

Avukat Ongun Ekin İNCÜVEZ LL.M.

KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ:

YAP İŞLET DEVRET MODELİ

ve

UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

ii]®
"ETKİN
AYINLAR!

ÖDEMELİ İSTEME VE GENEL DAĞITIM

YETKİN Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş.



Strasburg Caddesi No: 31/A 06430 Sıhhiye/ ANKARA

Tel : O (312) 231 42 34 (35) - 232 03 43 Faks: 229 87 85

Şube: Abide-i Hürriyet Cad. No: 158 34381 Şişli /İSTANBUL

Tel: O (212) 234 50 56 (57) Pbx Faks: O (212) 234 50 58

email: yetkin@yetkin.com.tr <http://www.yetkin.com.tr>

Yayınevi Sertifika No: 47453

Yayın Kodu: ISBN 978-605-05-1258-8

© Yetkin Yayınları 2022

Dizgi: YETKİN Elektronik Yayıncılık Sistemleri

Baskı: YETKİN BASIMEVİ

Kazım Karabekir Caddesi No: 95/7-8-10

Tel: O (312) 3410006 06060 ANKARA

Matbaa Sertifika No: 47452

Avukat Ogun Eltin İNCÜVEZ, LL.M

KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ:
YAP İŞLET DEVRET MODELİ VE
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Ankara 2022

ÖNSÖZ

"Kamu Özel İşbirlikleri: Yap İşlet Devret Modeli ve Uyuşmazlıkların Çözümü" ismini verdiği bu kitabım, kamu özel işbirliği ve yap işlet devret gibi son dönemlerde oldukça popüler olan kavramlar üzerine hazırlanmış bir eserdir. Kitapta, her iki kavramda detaylı olarak ele alınacaktır.

Peki, kamu özel işbirlikleri neden uygulanmaktadır, gerekli midir, her iki kavramın tanımı nasıl olmalıdır, geçmişten bugüne uygulamaları nelerdir, tarihsel gelişimleri nasıldır, yap işlet devret modelinin unsurları ve özellikleri nelerdir, tarafları kimdir, bu modelde uyuşmazlıkların çözümü nasıl olur?

Yukarıda sıralanmış sorulara cevap vermeye çalıştığım bu kitap, bahsi geçen kavram ve sorular hakkında bilgi sahibi olmak isteyen herkese yönelik hazırlanmıştır.

Son olarak gerek eğitim hayatımda gerek bu kitabın basılmasında, çok kıymetli desteğini her zaman hissettiğim Prof. Dr. Süleyman Yılmaz'a teşekkür ederim. Ayrıca başta, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım AŞ'nin değerli yöneticisi Muhan-em Başer olmak üzere, tüm çalışanlarına da bu kitabın basımındaki titiz çalışmalarından dolayı teşekkürü borç bilirim.

Ankara 2022
Avukat Ongun Ekin İNCÜVEZ LL.M

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	5
İÇİNDEKİLER	7
KISALTMALAR	11

GİRİŞ

KONUNUN SUNULMASI VE TAKDİMİ

I. KONUNUN SUNULMASI	15
ii. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	17

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI ve ANLAMI.....	19
1. TERİM SORUN"U	19
2. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN TANIMI.....	23
ii. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ.....	30
1. GENEL OLARAK KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ	30
2. FARKLI ÜLKELERDEN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ ÖRNEKLERİ.....	35
A. İNGİLTERE	35
B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ.....	38
C. FRANSA	41
D. AVRUPA BİRLİĞİ	44

E. DİĞER ÜLKELER.....	48
111. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELLERİ	50
1. YAP İŞLET DEVRET	55
2. YAP İŞLET	56
3. YAP KİRALA DEVRET.....	59
İV.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN UYGULANMA	
NEDENLERİ.....	61
V. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN GEREKLİLİĞİ.....	64
VI.KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN LEHİNE ve ALEYHİNE	
GÖRÜŞLER, AVANTAJLARI ve DEZAVANTAJLARI	66
I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ LEHİNDE GÖRÜŞLER	
(KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİNE OLUMLU	
YAKLAŞIMLAR).....	66
2. KAMU ÖZEL İŞBİRLİKLERİ ALEYHİNDE GÖRÜŞLER	
(KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARINDA	
KARŞILAŞILABİLECEK ZARARLAR, KAMU ÖZEL	
İŞBİRLİKLERİNE OLUMSUZ	
YAKLAŞIMLAR/ELEŞTİRİLER).....	74
3. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELLERİ LEHİNE ve	
ALEYHİNE GÖRÜŞLER ÜZERİNE GENEL BİR	
DEĞERLENDİRME	83

