. Bu nedenle de YİD modeli uygulanmasında kurulacak üst hakkı ile ilgili olarak yapılacak sözleşmede inşaaata başlanması gereken tarihin ve inşaat süresinin açıkça belirtilmesi önem kazanmaktadır. Gerçi YİD modeli kapsamında lehine üst hakkı tesis edilen yatırımcı şirketin de yatırım sahibi ve kredi kurumları gibi bir an önce inşaatın tamamlanarak, tesisin faaliyete geçirilmesinde

menfaati bulunduğundan, yatırımcı tarafından zamanında inşaata başlanmaması gibi bir durumun yaşanmasının pek mümkün olmadığı düşünülmektedir. Nitekim yatırımcı ancak inşaat tamamlanması sonrasında tesisin işletilmesi suretiyle yatırımını geri alabilecek ve beklediği karı elde edebilecektir. Bununla birlikte inşaata zamanında başlanmasını ve dolayısıyla tesisin hedeflenen tarihte işletmeye açılmasını teminen, örnekte olduğu gibi, taraflar arasında yapılacak sözleşmede inşaata başlanması gereken tarih ile bitim tarihinin ve projenin çeşitli aşamalarına dair diğer sürelerin açıkça belirtilmesinde yarar bulunmaktadır.

Ayrıca bu sürelere uyulmasını sağlamak üzere yapılacak sözleşmelerde gecikme cezasına yer verilmesi de önem göstermektedir.

6.3.5.3 İş programı

Sözleşmenin 5. maddesinde yatırımcının sözleşmenin tekemmülünün (Sayıştay tesciline tabi işlerde tescilin) kendisine tebliğinden itibaren 15 (On beş) gün içinde proje ve yapım işleri için teklif ekinde yer alan iş programını detaylı olarak ayrı ayrı düzenleyerek onanmak üzere yatırım sahibi idareye sunması, aksi halde gecikilen her gün için gecikme cezası ödeyeceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Bu sayede yatırım sahibi sözleşme kapsamındaki işlerin iş programına uygun olarak ilerleyip ilerlemediğini denetleme ve işin zamanında yetişmeyeceğinin anlaşılması halinde müdahale imkanına kavuşmaktadır.

6.3.5.4 Teknik personel

Sözleşmenin 6. maddesinde yatırım sahibi tarafından işin devamı süresince işin başında bulundurulması istenen teknik personelin unvanı ve sayısı belirtilmiş ve uygun teknik personelin iş başında bulundurulmaması halinde yatırımcı tarafından ödenecek ceza miktarı tespit olunmuş bulunmaktadır. Nitekim yatırım sahibi bu şekilde yatırımcının personel seçiminde söz sahibi olmak ve personel seçimine müdahale etmek suretiyle yatırımcının teknik bilgi ve becerisi işin mahiyetine ve gereklerine uygun personel çalıştırmasını garanti altına almak istemektedir.

6.3.5.5 Üst hakkı tesisi

Sözleşmenin yine 3. maddesinde, sözleşmenin taraflarca imzalandığı tarihten (gerekmesi halinde Maliye ve Sayıştay tescil tarihinden) itibaren 15 (On beş) gün içerisinde yatırım sahibi idarenin yatırımcı lehine, söz konusu taşınmazların tapu kaydında 49 yıl süreli, bağımsız ve daimi nitelikte üst hakkı kuracağı belirtilmiştir. Aynı şekilde sözleşmenin 14.2. maddesinde de yatırım sahibinin asli taahhüdünün sözleşme kapsamındaki taşınmazları sözleşme süresinin sonuna kadar yatırımcının kullanımına vermek ve bu taşınmazlar üzerinde, yatırımcı lehine 49 (kırk dokuz) yıl süreli, bağımsız ve daimi nitelikte üst hakkı kurmak olduğu belirtilmiş bulunmaktadır. Görüldüğü üzere yatırım sahibinin asli taahhüdünün sözleşme kapsamındaki taşınmazları yatırımcının kullanıma vermek olduğu belirtilmek suretiyle üst hakkının kanundan doğan muhtevası gereği yüklü taşınmaz maliki yatırım sahibi belediyenin, malik bulunduğu taşınmazı kullanmaktan kaçınmak ve mülkiyet hakkından doğan yetkilerinden bazılarının üst hakkı sahibi tarafından kullanılmasına katlanmak durumunda olduğu vurgulanmış bulunmaktadır.

Ayrıca yatırımcı lehine tapu sicilinde ayrı bir sayfaya kaydedilebilecek bağımsız ve sürekli bir üst hakkı tesis edilmektedir. Nitekim sözleşmede ve üst hakkının bağımsızlığını ortadan kaldıracak herhangi bir kayda yer verilmediği gibi, aksine bağımsız nitelikte olduğu açıkça belirtilmektedir.

6.3.5.6 Kullanım bedeli

Sözleşmenin 14.1.6 maddesinde yatırımcının tesislerin işletmeye açılmasından itibaren her yıl sözleşme konusu tesislerin kullanım bedeli olarak sözleşmenin 17. maddesinde öngörülen bedelleri yatırım sahibi belediye ödeyeceği, sözleşmenin 14.2. maddesinde ise, sözleşmedeki kullanım bedeli ifadelerinin intifa hakkı bedeli olarak anlaşılacağı belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle bu kullanım bedellerinin üst hakkı iradı olarak anlaşılamayacağı belirtilmek istenmiştir.

Bu şekilde taşınmaz malikinin TMK.834. madde ile üst hakkı iradı üzerinde ipotek tesis edilmesini talep etmesinin önüne geçilmek istendiği anlaşılmakta, ancak böyle bir düzenlemenin geçersiz olduğunun ileri sürülebileceği düşünülmektedir. Zira taraflarca intifa hakkı bedeli ifadesi kullanılmış olması bu bedelin hukuki mahiyetini değiştirmeyeceği gibi, bizce bu hususta tarafların gerçek iradelerin üst hakkı iradı ödenmesi yönünde olduğunun kabulü gerekmektedir.

6.3.5.7 Risklerin dağılımı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi YİD modelinin bünyesinde bir takım riskler bulunmaktadır. Modelin başarıya ulaşması için bu risklerin yönetimi önem kazanmakta ve bu risklerin yapılacak sözleşmede taraflarca paylaşılması ve bu suretle dağıtılması gerekmektedir. Nitekim uygulamada da tüm risklerin tek tarafa yüklenmesinden ziyade taraflarca adilane bir paylaşım yapılması tercih edilmektedir. Zira tüm risklerin tek tarafa yüklendiği bir model ile gerçekleştirilmek istenen yatırım için istekli bulunması pek mümkün görülmediği gibi, riskin büyüklüğü sebebiyle yatırım maliyetlerinin de yükseleceği düşünülmektedir. Bununla birlikte örnek sözleşmede tamamlama riski, hukuki risk ve finansman riski tek başına yatırımcıya yüklenmiş bulunmaktadır.

Nitekim sözleşmenin 8. maddesinde, “müteşebbisin gerek esas taahhüt süresi içinde gerekse mücbir sebeplerden dolayı uzatılan süre içinde “taahhüdün tamamen ifasına kadar” vergilere zam yapılması veya yeni vergiler, resimler konulması, fiyatların yükselmesi, taşıma ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplere dayanarak fazla para verilmesi veya süre uzatımı isteğinde bulunamayacağı”, 9. maddesinde ise, “müteşebbisin yapım sırasında çıkabilecek kazalardan ve kazaların sebep olacağı zararlardan doğrudan doğruya mesul olacağı” kabul edilmiş bulunmaktadır.

6.3.5.8 Finansman temini

YİD modeli kapsamında yatırım sahibi herhangi bir mali ve teknik külfet altına girmeksizin sahip olduğu projenin yatırımcı tarafından hayata geçirilmesini hedeflemektedir. Bu amaçla sözleşmenin 14.2.4. maddesinde, “Sözleşmenin

imzalanması dahil sözleşme süresinin bitimine kadar resmi ve özel daireler nezdinde tüm muamelelerin takibi, otel tesislerinin inşaatı ile ilgili her türlü resmi belge, izinlerin, inşaat ruhsatı için gerekli projelerin tamamının tanzimi ve inşaat ruhsatı için ilgili belediyelerden işin takibi ve bunlarla ilgili tüm masrafların karşılanması velhasıl taahhüt konusu işin bitirtilmesine, işletmeye hazır hale getirilmesine kadar olan tüm inşaat masrafları ve işletme süresine ait tüm giderler, vergiler, SSK primleri ve sair her türlü vergi ve resimlerin yatırımcıya ait olacağı, sözleşmenin imzalanmasından itibaren sözleşmeye konu eserin işletilebilmesi için zorunlu olan her türlü harcamanın (işletme ruhsatının, işletme belgelerinin velhasıl gerekli her türlü belgenin alınması için yapılması gereken harcamalar dahil) yatırımcı tarafından karşılanacağı” belirtilmiş bulunmaktadır.

Aynı yönde sözleşmenin 11. maddesinde işçilere yapılacak ödemeler ile malzeme bedellerinin yatırımcı tarafından karşılanacağı, 12. maddesinde ihaleye, sözleşmeye ve taahhüdün tamamının yapılmasına ait bütün vergi, resmi ve harçlarla sözleşme giderlerinin yatırımcıya ait olduğu, 14.1.3 maddesinde de inşaat dönemi içerisinde otel tesisleri ve peyzaj düzenlemelerinin gerçekleştirilebilmesi için yapılacak olan her türlü harcamanın da yine yatırımcıya ait olduğu belirtilmiş bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere gerek inşaat ve gerekse işletme dönemine ait her tür gider tek başına yatırımcı tarafından üstlenildiği gibi, gerekli izinlerin alınması ve başvuruların yapılması da yatırımcının sorumluluğunda olup, yatırım sahibi herhangi bir mali veya idari külfet altına girmemektedir.

6.3.5.9 Bakım, onarım ve yenileme maliyetleri

Sözleşmenin 14.1.4. maddesinde, işletme döneminde sözleşme kapsamındaki tüm yapı ve tesisler ile ilgili olarak peyzaj düzenlemeleri ile her türlü bakım, onarım, yenileme ve buna benzer harcamaların yatırımcıya ait olduğu ve bunlarla ilgili olarak yatırım sahibi belediyeden herhangi bir talepte bulunmayacağı öngörülmekle YİD modelinin doğasına uygun olarak işletme dönemindeki tüm bakım, onarım ve yenileme maliyetleri yatırımcıya yüklenmiş olmaktadır.

Böylece belediye bütçesine herhangi bir mali külfet yüklenmeksizin bakım ve onarım işlerinin yatırımcı tarafından düzenli olarak yapılması yanında sözleşme sona erdiğinde sözleşme kapsamındaki yapı ve tesislerin bakımlı ve çalışır vaziyette olmaları sağlanmaktadır.

6.3.5.10 Tesisi devir borcu

Daha önce de açıklandığı gibi YİD modelinde yatırımcı finansmanını yüklenerek inşa ettiği tesisi işletmek ve sözleşme sonunda tesisi, proje sahibine her tür borçtan arı ve çalışır durumda devretmek borcu altına girmektedir. Bu husus örnek sözleşmenin 14.1.5. maddesinde, “Müteşebbis inşaatın bitirilip işletmeye açıldığı aydan başlayarak bu sözleşme kapsamındaki tüm yapı ve tesisleri işletmeyi ve bu sürenin sonunda yeni bir anlaşma yapılmadığı takdirde tesisleri tahliye ve teslim etmeyi taahhüt etmiştir” şeklinde ifade edilmektedir. Aynı yönde, sözleşmenin 19. maddesinde demirbaş listesinde yer alan demirbaşın sözleşme süresinin sonunda çalışır ve kullanılabilir durumda yatırım sahibi belediyeye teslim edileceği öngörülmüş bulunmaktadır.

6.3.5.11 Sigorta

Sözleşmenin 20.2. maddesinde yatırımcının kullanım süresi içinde tüm tesisi (Tefriş ve işletme malzemeleri, araç ve gereç dahil) değeri üzerinden sigorta ettireceği ve çıkabilecek kazalardan ve bu kazalara sebep olacağı idari, hukuki ve mali sorumluluklardan sorumlu olacağı belirtilmiştir. Maddede yatırımcı tarafından tesisin gerçek değeri üzerinden sigorta ettirileceği belirtilmiş bulunmakta, cana veya kazaya karşı sigorta yapılmasının aranmadığı görülmektedir. Oysaki böyle bir sözleşmede risklerin büyüklüğü ve çeşitliliği nedeniyle risklerin sigorta ettirilmesi suretiyle katlanılabilir kılınması son derece önemlidir. Bu amaçla böyle bir sözleşmede all risk sigorta yanında üçüncü şahıs mali mesuliyet, işveren mali mesuliyet, yangın sigortası gibi sigortaların da yapılmasının da şart koşulmasında yarar olduğu düşünülmektedir.