İKİNCİ BÖLÜM

YAP İŞLET DEVRET MODELİ

I. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİ.....	87
I. YAP İŞLET DEVRET UYGULAMALARININ GELİŞİMİ	87
2. TÜRKİYE'DE YAP İŞLET DEVRET İLE İLGİLİ	
MEVZUAT.....	96
3. YİD MODELİNİN TANIMI.....	98

A. DOKTRİNDE YAP İŞLET DEVRET TANIMLARI	98
B. MEVZUATTA YAPİŞLETDEVRETTANIMLARI	102
ii. YİD MODELİNİN TARAFLARI	104
A. YATIRIM SAHİBİ	104
B. PROJE ŞİRKETİ	104
111.YİD MODELİNİN UNSURLARI	105
1. RİSK PAYLAŞIMI UNSURU	106
2. FİNANSMAN UNSURU	111
3. ESER İNŞASI UNSURU	119
4. İŞLETME UNSURU	123
IV.YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	129
1. YİD BİR SÖZLEŞMEDİR	129
2. YİD BİR ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİDİR	130
3. YİD'İN AMACI FİNANSMAN TEMİNİDİR	131
4. YİD SUI GENERIS BİR SÖZLEŞMEDİR	133
5. YİD TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR	138
6. YİD SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİDİR	141
V. YİD SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL SORUNU	142
VI.YAP İŞLET DEVRET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ 143	
1. SÖZLEŞMENİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ	143
2. SÖZLEŞMENİN FESHİ	145
VII. YİD MODELİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ	146
1. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR.....	46
A. SÖZLEŞME YAPILMADAN ÖNCE ÇIKAN UYUŞMAZLIKLAR	147

B. SÖZLEŞMENİN UYGULANMASINDAN	
KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN	
ÇÖZÜM YOLLARI.....	148
a. ICSID TAHKİM YARGILAMASI.....	149
b. ICSID TAHKİM SÜRECİ.....	151
b.a. Tahkim Başvurusu.....	151
b.b. Uygulanacak Hukuk.....	152
b.c. Tahkim Yeri.....	152
b.d. Hakem Heyetinin Seçimi.....	152
b.e. Karar.....	154
b.f. Kararın Kesinleşmesi, Yorumu, Düzeltilmesi ve	
İptali.....	155
b.g. Tenfiz.....	157
SONUÇ.....	159
KAYNAKÇA.....	165

KISALTMALAR

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

ICSID	: The International Centre for Settlement of Investment Disputes
IFSL	: International Financial Services London
IMF	: International Monetary Fund - Uluslararası Para Fonu
K.	: Karar Numarası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİT	: Kamu İktisadi Teşebbüsü
KÖİ	: Kamu Özel İşbirliği
m.	: madde
NCPPT	: National Council for Public Private Partnerships
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OPIC	: Overseas Private Investment Corporation
PFI	: Project Finance Initiative
PPIAF	: The Public-Private Infrastructure Advisory Facility
PPP	: Public Private Partnerships
PPP/s	: Public Private Partnerships
P3	: Public Private Partnerships
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SDÜİİBFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi

T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Miler Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
UK	: United Kingdom
UNCITRAL	: The United Nations Commission on International Trade Law
USD	: United States Dollar
V.	: Volume
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
WB	: World Bank
Y.	: Yargıtay
Yi	: Yap İşlet
YİD	: Yap İşlet Devret
YKD	: Yap Kirala Devret