7. SONUÇ

Özellikle başlangıç yatırımı yüksek ve yatırımın geri alınmasının uzun döneme yayıldığı projelerin finansmanında alternatif olarak sunulan YİD, yatırım maliyetinin tesisin işletilmesi neticesinde elde edilecek gelirden karşılanması esasına dayanan bir proje finansman modelidir.

Gerçekten YİD modeli büyük alt yapı projelerinin gerçekleştirilmesi sürecinde karşılaşılan finansman sıkıntısının giderilmesinde önemli bir alternatif teşkil etmektedir. Ancak YİD modeli aracılığıyla gerçekleştirilecek projelerde yatırımın uzun bir süreyi kapsaması, yapılacak yatırımın niteliği ve tutarı, birçok kuruluşun proje sürecine taraf olması, üretilecek mal veya hizmetin satış fiyatının belirlenmesi ile istenilen gelirin elde edilmesindeki belirsizlik, bir takım riskler doğurmakta ve bu durum planlı ve kontrollü risk analizleri yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim ülkemizde model kapsamında gerek rant kaygısıyla iyi analiz edilmeden, gerekse yabancı sermayeyi ülkeye çekebilmek için geniş garantiler verilerek projelere girildiği ve özellikle kamu yatırımlarında hazinenin büyük zararlara uğratıldığı ve uygulamaların malesef başarısız olduğu görülmektedir. Bu nedenle de bir projeye girişmeden evvel kapsamlı analizler yapılarak projenin tüm risk ve maliyetleri ile hukuki, finansal ve çevresel olarak projenin yapılabilirliğinin ortaya konulması ve en çok uygulanabilir olan projenin seçilmesi gerekmektedir. Ancak bu sayede gerçekleştirilmek istenen yatırımlardan maksimum fayda sağlanabilecektir.

Bunun yanında modelden beklenen faydaların elde edilebilmesi için ülkede hukuki, siyasi ve finansal alt yapının oluşturulması da gerekmektedir. Bu açıdan ülkenin ekonomik ve siyasi istikrarlılığı, ülkede rekabetçi bir ortam bulunması, yasal düzenlemelerin yapılmış olması ve özellikle yabancı yatırımcılar bakımından uluslararası tahkim yolunun açık olması önem kazanmaktadır.

Bu noktada ülkemizde kamu yatırımlarında YİD modeline başvurulmasının esas ve şartları yasal olarak düzenlenmiş bulunmakla birlikte, özel yatırımlar bakımından böyle bir yasal düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Kanaatimizce bu husus önemli bir

eksiklik olup, özel yatırımlar bakımından modelden beklenen faydalara ulaşılabilmesi için genel bir yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Böylece modelin özel hukuk kişilerince de anlaşılması ve etkin olarak kullanılması sağlanabilecektir.

Yapılacak böyle bir düzenlemede YİD modeli kapsamında üst hakkından yararlanılmasının esas ve şartlarına belirlenmesinde de ayrıca yarar olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim özel yatırımlara yönelik böyle bir düzenleme bulunmadığından, örnek olay incelemesinde de görüldüğü gibi sözleşmelerde bilerek veya bilmeyerek birbiri ile çelişen ve hatta kanuna açıkça aykırı hükümlere yer verilebildiği görülmektedir.

Oysaki üst hakkı YİD modelinin uygulanmasında arazi temini için başvurulabilecek en etkin hukuki yol olup, üst hakkı tesisi yoluyla yatırımcıya mülkiyet hakkı düzeyinde bir koruma ve (özellikle kredi kurumları nezdinde) itibar yaratılmaktadır. Özellikle bağımsız ve sürekli bir üst hakkının tapu siciline tescili suretiyle üst hakkına taşınmaz gibi tedavül imkanı yaratıldığı gibi, yatırımcı YİD modeli ile inşa edeceği tesisi finanse edebilmek için üst hakkını teminat olarak göstermek suretiyle daha kolay şartlarda kredi temin edebilmekte ve tapu sicili ile de işlem güvenliği sağlanmaktadır. Buna karşın yatırım sahibi de araziye temin etmek karşılığında, arazisini mülkiyetinden çıkarmak ve bizzat inşaat yapma ve onu kiralama durumunda doğacak masraf ve külfetlere katlanmak durumunda kalmaksızın, arzu ettiği projenin gerçekleşmesini sağlamış olmaktadır. Ayrıca yatırım sahibi arazisinden üst hakkı süresince rant elde ettiği gibi, üst hakkı ilişkisi sonunda ayrıca bir devir işlemine gerek kalmaksızın tesisin de maliki olmakta ve arazinin artan değerinden yararlanmaktadır. Ne var ki ülkemizde üst hakkının yeterince anlaşılmadığı ve etkin kullanılmadığı görülmektedir.

İşte bu nedenlerle özel yatırımlar bakımından yapılacak yasal bir düzenleme ile YİD modeline başvurulmasının ve bu kapsamda üst hakkı tesisi yoluyla arazi temininin esas ve şartlarının belirlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKLAR

- Akbıyıklı, R. 2009. İnşaat Sözleşmeleri Esasları ve Uygulamaları, Birsen, 231 s. İstanbul.
- Akıncı, Z. 2007. Milletlerarası Tahkim. Seçkin, 798 s. Ankara.
- Akış, E. 1998. Yap-İşlet-Devret Modeli, Belediye Dergisi, C.5, S.5. s.23-28.
- Akipek, J. 1972. Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti. Prof. Dr. H.C.Oğuzoğlu'na Armağan, 681, Ankara. (Atıf şekli Akipek I).
- Akipek, J. 1974. Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) III. Kitap Mahdut Ayni Haklar (Menkul Rehni Hariç). Sevinç, 299, Ankara. (Atıf şekli Akipek II).
- Akipek, J. 1977. Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muhtevası. Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:408, Sevinç, s.229-275, Ankara. (Atıf şekli Akipek III).
- Akipek, J. ve Akıntürk, T. 2009. Eşya Hukuku. Beta, 964, İstanbul.
- Anonymous. 1997. UNIDO BOT Programme, March 1997, Trading Modules of BOT Programme Infrastructure Development Through BOT Projects Seminar Incooperation with the Economic Development Institute, March, Vienna.
- Aral, V. 1962. İnşaat (Üst) Hakkı, MK m.652, 751, İstanbul Üniversitesi Yayınları Sayı 951, 84, İstanbul.
- Augenblick, M. and Custer, B. 1990. The Build Operate and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries, Policy, Research and External Affairs Working Papers, Infrastructure. The World Bank, 108, WPS 498.
- Bilgen, P. 1990. Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında. Kamu Hukuku Bülteni, S.3, Mart 1990, s.1-6.
- Bulutoğlu, K. 1982. Anayasanın İşlevi ve Temel Kamu Hizmetleri (ve Konunun Yorumu) Çağdas Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” (Uluslararası Seminer)”, İstanbul 5-7.2.1982, s.363-387.
- Canaz-Yılmaz, I. 2011 a. Türkiye’de Kamu Özel Sektör Ortaklığı Modelleri. <http://www.fazliogluhukuk.com/makale.html> (01.04.2011).
- Canaz-Yılmaz, I. 2011 b. Proje Finansmanı ve Kamu Özel Sektör Ortaklıkları. <http://www.fazliogluhukuk.com/makale.html> (01.04.2011).
- Çal, S. 2008. Türkiye’de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Yayını, Yayın Sıra No 58, 458, Ankara.
- Çolak, H. 2000. Özelleştirme ve Yap-İşlet-Devret Modeli. T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 180, Ankara.
- Derdiyok, T. 1993. Yap-İşlet-Devret Modeli, Yaklaşım Dergisi, S.9, Eylül 1993, s.95-103.
- Duran, L. 1991. Yap-İşlet-Devret. AÜSBF Dergisi, Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, Y.1991, C.46, S. 1-2, s.147-170.
- Erdoğan, H. 2010. Belediye Yatırımlarının Finansmanında Yap-İşlet-Devret Alternatifi: Antalya Sarısu Mesire Alanı Örneği. Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2010, C.15, S.3 s.471-486.
- Erdoğan, S. 1997. Yap-İşlet-Devret Modeli Özelleştirmenin Kestirme Yolu. Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Y.1997, S.200, C.21, s.22-29.

- Ergüne, M. S. 2008. Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar. İÜHFM, Y. 2008, C. LXVI, S.1, s. 275-292.
- Ertaş, Ş. 2008. Eşya Hukuku, Seçkin, 598, Ankara.
- Francis, K. William, E. S. and Perry, R. Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law) Vol. 82, (APRIL 20-23, 1988), pp. 578-593.
- Gençoğlu, Ş. 2008. Türk İdare Hukukunda Yap-İşlet-Devret Modeli. T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 134, Ankara.
- Gözler, K. 2003. İdare Hukuku. II Cilt, Ekin, 3168, Bursa.
- Gözübüyük, Ş. ve Tan, T. 2004. İdare Hukuku, C.I, (Genel Esaslar), Turhan, 1187, Ankara.
- Gümüş, M. A. 2003. Yeni Türk Medeni kanunu Hükümleri ile Karşılaştırmalı Olarak Eski Medeni Kanunun Üst Hakkına İlişkin Hükümlerinde Üst Hakkı İlişkisinin Tarafları ve İlgilileri İçin Kabul Edilmiş “Tazminat (Bedel) Alacakları” ve “İpotek Hakları”, Bilgi Toplumunda Hukuk, C.II, 532-567, İstanbul.
- Günday, M. 2002. İdare Hukuku. İmaj, 566, Ankara.
- Güneş, C. 2002. Tüm Yönleriyle Enerji Altyapı Yatırım Modelleri Uygulama ve Mevzuatı. Güneş Danışmanlık, 1001, Ankara.
- Gürses, D. Mart 2011. Kredi Teminatı Olarak Üst Hakkı İpoteği. Bankacılar Dergisi, Y.22, S.76, s.3-13.
- Gürsoy, K., Eren, F. ve Cansel, E. 1984. Türk Eşya Hukuku. 758, Ankara.
- Gürzumar, O. B. 1998. Türk Medeni Hukuku’nda Üst Hakkı, Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil. Beta, 252, İstanbul.
- Işık, A. 2005. Mühendislik Ekonomisi. Birsen, 405, Ankara.
- İmre, E. 2001. Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modelinin Yasal Çatısı, Uygulaması, http://www.ydk.gov.tr/seminerler/turkiyede_yid_modeli.htm (01.04.2010)
- İnan, A. Kasım Aralık 1998. Yap-İşlet-Devret Modeli ve Sayıştay Denetimi. Mali Hukuk Dergisi, S.78, s.1-8.
- İnan, N. 1998. İmtiyaz Hukukunun ve Uluslararası Tahkim Kurumunun Özel Hukuk Açısından İncelenmesi. Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, Ankara Sanayi Odası, s. 16-20.
- Jefferies, M. Gameson, R. and Rowlinson, S. 2002. Critical Success Factors of The BOOT Procurement System: Reflections From The Stadium Austrilia Case Study. Engineering, Construction and Architectural Management, v.9, n.4, p.352–361.
- Karaca, Y. 1995. Yap-İşlet-Devret Modeli. Yaklaşım Dergisi, Y.3, S.34, s.57-64.
- Kaplan, İ. 1983. Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri. BATİDER, Y.1998, C. 19, S.4, s.9-42.
- Keskin, B. 2006. Kamu Hizmetlerinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü. Yayınlanmış Doktora Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 336, Ankara.
- Kessides, C. 1995. Institutional Options for the Provision of Infrastructure. 212 World Bank Discussion Pappers, The World Bank, 100, Washington D.C. http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/1993/09/01/00009265_3970311122301/Rendered/PDF/multi_page.pdf (01.04.2010).

- Kırca, Ç. 2005. Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği. AÜHFD, Y.2005, C.54, Sa. 4, s. 65-76.
- Köksal, T. 2009. Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. Adalet, 255, Ankara.
- Köprülü, B. ve Kaneti, S. 1982-1983. Sınırlı Ayni Haklar. Fakülteler Matbaası, 626 İstanbul.
- Kuntalp, E. 1991. Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların, Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 4, s.528-551.
- Leblebiciler, O. 2005. Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Alternatif Arayışlar: Yap-İşlet-Devret Modeli ve İzmit Yuvacık Barajı Örneği. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Ana Bilim Dalı, 143, Ankara.
- Oğuzman, K. ve Seliçi, Ö. 1997. Eşya Hukuku. Filiz, 848, İstanbul.
- Oğuzman, K. Seliçi, Ö. ve Özdemir, S. 2009. Eşya Hukuku. Filiz, 912, İstanbul.
- Okka, O. 2006. Mühendislik Ekonomisine Giriş. Nobel, II Cilt, 629, Ankara.
- Pala, C. Tapu Kütüğünde Taşınmaz Olarak Kaydedilen Bağımsız ve Sürekli Haklar. Kazancı Endeksi, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/hebb-medeni.htm> (1.4.2011).
- Pekgüçlü Karabulut, G. 2007. Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi. Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, 323, Ankara.
- Pirler, O. 1995. Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli. Çağdaş Yerel Yönetimler, C.4, S.1, Ocak 1995, s.38-47.
- Polatkan, V. 1997. Yap-İşlet-Devret. Yaklaşım Yayıncılık, 330, Ankara
- Sevil, S. 1999. Yap İşlet Devret Modelinde Karşılaşılan Riskler ve Finansal Riskin Önlenmesinde SWAP Tekniğinin Kullanımı. Dış Ticaret Dergisi, Y.4, S.14, s.78-94.
- Sezer, Y. 2000. Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap-İşlet-Devret Modeli. T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- Sirmen, L. 1995. Eşya Hukuku Dersleri. Savaş, 347, Ankara.
- Sirmen, L. 1996. Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli. Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s. 11-17, Ankara.
- Şanlı, C. 2005. Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. Beta, 548, İstanbul.
- Şeker, S. 1994. Serbest Bölgelerde Yap-İşlet-Devret Modeli Uygulaması ve İmtiyazlı Şirketler. Yaklaşım Dergisi, S.16, s.50-63.
- Tan, T. 1996. İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli. Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s.23-40, Ankara.
- Tekinay, S.S. 1994. Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar. Filiz, 151, İstanbul.
- Tereci, H. 2011. Üst Hakkı. Terazi Dergisi, Y.6, S.58, s.40-48.
- Turgut, P. 2006. Yabancıların Taşınmaz mal Edinimi Sorunu Çerçevesinde İntifa, Oturma ve Üst Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilerin Mülkiyet Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilere Alternatif Olup Olamayacağı Sorunu. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, bkz. <http://hukuk.erciyes.edu.tr/> (01.04.2010).

- Uluatam, Ö. 1989. Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler. İşveren Dergisi, C.XXVIII, S.5, Şubat 1989, s.27-29.
- Ünal, M. 1988. Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı. Dayınlarlı, 204, Ankara.
- Ünal, M. 2008. Malik Lehine Sınırlı Ayni Hak Kavramı. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, S.1-2, C.XII, s.223-236.
- Varlıer, O. 1996. Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi. Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s.3-17, Ankara.
- Yerlikaya, G.K. 2002. Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme. Seçkin, 295, Ankara.
- Yılmaz, O. 1999. Yap-İşlet-Devret ve Türkiye Uygulaması Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı. 140, Ankara.
- Yiğit, İ. ve Orhan, M. 2010. T.C. İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliği İnceleme Araştırma Raporu, Mahalli İdarelerde Yap-İşlet-Devret Uygulamaları. İ.Y. 161/19, M.O. 179/7, Ankara.
- Zabunoğlu, Y. 1996. Yap-İşlet-Devret (YİD) Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli. Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli. Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s.45-54, Ankara.

Anonim. 2011. Web Sitesi:

<http://www.tepenautilus.com/index.php?page=hakkimizda&c=page>

Erişim Tarihi: 1.4.2011.

Anonim. 2011. Web Sitesi:

http://www.vgm.gov.tr/06_Yatirimlarimiz/002_YapisletDevret/yap_islet.cfm

Erişim Tarihi: 1.4.2011.

Erişim Tarihi: 21.11.2010.

Anonim. 2010. Web Sitesi:

<http://www.esbas.com.tr/biz-kimiz.aspx>

Erişim Tarihi: 08.12.2010.

Anonim. 2010. Web Sitesi: <http://www.sasbas.com/sasbaspages.asp?cat=2> Erişim Tarihi: 08.12.2010.

Anonim. 2011. Web Sitesi:

<http://www.yesilekonomi.com/yayinlar/makale/pdf/Yenilenebilir-Enerji-Santralleri-Icin-Finansman-Modelleri-Proje-ve-Sendikasyon-Kredisi.pdf> Erişim Tarihi: 13.03.2011.

Anonim. 2011. Web Sitesi:

<http://www.cnnturk.com/2011/turkiye/02/11/rizede.iki.hes.projesine.yurutmeyi.durdurma/606511.0/index.html> Erişim Tarihi: 1.6.2011.

Anonim. 2011. Web Sitesi:

<http://www.sayistay.gov.tr/rapor/diger/2002/izmitsu/izmitsu.htm> Erişim Tarihi: 1.5.2011,

Anonim. 2011. Web Sitesi: Sitesi:

<http://www.sayistay.gov.tr/rapor/diger/2004/Enerji/EnerjiRaporu-Ozet.doc>. Erişim Tarihi: 1.5.2011.

http://www.akfengyo.com.tr/doc/2011/AkfenGYO_2011-01_FaaliyetRaporu.pdf (04.06.2011).

Anonim. 2011. Web Sitesi:

http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/UBAK/tr/Ana_Plan_Stratejisi/3-Rapor/20100518_170958_204_1_64.pdf Erişim Tarihi: 01.04.2011.

Anonim. 2011. Web Sitesi: <http://finans.ekibi.net/forum/proje-finansmani-project-finance-nurgul-chambers-t-6061.html> Erişim Tarihi: 01.04.2011.

Anonim. 2011. Web Sitesi: <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/hebb-medeni.htm> Erişim Tarihi: 1.4.2011.

Anonymous. 2010. Web Sitesi:

<http://www.hkis.org.hk/general/cpd/ConcessionModels.pdf> Erişim Tarihi: 21.11.2010.

EKLER

EK-1 Dava Dilekçesi

EK: 2 Sözleşme Örneği

EK: 3 Resmi Senet Örneği

EK-1 Dava Dilekçesi

31.10.2005

Yürütmenin durdurulması istemi vardır.

İSTANBUL İDARE MAHKEMESİ

SAYIN BAŞKANLIĞI'NA

DAVACI : T.M.M.O.B. Mimarlar Odası (İstanbul Büyükşehir Şubesi)-
Yıldız Sarayı Dış Karakol Binası Beşiktaş/İST

VEKİLLERİ : Av.İlyas BULCAY- Av.Nezih Şanlı (0216 474 50 53)
Altunizade Sırmaperde cd.Yetimhane sk.No:4/6 Üsküdar- İST

DAVALI İDARE : Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.

Rıhtım Caddesi Merkez Han 80120 Karaköy-İSTANBUL

KONU : Davalı İdarece 24 Ağustos 2005 tarihinde yapılan

“İstanbul Salıpazarı - Karaköy Kruvaziyer Liman Turizm Ticaret Kompleksi'nin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesi'nde Yapım, İşletim ve Devri” konulu ihale işleminin, hukuka, yasa ve yönetmeliklere, şehircilik ilkeleri, planlama teknikleri ve kamu yararına aykırılığından dolayı İPTALİNE ve öncelikle ve ivedilikle YÜRÜTMENİN DURDURULMASINA karar verilmesi istemimizdir

AÇIKLAMALAR

1-) İhaleye konu alan ve çevresi; tarihi doğal ve kültürel özellikleri ile bir dünya mirası olan İstanbul'un tarihi geçmişi kent içindeki konumu dokusu ve barındırdığı çok

önemli ve değerli kültürel ve tarihi yapılar ve doğal değerler açısından korunması gerekli son derece önemli bir kent parçasıdır.

Bu değerlerinin yanı sıra; bölge İstanbul'a deniz yolu ile yaklaşırken; Beşiktaş 'tan Karaköy'e kadar, Boğaziçi Mimarisinin ve tarihi İstanbul silüetinin algılandığı çok önemli ve etkili bir coğrafi ve topografik konuma sahiptir. Nitekim bu özellikleri ile bölge İstanbul I nolu KVTVKK tarafından 7.7.1993 gün ve 4720 sayılı karar (EK-7) ile " Kentsel Sit Alanı" olarak ilan edilmiş ve 29.09.1993 tarih ve 4054 sayılı Kurul kararı ile de Koruma Amaçlı İmar Planı yapıncaya dek geçici yapılaşma koşulları belirtilmiştir.

Bu çok özel koşullara rağmen bölge, Bakanlar Kurulu'nun 15.12.1994 tarihli ve 94/6345 sayılı kararı ile ilgili tüm kurum ve kuruluşların bütün itirazlarına rağmen ve yapılan uygulama sonuçlarının bu itirazları haklı çıkaran sonuçlarına karşın İstanbul'un bütün doğal,tarihi ve kültürel değerlerini acımasızca tahrip ve yok eden kararların ortaya çıkışına neden olan "Turizmi Teşvik Kanunu'na" göre "Turizm Merkezi" olarak belirlenmiştir.

Bu karar üzerine özelleştirme idaresi ve Kültür ve Turizm Bakanlığı Yatırım ve İşletmeler Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan Karaköy Tophane Salıpazarı'nı kapsayan 1/5000 ve 1/1000 ölçekli Tophane Salıpazarı Kruvaziyer Yat Limanına ilişkin planlar 27 Temmuz 2004 Tarih 225 5972 20576 sayılı yazı eki olarak İstanbul I nolu KVTVKKK'nun onayına sunulmuştur.

Koruma Kurulu'nun 20 Eylül 2004 tarih 118 sayılı kararı ile (EK-4); Koruma amaçlı İmar Planından soyutlanarak yapılan planların; korumacılık ilkeleri ters düşeceği ve spekülatif baskıları tetikleyeceğinin açık olduğundan bahisle böylesine bir plan çalışmasının Boğaziçi silüetinin devamlılığından ve yakın çevresindeki Saray, Cami, Çeşme, Saat Kulesi gibi çok önemli kültürel varlıklarından da soyutlanmayacağına bilimsel ve yasal bir gereklilik olduğunun altı çizilmiştir.

* Yukarıda özetlenen esas hakkındaki gerekçeler uygun görülmeyen sözkonusu Tophane Salıpazarı liman projesinin ancak;

* Planı çevreleyen kıyıda ve silüete giren yamaçlardaki tüm kültür varlıkları ve sit alanı dokusu dikkate alınarak,

* Alandaki anıt yapılar ve tarihi gümrük yapıları öne çıkarılarak,

* Sit bölgesinde kalan öneri planların koruma anlayışı çerçevesinde irdelenebilmesi için mevcut ve kaybedilmiş kültür varlıklarının belgelenerek ve restitüsyon projeleri hazırlanarak,

* Kıyı şeridi ve geri bölgesinin görsel ve işlevsel ilişki kurularak,

* İşlev ve yapı yoğunluğu SİT alanının taşıma kapasitesi kapsamında düşünülerek,

* Öneri projenin yasal bir gereklilik olarak hazırlanması gereken 1/5000 ve 1/1000 ölçekli “Beyoğlu Kentsel Sit alanı Koruma Amaçlı İmar planları” ile entegre edilerek hazırlanması gerektiğine,

* Kentsel tarihi kimliği ve silüeti koruma adına bu bölgedeki yapılanmanın Beşiktaş’tan Karaköy’e kadar “Boğaziçi mimarisi” nin genel ölçü ve oranları içine kalmak üzere Kuzeyde Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi’nin (Sultançifte Sarayları) saçak kotunu, Batıda; Nusretiye ve Güneyde; KılıçAli Paşa Camilerini perdelemeyecek ve beden duvarları silme kotunu geçmeyecek irtifada ve silüette duvar etkisi yapmayacak bir avan proje hazırlanmasından sonra Kurulca değerlendirilebileceğine dair karar verilmiştir.

İstanbul I Nolu KVTVKK’nun, yukarıda özetlenen 20.09.2004 Tarih 118 sayılı kararına rağmen müvekkilim Mimarlar Odası’na itiraza konu olan kararlar kurulun bu önerileri doğrultusunda hiçbir düzenleme yapılmadan ve bu kez Koruma Kurulu da atlanarak onaylanmış ve askıya çıkarılmıştır.

Kültür ve tabiat varlıklarını Koruma kanunu'nun 7. maddesinde, "Korunması gereken Kültür ve Tabiat varlıklarının tespiti Bakanlıkça doğrudan doğruya veya ilgili kurum ve kuruluşların uzmanlarının yardımlarından faydalanılarak yapılır.....Korunması gereken taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitler koruma kurulu kararı ile tescil olunur." denilmektedir. Koruma alanı ile ilgili karar alma yetkisi başlıklı 8.madde de ise bu yetkinin Bölge kurullarına ait olduğu belirtilmektedir. Yine 9. madde de ise Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak ,korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında , her çeşit inşai ve fiziki müdahalede bulunmak ,bunları yeniden kullanıma açmak veya kullanımlarını değiştirmek yasaktır" denilmektedir.Yapı esasları başlıklı 18. madde de ise "...Mahalli idareler ,taşınmaz Kültür varlığı parselinde ek veya eklenti suretiyle yapılacak veya yeni inşa edilecek yapılara ait koruma kurulunca verilen kararlarda veya onaylanmış kültür varlığı projelerinde değişiklik yapamazlar. Ancak inşa edilen yapının fen ve sağlık şartlarının mevzuata uygunluğunu kontrol ederler." demek suretiyle, yetki konusunda açık bir hüküm getirilmiştir.

Yukarıda Koruma Kurulu tarafından da belirtilen gerekçeler nedeni ile kentsel SİT alanı olan bölgede yasal prosedürlere uyulmadan askıya çıkartılmış bulunan ve müvekkilim Mimarlar Odası tarafından 15.03.2005 Tarih ve 25.06.2800 sayılı itiraz dilekçemize süresinde cevap vermeyerek zımneden reddeden idari işlemi ile İstanbul'un tarihi geçmiş Kent içindeki konumu, dokusu ve barındırdığı çok önemli ve değerli kültürel ve tarihi yapılar ve doğal değerler açısından korunması gerekli son derece önemli bir kent parçasına bölgenin tarihi ve doğal kimliğini tahrip edecek şekilde bilinen tüm planlama ve şehircilik kurallarına aykırı olarak getirilen fonksiyonlar ve yapılaşma yoğunluğu açısından kabul edilemez koşullar öneren " 1/5000 Tophane Salıpaazarı Kruvaziyer Yat Planına ilişkin Plan Tadilatı " ve " Tophane Salıpaazarı Turizm Merkezi 1/5000 ölçekli nazım imar planı ile 1/1000 ölçekli Tophane Salıpaazarı Kruvaziyer Yat Palanı uygulama imar planının" iptali ve yasaya açıkça olan planların uygulanması halinde telafisi imkansız zararların doğacak olması nedeni ile de yürütmesinin durdurulması talebi İstanbul 1.İdare Mahkemesinin 2005/1406 E sayılı dosyası ile görülmekte olan dava açılmıştır.(EK-1) dava dilekçesi Aynı konuda TMMOB Şehir Plancılar Odası tarafından da bir dava açılmıştır.(EK-2)

2-) Bu dava derdest olmasına rağmen Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. tarafından, “İstanbul Salıpzarı - Karaköy Kruvaziyer Liman Turizm Ticaret Kompleksi'nin Yapı-İşlet-Devret Modeli Çerçevesi'nde Yapım, İşletim ve Devri İş” için ihale açılmış ve ihale 24 Ağustos 2005 tarihinde yapılmıştır.(EK-3)

3-) Öncelikle ihale konusu alanda yukarıda arz ve izah ettiğimiz gibi usulüne ve yasalara uygun olarak yapılmış bir imar planına dayanmamaktadır. Ve bu planlara dahi uygun olmayan bir projenin gerçekleştirilmesi amacını taşımaktadır. Çok yakın bir zamanda aynı mahiyetteki bir davada Bağdat caddesinde bulunan hazine adına kayıtlı ve Tarım ve Köyişleri İstanbul İl Müdürlüğü'nün bulunduğu 21440.50 m2 yüzölçümlü bağ vasıflı taşınmaz ile yine Hazine adına kayıtlı Meteoroloji Genel Müdürlüğü tarafından kullanılan tarla vasıflı taşınmazın konut ve Ticaret alanı yapılmak üzere ihale suretiyle satışına ilişkin işlemin iptali istemi ile açmış olduğumuz ve İstanbul 6. İdare Mahkemesi 2004/2041 ve 2004/2042 E.sayılı dosyası ile görülen davalarda –yine odamız tarafından açılan ve İstanbul 3..İdare Mahkemesinin 2001/160 E ve 2002/606 sayılı kararıyla planlama alanının yoğun bir yerleşik alan olduğu ,büyük oranda sosyal ve teknik donatı alanı eksikliği bulunduğu gerekçesiyle Kadıköy II.Etap 1/5000 Nazım İmar Planını iptal etmiş bulunması nedeniyle - aynı alanda kalan dava konusu yerin imar planında yer alan amacı dışında ihaleye çıkarılmasının hukuka ve kamu yararına aykırı olduğu gerekçesiyle Yürütmesinin durdurulmasına kararları verilmiş ,Davalı idarenin bu kararın kaldırılması için Bölge İdare Mahkemesine yaptığı itiraz 2005/1108 sayılı kararla -kararın dayandığı kanuni ve hukuki gerekçelerin yerinde olması nedeniyle - reddedilmiştir. Olayımızda da dava konusu alan imar planında ve kurul kararlarında açıkça zikredilen amacının dışında ihaleye çıkarılmıştır.

4-) İhale ilanında ve İhale Şartnamesi'nin başında “Süresi: Yer tesliminden itibaren 3 yıl yatırım ve 46 yıl işletim süresi olmak üzere toplam 49 (kırkdokuz) yıldır”. (İhale İlanı, s,3) denilerek İstanbul Salıpzarı - Karaköy Kruvaziyer Liman Turizm Ticaret Kompleksi'nin işletmesinin 49 yıllığına verildiği belirtilmektedir: İhale Şartnamesi s.4. md C ve bir çok yerde “... yapım süresi dahil toplam 49 (kırk dokuz) yıl olarak belirlenen yatırım ve işletme süresi içerisinde..” denilerek bu süre teyit edilmektedir.

Ancak İhale Şartnamesi'nin 4. sayfasındaki C/a bendinde ise “Görevli şirket lehine Türk Medeni Kanununun 836. Maddesi dairesinde tapuda tesis edilecek 49 yıllık bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı çerçevesinde...” denilerek bağımsız ve sürekli nitelikte “üst hakkı” verileceği belirtilmektedir: Bilindiği gibi üst hakkı Medeni Kanun'un 826. ve devamı maddelerinde düzenlenen bir “irtifak” hakkıdır. Buna göre “Bir taşınmaz maliki, üçüncü kişi lehine arazisinin altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisi veren bir irtifak hakkı kurabilir. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça bu hak, devredilebilir ve mirasçılara geçer. Üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. En az otuz yıl için kurulan üst hakkı, sürekli niteliktedir.

Nitekim İhale Şartnamesi'nde gönderme yapılan Medeni Kanununun 836. maddesi ise, üst hakkının 100 yıl daha uzatılabileceğine ilişkindir: . Sürenin üst sınırı başlığı altında “Üst hakkı, bağımsız bir hak olarak en çok yüz yıl için kurulabilir. Üst hakkı, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uyularak her zaman en çok yüz yıllık yeni bir süre için uzatılabilir. Bu konuda önceden yapılan taahhüt bağlayıcı değildir.”

Görüldüğü gibi, aslında, İstanbul-Salıpazarı-Karaköy limanının işletme hakkı devri olduğu için “imtiyaz sözleşmesi” olan ve 49 yıldan fazla devri mümkün olmayan işletme hakkı, üst hakkı tesisiyle 149 yıla çıkarılabilir hale getirilmiştir. Bu hukuka aykırıdır ve ihalenin iptali gerekir.

5-) İhaleye giren şirketler 250.000. USD, 300.000.USD, 400.000.USD gibi aynı proje üzerinden yatırım teklifleri vermişlerdir. Bu bedellerle ihale eki projenin dahi uygulanması mümkün olmadığı gibi İhale Yasasına aykırı olarak eşit olmayan farklı farklı koşulların varlığında gerçekleşen bir ihale sözkonusu olmuştur. Bu durumda başlıbaşına bir iptal sebebi oluşturmaktadır.

6-) İhale süresi 49 yıl (yukarıda izah edildiği gibi 149 yıl) iken ilk 10 yılda önemli bir ödeme görülmektedir. İhaleyi alan ortak gözükten Global yatırımın sahibi bedelin bugünkü reel değerinin 200.000.USD olduğunu açıklamıştır.Kıyı alanı dikkate

alındığında bu bedelin kamuoyunda dahi infial yaratacak komik bir bedel olduğu tartışmasızdır.

7-) İptali istenen ihale ile Salıpazarı-Karaköy limanı alıcıya hemen devredilmekte (İhale Şartnamesi md. 3, 4 ve 5) ve alıcı limanı işletmeye başlamaktadır.

İhale ilanı ve ihale şartnamesinde yer alan tesisler, limanın devrinden sonraki 3 yıl içinde yapılacak ve bundan sonra 46 yıllık bir işletme süresi verilecektir. Hatta tesislerin yapımı daha uzun sürdüğü takdirde, bu sürenin 46 yıllık süreden düşülmesi dahi öngörülmüştür ve bu kayıt, ilk anda kamunun çıkarlarının korunduğu izlenimini bile vermektedir.

Oysa inşaat süresinin uzaması durumunda, bunun işletme hakkı süresinden düşülmesi, bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Çünkü liman, alıcıya hemen teslim edilmektedir ve limanların işletme hakkınının 49 yıldan fazla devri olanaksızdır.

Liman işletme hakkı devrinin imtiyaz sözleşmesi olduğunda ve idari yargı denetimine tabi olduğunda kuşku yoktur.

Bu, hem 4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nda açıkça hükme bağlanmış ve hem de TDİ'nin bağlı bulunduğu Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca mahkeme önünde açıkça kabul edilmiştir.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın 15. maddesinin ilgili bölümü şöyledir: “a) Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıklarının (baraj, gölet, otoyol, yataklı tedavi kurumları, limanlar ve benzeri diğer mal ve hizmet üretim birimleri), (...) İşletme haklarının verilmesi veya kiralanması ve mülkiyetin devri dışındaki benzeri diğer yöntemlerle özelleştirilmesi bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır. Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın yine bir liman işletmesinin devrine ilişkin davaya verdiği savunma aynen şöyledir:“Öncelikle belirtmek isteriz ki, Mersin limanına ilişkin imzalanacak sözleşme, 4046 sayılı kanun 15. maddesi çerçevesinde bir imtiyaz şartlaşması niteliğindedir ve bu nedenden ötürü imzalanmadan önce Anayasa'nın 155. maddesi çerçevesinde Danıştay'ın görüşüne sunulacak ve ancak Danıştay'ın sözleşmeye ilişkin görüşü alındıktan sonra imzalanacaktır.” (Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın, Mersin İdare Mahkemesi'nde görülmekte olan E: 2005/1605 nolu dosyaya verdiği 18.8.2005 tarih ve 2652 sayılı, savunma s.6. paragraf 3)

Yürürlükteki kurallar uyarınca bir limanın işletme hakkının imtiyaz sözleşmesi ile devredileceği ve buradan doğacak uyuşmazlıkların da idari yargıda çözümleneceği açıkken, İhale Şartnamesi'nin 25. maddesinde sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların uluslararası tahkimle çözüleceği hükme bağlanmıştır: “Taraflar arasında iş bu sözleşme veya sözleşme konusundan kaynaklanan (kullanım bedeli hariç) uyuşmazlıklar Uluslararası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü hükümleri uyarınca ve yine bu tüzüğe göre atanacak bir veya daha çok hakemce halledilir. Tahkim yeri Türkiye-İstanbul, Tahkim Dili Türkçe ve İngilizce olup, anlaşmazlıklarda Türkçe metin esas alınacaktır. Uyuşmazlıkların çözümünde Türk Maddi Hukuku uygulanır.”(İhale Şartnamesi, s.23. md.25)

Yalnız imtiyaz sözleşmesi ile devredilebilecek bir limanın işletme hakkının özel hukuk sözleşmesi ile devredilmesi ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için uluslararası tahkime gidilmesi hukuka aykırıdır. İhalenin bu nedenle de iptali gerekir. Limanların işletme hakkının imtiyaz sözleşmesi ile devri zorunludur, özel hukuk sözleşmesi ile devredilemez:

8-) Sözleşmeye göre proje fonksiyonları yatırımcı tarafından değiştirilebilecektir. Buna durumda yeni fonksiyona göre elde edilecek artı değer farkının kamuya aktarılamaması haline bir taraftan kamusal yarar özel yarar lehine ortadan kaldırılmakta diğer taraftan da ihale bedelinde belirsizlik oluşmaktadır. Bu da ihale yasasına ve üstün kamu yararına aykırılık oluşturmaktadır.

3996 sayılı yap-işlet-devret yasası kapsamında turizm yoktur, proje’de liman yapımı yoktur. İhale ilanında ve ihale şartnamesinde, projenin bir “yap-işlet-devret projesi” olduğu belirtilmektedir. (İhale İlanı, s.1, 2; İhale Şartnamesi, s.1, 3, 4, 6)

Ancak, projede sadece turizm yatırımı vardır:

§ “En az bir adedi enternasyonal standartlarda beş yıldızlı olmak üzere uluslararası zincirler tarafından işletilecek nitelikte 2 adet otel,

§ apart oteller,

§ dükkanlar vb. satış üniteleri,

§ yeme içme alanları,

§ sinema, müze vb. eğlence tesisleri,

§ otopark,

§ kapalı garaj vb. yapılar

§ ve bunlara ilişkin alt yapı ile teknik mahallerden oluşan turizm merkezindeki diğer fonksiyonlar”

(İhale ilanı s.2 - md: b, İhale Şartnamesi, s.4, md. C/a)

Yukarıda sayılanların tümünün “turizm yatırımı olduğu açıktır.

Nitekim, İhale Şartnamesi’nde tesislerin yapılacağı yer de, “turizm merkezi” olarak gösterilmiştir:

“... Turizm Merkezi olarak ilan edilmiş bulunan sözkonusu alan üzerinde.....” (İhale Şartnamesi, s. 4, md. C/a)

Oysa, 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Yasası’nda “turizm” yoktur. İlgili yasanın 2. maddesi şöyledir:“Kapsam Madde 2 - (Değişik: 1. fıkra: 4047 - 24.11.1994 / m.1) Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, (Ek ibare: 4493 - 20.12.1999 / m.1) “elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti” maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, demiryolu, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.”

Görüldüğü gibi, 3996 sayılı Yasa kapsamında “turizm” yoktur. Yasada; sadece; “sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanlarının yaptırılması” vardır. GALATAPORT’ta ise liman yapımı yoktur, sadece tadilat ve tamirat vardır. İhale Şartnamesi’nin C/b maddesi şöyledir: “Liman binasında, detayları ekli 1/500 ölçekli avan projelerde ve teknik şartnamelerde gösterilen idari birimler ve doğrudan yolcuyla ilgili olan tüm alanlar ile bu mahallerde yer alan pasaport bankoları, danışma, gümrük muayene, turizm danışma ofisleri, duty free ve diğer ticari alanların uluslararası standarta bir kruvaziyer liman işletmesine olanak verecek şekilde yenilenmek üzere uygulama projelerinin yapımının temini ile İDARE’nin onayını takiben ilgili inşaat, tadilat ve tamiratın yapılması”

(İhale Şartnamesi. S.4, md C/b)

Sonuç olarak, 3996 sayılı Yasa kapsamında turizm işletmeleri yoktur, bu nedenle bir turizm kompleksi yatırım olan GALATAPORT’un yapımı, 3996 sayılı yasa kapsamına girmez.

Öte yandan, GALATAPORT'ta, liman yapımı değil, limanın işletme hakkı devri vardır, ihale bu açıdan da, 3996 sayılı Yasa kapsamına girmez ve bu kapsamda işletme hakkı verilemez. İhalenin bu nedenle de iptali gerekir.

9-) TDİ, ÖİB'e bağlıdır, YİD projesi yapamaz TDİ'nin "İhale İlanı" ve "İhale Şartnamesi"ne göre, yapılacak iş, "3996 sayılı Kanun ve 94/5907 sayılı Bankalar Kurulu kararında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde" yaptırılacaktır.

3996 sayılı Yasa'nın 1. maddesi şöyledir: " Bu Kanunun amacı kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadî teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddî kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-İşlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamaktır."

Görüldüğü gibi, Türkiye Denizcilik İşletmeleri (TDİ) A.Ş.'nin, Yap-İşlet-Devret (YİD) kapsamında bir iş yaptırabilmesi için KİT olması gereklidir. Ancak, gerek 4046 sayılı Yasa'ya göre, gerekse Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. ana sözleşmesine göre Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. bir KİT değildir.

4046 sayılı Özelleştirme Yasası'nın 37. maddesi şöyledir "Özelleştirme uygulamaları ile ilgili olarak; a) (Değişik 27/04/1995 ve 4105/37 md.) Bu Kanun hükümleri gereğince özelleştirme programına alınan kuruluşlar özel hukuk hükümlerine tabi olup, bunlar hakkında varsa kendi kuruluş kanunları ile diğer kanunlarda yer alan bu Kanuna aykırı hükümler ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz.

Nitekim, bu kural ve 4046 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile 1985 tarihli ilk ana statüsü uyarınca 233 sayılı KHK kapsamında bir KİT olan Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'in ana sözleşmesi, 1995'te değiştirilmiştir.

TDİ'nin 1985 ve 1995 tarihli Ana sözleşmelerinin ilgili bölümleri aşağıda, sunulmuştur.

a) Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, 13 Mayıs 1985, Sayı: 1262, S.105

“Ticari merkezi ile sicil numarası yukarıda yazılı bulunan Şirketin kamu iktisadi teşebbüslerinin yeniden düzenlenmesine ilişkin 17.6.1982 tarih ve 2680 sayılı yetki kanununa dayanılarak 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında kanun hükmünde kararname hükümlerine tabi olarak ve söz konusu kanun hükmünde kararname çerçevesinde faaliyette bulunmak üzere kurulan işletmenin... 9.4.1985 tarihinde tescil edildiği ilan olunur”

Amaç ve kapsam

Madde 1 - Bu ana statünün amacı 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı kamu iktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Hükümlerine tabi olarak ve söz konusu kanun hükmünde kararname çerçevesinde faaliyette bulunmak üzere, Türkiye Denizcilik İşletmeleri Genel Müdürlüğü (TDİ) adı altında teşkil olunan iktisadi devlet teşekkülü'nün hukuki bünye, amaç ve faaliyet konuları, organları ve teşkilat yapısı müessese, bağlı ortaklık ve iştirakleri ile bunlar arasındaki ilişkileri ve ilgili diğer hususları düzenlemektir.

b) Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, 29 Mart 1995, Sayı: 3755, S.532, 533)

“Ticari Merkezi ile sicil numarası ve unvanı yukarıda yazılı bulunan Şirketin 10.3.1993 tarihli olağanüstü genel kurul kararı ile 4046 sayılı Yasa'nın 20. maddesi gereğince TC Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından 6.2.1995 tarihinde onaylanan esas mukavelesinin

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak ve memurluğumuzdaki vesikalara dayanarak 21.3.1995 tarihinde tescil edildiği ilan olunur.”

(...)

“Gündem”

(...)

3 - Şirket ana sözleşmesinin onaylanması

(...)

Türkiye Denizcilik İşletmeleri Genel Müdürlüğü 10.8.1993 tarih ve 93/4693 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Özelleştirme Kapsamına alınarak 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Kanun 11. maddesi uyarınca Özelleştirme Programına alınmak suretiyle aynı kanunun 4. maddesinin (v)e 20/A ve C bendi gereğince özelleştirme idaresi başkanlığı tarafından 6.2.1995 tarihinde onaylanan şirket ana sözleşmesi ile TDİ Türkiye Denizcilik İşletmesi Anonim Şirketi kurulmuştur.

(...)

Kuruluş

Madde 1- 10.08.1993 tarih ve 93/4693 sayılı bakanlar kurulu kararı ile özelleştirme kapsamına alınan ve 4046 sayılı kanunun geçici 11 inci maddesi uyarınca özelleştirme programına alınmış sayılan TDİ Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'nin ana sözleşmesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

TDİ, 1995'ten bu yana KİT değildir. Bu nedenle, YİD projesi yapamaz. İşlemin bu nedenle de iptali gerekir. Kaldı ki ihale Y.İ.D. Yasasına da aykırıdır.(süreler vb. yönünden) Yasaya göre enaz süre dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir.

10-) Özelleştirme İdaresine yetki verilmesi Anayasanın 127 maddesi ve yerel Yönetimlerin yetkisi ile çelişmektedir.

11-) İhale işleminin açıkça hukuka aykırı olduğu yukarıda arz ve izah edilmiştir. Buna karşın, idari ve hukuksal işlemler devam etmektedir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, ihaleyi onaylamış ve YPK'ya sunmuştur. Yap-işlet-devret kapsamında olmamasına karşın ihalenin onayı için, 3996 sayılı Yasa'daki sürecin izlenmesi sürdürülmektedir.

Sürecin tamamlanması, sözleşmenin imzalanmasını ve peşinden yer teslimini getirecek, bir imtiyaz sözleşmesi gerektiren limanın işletme devri, imtiyaz sözleşmesi olmadan ve koruma yasasına da aykırı bir biçimde devredilecek ve alıcı limanı işletmeye ve inşaaya başlayacaktır.

Türkiye için telafisi mümkün olmayan zararlar yaratacak kamuoyunda da infial uyandırmış bulunan bu işlemin bu nedenle öncelikle ve ivedilikle yürütmesinin durdurulmasını talep zorunluluğu doğmuştur

HUKUKSAL NEDENLER: İmar Kanunu, Kıyı Kanunu, İhale Kanunu, 4046 sayılı Özelleştirme Yasası, Medeni Kanun, 3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Yasası, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik (Değişik: 17/3/20)

EK: 2 Sözleşme Örneği

SÖZLEŞME

Bir taraftan Büyükşehir Belediyesi (İdare) ile diğer taraftan müteşebbis (Kendisine ihale yapılan istekli) işbu TİCARET VE SAN. A.Ş. arasında aşağıdaki şartlarda işbu sözleşme akit edilmiştir.

Taahhüdün Konusu

Madde 1: Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın mülkiyetinde bulunan aşağıda cins ve mevkileri belirtilen taşınmazların üzerinde yer alan ve İdare tarafından restore ettirilerek müteşebbise teslim edilecek olan olarak bilinen yapılar ile müteşebbis tarafından inşa edilecek olan tesislerden oluşan ve Turizm ve Kültürel Merkezi projesinin bu sözleşmede belirtilen sürenin sonuna kadar işletilmesi, her yıl sözleşmede belirtilen miktarda yıllık kullanım bedeli ödenmesi ve bu sürenin sonunda Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na devredilmesi işleri taahhüdün konusunu teşkil eder.

Sözleşme konusu taşınmazların cins ve mevki şöyledir;

İli.....
İlçesi.....
Mahallesi.....
Caddesi.....
Cinsi.....
Pafta No/Cilt No.....
Ada No/Sahife No.....
Parsel No.....
Arsa Yüzölçümü (m2)
Bina Yüzölçümü (m2)

Yemişhan, Şirehan ve Otel tesisi arsası ile birlikte müteşebbise tahsis edilecek bölgenin tümü bu sözleşme ekinde yer alan vaziyet planında işaretlenmiştir.

Sözleşme Ekleri:

Madde 2: Müteşebbis, tahhüdüne ait bütün hususlarda bu sözleşmeye bağlı,

- A. İhale Şartnamesi ve Ekleri
- B. Genel Teknik Şartname,
- C. Bayındırlık İşleri Şartnamesi,
- D. Şantiyelere konulacak levha hakkında özel şartname,

Hükümlerine uygun şekilde iş görmeyi tahhüt etmiştir. Sözleşme ekleri arasında tutarsızlık olduğu takdirde uyuşmazlığın çözülmesinde yukarıdaki sıra esasa alınacaktır.

Müteşebbis, bunlardan başka Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkındaki Yönetmeliğe, Koruma Kurulu Kararlarına, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu hükümlerine, yürürlükte olan yapı ve tesisat işleri ile ilgili şartnamelere, inşaat, makine ve elektrik mühendisliği Proje Düzenleme Esasları ile Mimari Proje Düzenleme Esaslarına ve ayrıca 11 Aralık 1986 tarih ve 19308 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 88/13168 sayılı Kararname eki “Kamu Kuruluşlarınca Yaptırılacak İşlerde, İşçilerin Çalışma Şartları ile İlgili Genel Esaslar”a uymakla yükümlüdür.

İşe Başlama ve Bitirme Tarihi

Madde 3: Sözleşmenin imzalandığının (Sayıştay tesciline tabi işlerde tescilin) İdare tarafından müteşebbizin kendisine veya tebligat için gösterdiği adrese tebliğ tarihinden itibaren beş gün içinde yer teslimi yapılarak otelin Uygulama Projesi hazırlık işlerine başlanacaktır.

Otelin uygulama Proje hazırlık süresi yer teslim tarihinden itibaren 90 takvim günüdür. Müteşebbis bu süre içerisinde İdarenin de onayını alarak gerekli projeleri hazırlayacak ve Koruma Kurulunun onayına sunacaktır. Koruma Kurulunun onayını takiben

müteşebbis inşaat ruhsatı için ilgili belediyeye müracaat ederek inşaat ruhsatını alacaktır.

Gerek projelerin Koruma Kurulunda onaylanması esnasında geçen süre, gerekse inşaat ruhsatı alımı esnasında geçen süreler 90 takvim günlük proje hazırlık süresine dahil değildir. Projelerin koruma kuruluna tesliminden, inşaat ruhsatı alındığı tarihe kadar olan süre müteşebbise atfi mümkün bir kusur bulunmadığı sürece 90 takvim günlük proje hazırlık süresine dahil edilmeyecektir.

İnşaat ruhsatı müracaatı için gerekli belgelerden (Tapu senetleri ve ilgili vekaletnameler gibi) müteşebbisin inisiyatifinde bulunyan belgeler Büyükşehir Belediyesi'nce temin edilecektir.

Müteşebbis, inşaat ruhsatının alındığı tarihten itibaren 24 (Yirmidört) ay içerisinde Otel tesislerinin inşaatını tamamlayarak işletmeye hazır hale getirecektir. Bu yapının süresi 49 yıllık kullanım süresine dahildir.

İşbu sözleşmenin taraflarca imzalandığı tarihten (gerekmesi halinde Maliye ve sayıştay tescil tarihinden) itibaren 15 (Onbeş) gün içerisinde İdare Müteşebbis lehine, söz konusu taşınmazların tapu kaydında 49 yıl süreli, bağımız ve daimi nitelikte üst hakkı kuracaktır.

İdarece verilen süre uzatımı hariç proje işleri zamanında tamamlanmadığı takdirde Müteşebbis geciken her gün için TL gecikme cezası ödeyecektir.

İdarece verilen süre uzatımı hariç iş zamanında bitirilip işletmeye alınmadığı takdirde Müteşebbis geciken her gün için TL gecikme cezası ödeyecektir.

Bu sözleşmenin süresi (proje hazırlama, Koruma Kurulu Proje onayları, inşaat ruhsatı ve işletme ruhsatı alınması, inşaat yapım süresi dahil olmak üzere) taraflarca imzalandığı tarihten itibaren 49 (Kırkdokuz) yılın sonunda sona erecektir.

İşin Kontrolü

Madde 4: iş süresince, İdarenin işyerinde bulundurulacak elemanları işleri kontrol edecektir. Kontrollüğün fenni şartlara ve sözleşme eklerine göre lüzumlu göreceği hususları Müteşebbis yerine getirmekle görevlidir. Kontrollüğün yapılan işlere onay vermesi Müteşebbisin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

İş Programı

Madde 5: Müteşebbis sözleşmenin tekemmülünün (Sayıştay tesciline tabi işlerde tescilin) kendisine tebliğinden itibaren 15 (Onbeş) gün içinde proje ve yapım işleri için teklif ekinde yer alan iş programını detaylı olarak ayrı ayrı düzenleyerek onanmak üzere İdareye sunmak mecburiyetindedir. Aksi takdirde Müteşebbis gecikilen her gün için TL gecikme cezası ödeyecektir.

İş programı üzerinde İdarece yapılacak düzeltme ve değişikliklere Müteşebbis itiraz edemez.

Teknik Personel Bulundurulması:

Madde 6: Müteşebbis inşaat işlerinin başlangıcından tamamlanmasına kadar aşağıda nitelik ve miktarları yazılı teknik elemanları aşağıdaki şartlara göre devamlı olarak bulundurmak zorundadır.

Sıra No	Personel Adedi	Teknik Eleman Unvanı
1-	(4)	İnş. Yük. Müh. veya Y.Mim.
2-	(3)	İnş. Fen. Mem veya İnş. Teknikeri
3-	(1)	İnş. Kalfası
4-	(1)	Mak. Y. Müh.
5-	(1)	Elektrik Y. Müh.

Müteşebbis yukarıda istenen teknik elemanların isimlerini belgeleri ile birlikte yapım ruhsatının alındığı tarihten itibaren 15 (Onbeş) gün içinde, (İş başında bulunma zamanı ve süreleri protokolla tespit edilen tesisat işlerine ait teknik elemanların ilk iş

başlayacakları tarihten en az 30 gün önce İdareye bildirmek mecburiyetindedir. İdare bu elemanlar hakkında gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kabul edip etmediğini 20 gün içinde Mütешеbbise tebliğ edecektir. Mütешеbbis bu tebliğe uymaya mecbudur. İdarece tebligat yapılmadığı takdirde, İdare teklifi kabul etmiş addedilecektir.

Tesisat elemanları için programın tasdiki sırasında kontrollük ile mütешеbbis arasında bir protokol düzenlenir. Bu protokol ile tesisat elemanlarından her birinin kendileri ile ilgili tesisat devam ederken hangi safhalarda hangi gün ve saatlerde iş başında bulunacakları tespit olunur.

Mütешеbbis yukarıdaki vecibelerini yerine getirmezse; aşağıdaki cezaları ödemeyi kabul, beyan ve taahhüt etmiştir. Buna göre;

a) Teknik eleman bildirisini süresinde vermediği takdirde, her bir gecikme günü için TL,

b) İşyerinde (devamlı veya protokolle tespit edilen şartlara göre bulundurulması gereken teknik elemanı (bu elemanlardan birini, birkaçını veya hepsini) bulundurmadığı takdirde, kontrollükçe tespit edilecek günler için her bir elemanın aşağıda karşılarında yazılı günlük ceza miktarlarına göre tahhauk ettirilecek ceza toplamı, varsa (a) fıkrasındaki ceza ile birlikte Mütешеbbisten talep edilir.

Günlük Ceza Miktarları

İşin devamı süresince sözleşmeye ve protokole göre iş başında bulundurulması gereken:

İnş. Yük. veya Y.Mim. her biri için günde Lira

İnş. Fen. Mem veya Teknikeri için günde Lira

Bir kalfa veya teknisyen için de günde Lira

Ceza kesilir.

Bu elemanların şantiyeye devamları günlük olarak kontrollükçe tutulacak şantiye defterine günü gününe işlenir.

Bu defterin kayıtları, kontrol mühendisi ile müteşebbis veya şantiye şefi tarafından günü gününe imzalanır. Müteşebbis veya şantiye şefi bu kayıtları imza etmediği takdirde bu husus kontrollukça bir tutanakla tespit edilir. Bu suretle müteşebbisin bu kayıtlara hiçbir itiraz hakkı kalmaz.

Aşağıdaki hallerde ceza kesilmez:

1. Hastalık sebebiyle işe devam edilememesi (hastalığa ait raporun Sosyal Sigortalar Kurumunca veya resmi tabip tarafından verilmiş olması şarttır) ancak hastalık bir sene içinde toplam 30 günden fazla devam ettiği takdirde yukarıdaki hükümlere göre yeni eleman alınması mecburidir. Aksi halde bu husustaki cezai hükümler uygulanır.
2. İşle ilgili seyahatlar,
3. İşyerinin veya İdarece verilecek proje vs.nin geç tesliminden dolayı sınırlı olarak çalışılmayan günler,
4. 2. ve 3. maddelerde İdarenin yazılı muvaffakati şarttır.

Uygun Vasıfta Olmayan Malzemeler:

Madde 7: Fenni vasıfları ve belli şartları haiz olmayan malzeme işyinde ihzar edilemez. Kontrolün bu husustaki raporuna 24 saat içinde itiraz edilebilir. Bu itiraz Kontrol Amirliğince incelenerek itiraz ret edilirse müteşebbis uygun evsafa olmayan malzemeyi üç gün içerisinde değiştirmek ve işyerinden kaldırmakla yükümlüdür. Müteşebbis üç gün içerisinde bu malzemeyi şantiye dışına çıkarmadığı takdirde, Kontrol bu malzemeyi bütün masrafları müteşebbise ait olmak üzere şantiye dışına çıkaracak ve yapılan masrafları müteşebbisten tahsil edecektir.

Bu malzemenin hasar ve kaybolmasından dolayı müteşebbis hiçbir hak talep etmemeyi peşinen kabul eder. Bu yüzden olabilecek gecikmeler iş süresinin uzatılmasını gerektirmez.

Vergi ve Fiyatların Değişmesi

Madde 8: Müteşebbis, gerek esas taahhüt süresi içinde gerekse mücbir sebeplerden dolayı uzatılan süre içinde “taahhüdün tamamen ifasına kadar” vergilere zam yapılması

veya yeni vergiler, resimler konulması, fiyatların yükselmesi, taşıma ve işçi ücretlerinin artması gibi sebeplere dayanarak fazla para verilmesi veya süre uzatımı isteğinde bulunamaz.

Yapı sırasında kaza olursa:

Madde 9: Müteşebbis, “Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü” hükümlerini yerine getirmekle yükümlüdür.

Yapı sırasında çıkabilecek kazalardan ve kazaların sebep olacağı zararlardan doğrudan doğruya müteşebbis mesul olacaktır.

İşçilerin Değiştirilmesi:

Madde 10: Müteşebbis, idare ve kontrol tarafından değiştirilmesi istenen işçileri yapılacak tebligata itiraz etmeden derhal değiştirecektir.

İşçilerin Hakları ve Malzeme Bedelleri:

Madde 11: Müteşebbis işçilerin hak edişini muntazaman ödeyeceği gibi işbu inşaatta kullanılan malzeme bedelrinide zamanında vermiş olacaktır.

Vergi, resmi ve harçları sözleşme giderlerinin kimin tarafından ödeneceği:

Madde 12: ihaleye, sözleşmeye ve tahahüdün tamamının yapılmasına ait bütün vergi, resmi ve harçlarla sözleşme giderleri müteşebbise aittir. 2464 sayılı Kanun ile bunun değişikliğine dair 2589 sayılı kanunla ödenecekler dahil her türlü resim, vergi ve harçlar ile 506 sayılı kanun ve bunun değişikliklerine dair olan kanun hükümlerine göre ödenecek primler müteşebbise aittir.

Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları:

Madde 13: Sözleşme süresi içinde gerek 90 takvim günlük proje yapım süresi gerekse 24 aylık inşaat süresinin uzatılması gerektiren mücbir sebepler aşağıda belirtilmiştir. Bu mücbir sebeplerle sürenin uzatılması için müteşebbise atfi mümkün bir kusurun bulunmaması ve mücbir sebebin iş üzerinde gecikmeye müessir olması ve maliyetine göre bu sebepleri müteşebbisin ortadan kaldırmaya gücü yetmemiş bulunması icap ettiği

gibi idarenin sebep olduğu haller dışında mücbir sebebin vukuundan itibaren 10 gün içinde müteşebbisin idareye yazılı olarak haber vermek sureti ile yetkili makamlar tarafından usulüne göre tanzim edilmiş belgelerle mücbir sebebin vukuunu ispat etmesi lazımdır.

A- İdarenin sebebiyet verdiği haller

B- Olağanüstü tabiat hadiselerinden veya hasar neticesinde işte bir gerileme veya gecikme olması,

C- Sosyal sebepler dolayısı ile vaki haller

a) Kanuni grev olması

b) Bulaşıcı hastalıklar vukuu bulması

c) Kısmi veya genel seferberlik ilan edilmesi

Taahhüdün Şartları

Madde 14:

14.1. Taahhüt konusu iş birinci maddede adı geçen Müteşebbis firmaya ihale edilmiştir ve Müteşebbis firmada bu sözleşme ve ekleri olan avan proje, teknik şartname ve inşaat takvimine bağlı kalmak kaydı ile aşağıdaki taahhüt etmiştir.

14.1.1. Müteşebbis, otel arsasına ait yer teslimi takiben otel projelerini hazırlamaya başlayacak ve 90(doksan) gün içerisinde ilgili koruma kutulunun onayına sunulacaktır. Müteşebbis bu 90 takvim günlük proje yapım süresi içerisinde yapım ruhsatı müracaatına esas olacak detayda hazırlayacağı uygulama projelerinin ve peyzaj projelerini ilgili koruma kuruluna onay için sunmuş olacaktır. Koruma kurulu tarafından istenebilecek ek projeler ve düzeltilmesi gerekebilecek proje tadilatları Müteşebbis tarafından hazırlanarak Koruma Kurulu onayına sunulacaktır. Koruma kurulunun onayını takiben müteşebbis yapım ruhsatı için ilgili belediyeye müracaat ederek yapım ruhsatı alacaktır.

14.1.2. Müteşebbis inşaat ruhsatının alındığı tarihten itibaren () ay içerisinde otel tesisleri ve peyzaj düzenlemeleri inşaatını tamamlayarak işletmeye hazır hale getirecektir.

14.1.3. Müteşebbis, inşaat dönemi içerisinde otel tesisleri ve peyzaj düzenlemelerinin gerçekleştirilebilmesi için yapacağı her türlü harcamayı kendisi karşılayacak bunlarla ilgili İdare'den herhangi bir talepte bulunmayacaktır.

14.1.4. Müteşebbis işletme dönemi içerisinde gerek kendisi tarafından inşa edilen otel tesisleri ve peyzaj düzenlemeleri gerekse idare tarafından restore edilerek kendisine teslim edilecek olan ve..... tesisleri ile ilgili her türlü bakım, onarım, yenileme ve buna benzer harcamaları kendisi karşılayacak, bunlarla ilgili İdare'den herhangi bir talepte bulunmayacaktır.

14.1.5. Müteşebbis inşaatın bitirilip işletmeye açıldığı aydan başlayarak bu sözleşme süresinin sonuna kadar olan müddetle gerek otel tesislerini gerekse idare tarafından restore edilerek kendisine teslim edilecek ve Tesislerini işletmeyi ve bu sürenin sonunda yeni bir anlaşma yapılmadığı takdirde tesisleri tahliye ve teslim etmeyi taahhüt etmiştir.

14.1.6. Müteşebbis firma tesislerin işletmeye açıldığı aydan başlayarak her yıl sözleşme konusu tesislerin kullanım bedeli olarak bu sözleşmenin 1.maddesinde belirtilen taşınmazlar için bu sözleşmenin 17.maddesinde belirtilen tutarları bu maddede belirtilen şartlarla İdare'ye ödemeyi taahhüt etmiştir.

14.2. İdarenin asli taahhüdü ise bu sözleşme kapsamındaki taşınmazları sözleşme süresinin sonuna kadar müteşebbisin kullanımına vermek ve bu taşınmazlar üzerinde, müteşebbis lehine 49 (kırk dokuz) yıl süreli, bağımsız ve daimi nitelikte üst hakkı kurmaktır. İş bu sözleşmedeki kullanım bedeli ifadeleri intifa hakkı bedeli olarak anlaşılacaktır.

İdare üzerinde müteşebbis lehine 49 yıl(kırk dokuz) süreli üst hakkı kurulacak taşınmazlar ile ilgili aşağıdaki hususları taahhüt etmiştir.

14.2.1. İdare ve olarak bilinen yapıların restorasyon çalışmalarını tamamlayarak bu yapıları sözleşme ekinde yer alan mimari planlar ve tesisat projelerine uygun olarak tarihine kadar müteşebbise teslim edecektir.

14.2.2.Bu sözleşme ekinde yer alan 1/1000 ölçekli imar planında belirtilen müteşebbise tahsis edilecek alan sınırındaki arsaları inşaat yapım süresinin bitimini etkilemeyecek şekilde boş olarak teslim edecektir.

14.2.3. Müteşebbise tahsis edilecek alan sınırları içindeki (..... ve otel binaları haricindeki açık alan) çevre düzenleme çalışmaları (çevre aydınlatılması, yağmur suyu ve sulama suyu şebekesi, zemin kaplamaları, ağaçlandırma, çimleme ve bitkilendirme işleri, oturma grupları, çeşme, şadırvan ve benzeri işler) müteşebbis tarafından yapılacaktır. Söz konusu alan kamunun kullanımına açık tutulacaktır.

14.2.4. Müteşebbis firma, teklifi ile birlikte sözleşme ve ekleri muvacehesinde işin yapılacağı yerin ve mahallin hususiyetlerini tetkik ve işin mahiyetine tamamen vukuf peyda etmiş sayılır.

Sözleşmenin imzalanması dahil sözleşme süresinin bitimine kadar resmi ve özel daireler nezdinde tüm muamelelerin takibi, otel tesislerinin inşaatı ile ilgili her türlü resmi belge, izinlerin, inşaat ruhsatı için gerekli projelerin tamamının tanzimi ve inşaat ruhsatı için ilgili belediyelerden işin takibi ve bunlarla ilgili tüm masrafların karşılanması velhasıl taahhüt konusu işin bitirilmesine, işletmeye hazır hale getirilmesine kadar olan tüm inşaat masrafları ve işletme süresine ait tüm giderler, vergiler, SSK primleri ve sair her türlü vergi ve resimler Müteşebbis Firmaya ait olacaktır.

Sözleşmenin imzalanmasından itibaren sözleşmeye konu eserin işletilebilmesi için zorunlu olan her türlü harcama (işletme ruhsatının, işletme belgelerinin velhasıl gerekli her türlü belgenin alınması için yapılması gereken harcamalar dahil) Müteşebbis Firma tarafından karşılanacaktır.

Projelerin Hazırlanması ve Onayı

Madde 15: Sözleşme ekinde yer alan ve İdare tarafından verilen avan projeler genel olarak hazırlanacak uygulama projelerine esas olacaktır. Ancak Müteahhit İdarenin onayını alarak otel inşaat alanları ve/veya fonksiyonları değişik bir proje geliştirebilir.

Müteşebbis Sözleşme ve eklerine uygun olarak uygulama projelerini hazırlayacak ve Kültür ve Tabiat Koruma Kurulunun onayına sunmadan önce İdarenin onayını alacaktır. İdare, projeleri 10 (on) gün içerisinde inceleyerek uygun görürse aynen onaylayacak veya varsa değişiklik önerilerini bildirecektir. Bu 10 (on) günlük süre içerisinde herhangi bir cevap verilmediği takdirde projeler idare tarafından onaylanmış kabul edilecektir.

İdare'nin projelerde değişiklik talep etmesi ve bu hususu yukarıdaki 10 (on) günlük süre içerisinde Müteşebbise bildirmesi halinde, müteşebbis istenen değişikliğin sözleşme ve eklerine uygun olması halinde projeleri yeniden düzenlenerek İdareye onaya sunar. Bu

durumda İdare projeleri 5 (beş) gün içerisinde onaylayacaktır Bu 5 (beş) günlük süre içerisinde projeler onaylanmadığı takdirde İdarece onaylanmış kabul edilecektir.

Kesin Teminat

Madde 16:

Bu işin kesin teminatıTL (..... Türk Lirası) olarak hesap edilmiştir.

Müteşebbis TL (.....Türk Lirası)'lık kesin teminat vermiştir.

Müteşebbis Tarafından İdareye Yapılacak Ödemeler

Madde 17:

Tesislerin inşaat işleri tamamlanarak işletmeye açıldıktan sonra sözleşme süresi sonuna kadar Müteşebbis tarafından KDV hariç teklif edilen bir kullanım bedeli de her yıl aşağıdaki miktarlarda olmak üzere İdare'ye ödenecektir.

Müteşebbis tarafından teklif edilen yıllık kullanım bedelleri :

Birinci/Yedinci işletme yılları arası için yıllık	:	ABD Doları
Seksizinci/Ondokuzuncu işletme yılları arası için yıllık	:	ABD Doları
Yirminci/Kalan işletme yılları arası için yıllık	:	ABD Doları

Bu bedeller 1.İşletme yılından başlamak üzere her yıl yeni işletme yılı başlangıcını(birinci işletme yılı başlangıcından sonraki her 365 gün veya katları) takiben bir ay içerisinde peşin olarak ödenecektir. Ödemeler, ödeme tarihinde geçerli T.C.Merkez Bankası ABD Doları Satış Kuru esas alınarak hesaplanacak tutar üzerinden Türk Lirası olarak yapılacaktır.

Müteşebbisin 24 aylık inşaat süresi içinde tesisin bazı bölümlerini tamamlayarak veya İdare tarafından yapılmakta olan restorasyon çalışmaları tamamlanarak kendisine teslim edilen tesisleri kısmen işletmeye açması mümkündür. Böyle bir durumda işletmeye açılan bölümün kapalı inşaat alanının toplam (Yemişan, Şirehan ve otele ait) kapalı inşaat alanına oranı hesaplanarak yıllık kullanım bedeli bu oranda tahsil edilir.

Müteşebbisçe yapılacak ödemelerin zamanında yapılmaması halinde ödenmeyen kısma gecikme faizi olarak yasal faiz oranları uygulanacaktır.

Sözleşme Süresinin Uzatılması

Madde 18: Sözleşme süresi sonunda müteşebbisin talebi ve İdare'nin onayı ile sözleşme süresi taraflarca mutabık kalınacak yeni şartlarla uzatılabilir.

Teslim Etme ve Teslim Alma Şekil ve Şartları

Madde19: Müteşebbis, taahhüt konusu tesislerin tamamlandığını ve işletmeye alınmaya hazır olduğunu yazılı olarak İdareye bildirecek ve fiilen işletmeye başlayacaktır.

Müteşebbisin bu bildirimini yaptığı tarih işletme süresinin birinci günü olarak sayılacaktır.

Sözleşme süresinin veya bu sürenin sözleşmeye uygun olarak uzatıldığı dönemin sonunda tesisler oldukları hali ile çalışır ve işletilebilir özelliklerine haiz olarak İdareye devredileceklerdir.

Müteşebbisin tesislerin işletmeye alınmaya hazır olduğunu yazılı olarak İdareye bildirdiği tarihten sonra 60 (Altmış) takvim günü içerisinde İdareden 4 (Dört) ve müteşebbis firmadan 2 (iki) kişi olmak üzere altı kişilik bir heyet oluşturulacaktır. Bu heyet tesislerde mevcut olan ve demirbaş malzeme niteliğindeki tüm sistem, ekipman ve eşyanın bir listesini hazırlayarak karşılıklı olarak imza altına alacaktır. Sözleşme süresinin sonunda müteşebbis listede yer alan Demirbaşları çalışır ve kullanılabilir durumda İdareye teslim edecektir. Listede yer alan ancak yerinde mevcut olmayan demirbaşlar için İdare o günkü rayiç bedel üzerinden bir bedel tespit ederek bu bedeli müteşebbisten tahsil edecektir. Müteşebbis İdarece tespit edilen bu bedele itiraz edemez.

Diğer Hükümler

Madde 20:

20.1 Müteşebbis bu sözleşme ile belirlenen sorumlulukları taşıyarak taahhüt konusu tesisleri kısmen veya tamamen kendi işletebileceği gibi üçüncü bir şahsa kiraya da verebilir.

20.2 Müteşebbis, kullanım süresi içinde tüm tesisi (Tefriş ve işletme malzemeleri, araç ve gereç dahil) değeri üzerinden sigorta ettirecektir. Çıkabilecek kazalardan ve bu kazalara sebep olacağı idari, hukuki ve mali sorumluluklardan müteşebbis sorumlu olacaktır.

20.3 Müteşebbis, tesisleri devir ettiği tarihte ödenmemiş işçi ücreti ve kıdem tazminatı kalmayacaktır. Kalması halinde müteşebbisin kesin teminatından tahsil edilir.

Taahhüdün Yapılmaması Hali:

Madde 21: Müteşebbisin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi üzerine İdarenin en az 10 gün süreli ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatı gelir kaydedilir o güne kadar yapılan tüm yapım ve diğer harcamalarla ilgili idareden hiçbir surette hak talebinde bulunamaz ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir. Gelir kaydedilen kesin teminat, müteahhidin borcuna mahsup edilmez.

Kesin Teminatın Geri Verilmesi

Madde 22: Kesin teminat, taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun biçimde yerine getirildiği usulüne göre anlaşıldıktan ve müteşebbisin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edildikten sonra müteşebbise geri verilir.

İhtilafların Çözüm Şekli

Madde 23: Bu sözleşmenin hüküm ve tatbikinden doğabilecek ihtilaflar mahkemelerinde çözülecektir.

İDARE

YÜKLENİCİ

EK: 3 Resmi Senet Örneği

Beşiktaş 1. Bölge N.A.

Maliye Hazinesi'ni temsilen İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak Dairesi Başkanlığı Beyoğlu Yakası Emlak Müdürlüğü'nden Emlak Müdür Yardımcısı Halil Canıgür: temsilen Beşiktaş Belediyesi'ni temsilen Belediye Başkanı Yusuf Namoğlu: temsilen Tüm vasıfları işbu resim senedin arka sahifesinde yazılı Beşiktaş ilçesi, Rumelihisarı Mahallesi Balta Limanı Sokak'ta kaim 13 pafta 6 ada 5 parseli teşkil eden 5391 m2 miktarındaki arsanın tamamı Maliye Hazinesi adına işbu taşınmaz malın tamamı üzerinde bulunan 9.3.1994 tarih 1031 yevmiyeli Beşiktaş Belediyesi lehine 49 yıl müddetle irtifak hakkı tesisi şeklindeki üst hakkı ile birlikte kayıtlı iken bu kere Maliye Hazinesi'ni temsilen Emlak Müdür Yardımcısı Halil Canıgür ile Beşiktaş Belediyesi'ni temsilen Belediye Başkanı Yusuf Namoğlu temsilen hareketle ibraz ettikleri Maliye Bakanlığı İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak Dairesi Başkanlığı Beyoğlu Yakası Emlak Müdürlüğü'nün 22.8.2001 gün 35797 sayılı yazısı, Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nün 13.8.2001 tarih B.07.MEG.0.17/3122 - 5086-29593 sayılı yazıları, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tasarruf İşlemleri Dairesi Başkanlığı'nın 24.7.2001 gün B.021.TKG010001-1525/24-3006 sayılı görüş yazıları ve ekindeki Tapu Sicilinde Düzenlenecek Resmi Senede Yazılacak Hususları belirten sözleşme gereğince Beşiktaş Belediyesi lehine tesis ve tescil edilen 9.3.1994 tarih 1031 yevmiyeli irtifak hakkı (üst hakkı)'nın tesis ve tesciline ilişkin resmi senet ve bunun ayrılmaz bir parçası olan evrakı müsbite arasında bulunan Tapu Sicilinde Düzenlenecek Resim Senede Yazılacak Hususları belirten sözleşmenin 2., 5., 6., 8., 13., ve 15., maddelerinin yeni düzenlenen ve taraflarca imzalanan Tapu Sicilinde Düzenlenecek Resmi Senede Yazılacak Hususları belirten sözleşme ile değiştirildiği buna göre 2. madde "Daimi ve Müstakil Nitelikli Üst Hakkının Süresi Başlama ve Bitiş Tarihi: 1. maddede nitelikleri belirtilen alan üzerinde aşağıdaki koşullarla süreli daimi ve müstakil nitelikli üst hakkı kurulmuştur. Hakkın süresi 49 (kırkdokuz) yıldır. Bu hak 9.3.1994 tarihinde başlayacaktır.", 5. madde "İrtifak Hakkına Konu Taşınmazın Kullanım Şekli: Üst hakkı süresince, üst hakkı konusu taşınmaz malın kullanım amacı değiştirilmeyecek ve amaç dışı kullanılmayacaktır.", 6. madde "İrtifak ./.. devamı 2. sayfada

Tescil edilmiş Üst Hakkı'nda

Madde Değişikliği ve Daimi ve Müstakil Hak. Olarak tescili

İkibinbir Eylül 2. Pzt.

Müdürlükte

Nejdet Akkaya H.B.Özdemir Halil Canıgür Yusuf Namoğlu

Hakkının Bedeli:

A: Zemin Üst Hakkı Bedeli: 9.3.1999 tarihi itibarı ile tespit edilen üst hakkı bedeli 15.000.000.000TL'dir. Müteakip yıllar üst hakkı bedelleri Devlet İstatistik Enstitüsü Toptan Eşya Fiyat Endeksinde meydana gelen artış oranını bir önceki yıl kullanım bedeli ile çarpımı suretiyle bulunacak miktarın önceki yıl kullanım bedellerine ilavesi suretiyle arttırılarak tahsil edilecektir. Üst hakkı tesis edilen taşınmaz mal ve üzerinde bulunan tesislerin hak lehdarınca bizzat işletilmesi halinde hak lehdarı tarafından bu tesislerin işletilmesinden elde edilen toplam yıllık hasılatın %1 (yüzde bir)'i oranındaki pay ayrıca Hazineye (ilgili Saymanlığa) yatırılır. Hak lehdarı tarafından yapılacak tesislerin tamamının veya bir kısmının işletmeciliğinin üçüncü kişi ve kuruluşlara kiraya verilmesi halinde ise; hak lehdarı brüt kiranın %25 (yüzde yirmibeş)'ini, kiracı ise, toplam yıllık hasılatın %1 (yüzde bir)ini ayrıca Hazineye (ilgili Saymanlığa) ödemekle yükümlüdür.

B: Ödeme Zamanı: 9,3,1999 tarihi itibarı ile tespit edilen 15.000.000.000TL en geç İstanbul Defterdarlığı Milli Emlak dairesi Başkanlığı tarafından bu bedelin ödenmesinin istenildiği tarihte yatırılacaktır. Müteakip yıllar üst hakkı bedelleri ise, her yıl en geç Mart ayın 9. günü mesai bitimine kadar ilgili saymanlığa yatırılır. Hasılatın alınacak pay ise, bilanço kadar dönemini takip eden Mayıs ayı sonuna kadar yatırılır. Kira payları, hak lehdarı ile kiracı arasında yapılan sözleşmeye göre, kira bedellerinin hak lehdarına ödenmesi gereken ayı takip eden ayın 20. günü akşamına kadar ilgili Saymanlığa yatırılır. Yıllık hasılatı gösteren beyanname 1.6.1989 tarih 3568 sayılı Kanuna göre yetkili kılınan Yeminli Mali Müşavirlere tasdik ettirilerek, her yılın bilanço dönemini takip eden ay içinde ilgili Saymanlığa yatırılır.

C: Bedellerin Süresinde Ödenmemesinde Yapılacak İşlem: Süresi inde ödenmeyen üst hakkı bedelleri, hasılat ve kira payları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanununun 51. maddesinde yazılı nispette gecikme zammı uygulanır. Üst hakkı ../. devamı 3. sayfada

Tescil edilmiş Üst Hakkı'nda

Madde Değişikliği ve Daimi ve Müstakil Hak. Olarak tescili

İkibinbir Eylül 2. Pzt.

Müdürlükte

Nejdet Akkaya H.B.Özdemir Halil CANIGÜR Yusuf NAMOĞLU

bedeli, hasılat veya kira payların iki yıl üst üste süresi içinde yatırılmaması halinde üst hakkı iptal edilir.", 8. madde "Devir: Üst hakkını herhangi bir şekilde devralan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, bu devre ilişkin olarak tapuda yapılan tescil tarihinden itibaren en geç 1 ay içerisinde, Maliye Bakanlığı'nca 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 9. ve 13. maddeleri uyarınca günün rayicine göre belirlenecek bedel üzerinden Hazine ile yeniden sözleşme yapmak zorundadır.", 13. madde "Süre Uzatımı: 1) Tabii afetler (yangın, zelzele, su baskını vs) 2) Ülkede genel veya işin yapıldığı yerde kısmi seferberlik ilanı, 3) Genel ve kısmi grev, lokavt gibi kısmi hak kullanımından doğan imkansızlıkların meydana gelmesi, 4) Bulaşıcı hastalık, salgın gibi olayların çıkması ve benzeri hallerde süre uzatımı talebinde bulunabilir.", 15. madde "Üst hakkı ile ilgili olarak açılmış ya da açılacak her türlü davaya ilişkin husumeti hak lehdarı karşılayacak, açılan davaları öğrendiği tarihten itibaren 15 (onbeş) gün içinde yazılı olarak yerel ilgili Maliye Dairesine bildirecektir. Bildirilmemesinden dolayı Hazine aleyhine doğabilecek her türlü zarar ziyandan hak lehdarı hazineye karşı sorumlu olacaktır. Davaya Hazine temsilcisi katılsın ya da katılmasın dava Hazine veya hak lehdarı aleyhine sonuçlanacak olursa hak lehdarı Hazineden uğradığı veya uğrayacağı zarar ziyana ve kar kaybına karşı herhangi tazminat hak, bedel ve benzeri bir şey istemeyecektir. Ayrıca üzerinde üst hakkı tesis edilen taşınmaz mallarla ilgili olarak hak lehdarı aleyhine açılacak her türlü dava hak lehdarı tarafından HUMK hükümleri uyarınca 15 gün içinde Hazineye ihbar edilecektir." şeklinde değiştirildiğinden ve 9.3.1994 tarih 1031 yevmiyeli irtifak hakkı (üst hakkı)'nın tesis ve tesciline ilişkin resmi senet ve bunun ayrılmaz bir parçası olan evrakı müsbite arasında bulunan Tapu Sicilinde Düzenlenecek Resmi Senede ../.. devamı 4. sayfada

Tescil edilmiş Üst Hakkı'nda

Madde Değişikliği ve Daimi ve Müstakil Hak. Olarak tescili

İkibinbir Eylül 2. Pzt.

Müdürlükte

Nejdet Akkaya H.B.Özdemir Halil CANIGÜR Yusuf NAMOĞLU

Yazılacak Hususları belirten sözleşmenin ve 9.3.1994 tarih 1031 yevmiyeli üst hakkının 5, 6, 8, 13 ve 15. maddelerini tamamen 2. maddeyi de kısmen yukarıdaki gibi

değiştirdiklerini ve Maliye Hazinesini temsilen Halil Canıgür 9.3.1994 tarihinden başlamak üzere 49 yıl müddetle Beşiktaş Belediyesi lehine tesis ve tescil edilmiş üst hakkına ilişkin madde değişikliklerinden sonra iş bu üst hakkı Medeni Yasanın 751. maddesi gereğince daimi ve müstakil nitelikli olduğundan; daimi ve müstakil nitelikli üst hakkının 9.3.1994 tarihinden başlamak üzere 49 yıl müddetli olarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya Beşiktaş Belediyesi adına gayrimenkul olarak tescil edilmesini talep ettiğini ve Beşiktaş Belediyesini temsilen Belediye Başkanı Yusuf Namoğlu'da temsilen hareketle yukarıda bahsi geçen üst hakkına ilişkin madde değişiklikleri sebebiyle; 9.3.1994 tarihinden başlamak üzere 49 müddetli olan daimi ve müstakil hak nitelikli üst hakkının Beşiktaş Belediyesi adına tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya daimi ve müstakil hak olan gayrimenkul olarak tescil edilmesini kabul ettiğini taraflar devamlı, işbu taşınmazın emlak vergisinden ve emlak borçlandıran müteselsilen sorumlu olduklarını, 492 sayılı Harçlar Kanununa göre bildirdikleri değer Emlak Vergisi Değerine yeniden değerlendirilme oranı uygulanmak suretiyle bulunacak değerden düşük olmadığını, düşük olması halinde aradaki farkın Vergi Usul Kanununa göre cezalı olarak tahsil edileceği hususunun Tapu Sicil Müdürü tarafından taraflarına bildirildiğini ifade ve beyan ettiler.

Tescil edilmiş Üst Hakkı'nda

Madde Değişikliği ve Daimi ve Müstakil Hak. Olarak tescili

İkibinbir Eylül 2. Pzt.

Müdürlükte

Nejdet Akkaya H.B.Özdemir Halil CANIGÜR Yusuf NAMOĞLU

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Müge EREKMEKÇİ

Doğum Yeri : Samsun

Doğum Tarihi : 05.02.1980

Medeni Hali : Bekar

Yabancı Dili : İngilizce

Eğitim Durumu (Kurum ve Yıl)

Lise : Samsun Anadolu Lisesi 1998

Lisans : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2003

Yüksek Lisans: Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Taşınmaz

Geliştirme Anabilim Dalı 2012

Çalıştığı Kurum/Kurumlar ve Yıl

Tepe Prefabrik İnşaat ve Sanayi A.Ş. (2009-...)

Aktürk Yapı Endüstrisi ve Ticaret A.Ş. (2007-2009)

Kuntalp Arkan Pekgüçlü Hukuk Bürosu (2004-2007)