GİRİŞ

KONUNUN SUNULMASI VE TAKDİMİ

I. KONUNUN SUNULMASI

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

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

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

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

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

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

ii. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

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

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

Çalışmamızın İkinci Bölümünde, yap işlet devret modeli üzerinde durulmaktadır. Bunu yaparken, öncelikle yap işlet devret uygulamalarının tarihsel gelişimi anlatılmakta, Osmanlı Dönemi de dahil olmak üzere, ülkemizdeki uygulamalarından bahsedilmektedir. Daha sonra, ülkemizdeki yap işlet devret modeline ilişkin mevzuat anlatılmaktadır. Sonrasında, doktrindeki ve mevzuattaki yap işlet devret tanımlarından bahsedilmektedir. Ardından, yap işlet devret modelinin tarafları sıralanmakta; devamında ise, yap işlet devret modelinin unsurları başlığı altında, "risk paylaşımı", "finansman", "eser inşası" ve "işletme hakkı" unsurları, uygulamadan örneklerle, detaylı olarak anlatılmaktadır. Bunlar anlatıldıktan sonra; YİD'in, amacı finansman temini olan, tam iki tarafa borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olması, sui generis bir sözleşme olması ve sürekli borç ilişkisi olması özelliklerinden ve şekil

şartından bahsedilmektedir. Çalışmamızın son kısmında ise, ilk olarak, yap işlet devret sözleşmesinin sona ermesi anlatılmaktadır. Daha sonra, yap işlet devret modelinde uyuşmazlıkların çözümü; sözleşme yapılmadan önce çıkan uyuşmazlıklar ve sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar olmak üzere, iki farklı dönem açısından incelenmektedir. Son olarak, YİD sözleşmelerinde çokça uygulama alanı bulan, ICSID tahkim süreci anlatılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ KAVRAMI ve ANLAMI

1. TERİM SORUNU

"Kamu Özel İşbirliği" kavramının uluslararası literatürdeki yaygın kullanımı; "Public Private Partnerships", kısaca "PPP, PPP/s veya P3" dür. Bunlar dışında, "Özel Sektör Katılımı" anlamındaki, "Private Sector Participation" kısaca "PSP" kavramının, kullanıldığı görülse de, bu kullanım doğru değildir¹. Uluslararası literatürde, kavramın İngilizce kullanımında "Public Private Partnerships", kısaca "PPP, PPP/s veya P3" üzerinde bir uzlaşma olduğunu söylemek mümkündür. Kavramın Türkçeleştirilmesi üzerinde ise, bir uzlaşma bulunmamaktadır. Doktrinde "Kamu Özel İşbirliği" kavramını için kullanılan "Kamu Özel Ortaklığı", "Kamu Özel Sektör Ortaklığı", "Kamu Özel Sektör İşbirliği"² gibi farklı isimlendirmeler yapılmış olup; tüm alternatifler ile ilgili birtakım

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

² Kamu Özel Ortaklığı için bkz. **GÜRKAN, Mehmet Fatih**, Kamu Özel Ortaklığı, Ankara 2014; **KARAHANOĞULLARI, Onur**, "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu- Özel Ortaklığı)", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, Ankara 2011, sf. 177-215; **KARASU, Koray**, "Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu- Özel Ortaklığı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, Ankara 2011, sf. 217-262; Kamu Özel Sektör İşbirliği için bkz. Kamu Özel Sektör Ortaklığı için bkz. **ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge**, "Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme", Maliye Dergisi, S. 162, Ankara 2012, s.155.; **KEŞLİ, Ahmet Teyit**; (Kamu Özel Sektör İşbirliği) PPP Projelerinin Hukuki Rejimi, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2016.

görüş ve eleştiriler mevcuttur. Fakat, kavramın Türkçeleştirilmesi ile ilgili eleştirilere geçmeden önce, uluslararası literatürdeki yaygın kullanımını olan "Public Private Partnerships" kavramı ile ilgili, birtakım görüş ve eleştirilerden bahsetmek daha doğru olacaktır: Bir görüşe göre, PPP modelinin adlandırılmasında "Partnership" sözcüğü bilinçli olarak kullanılmıştır; bir döneme damgasını vurmuş, özelleştirme ve ihale gibi, kimi kesimlerden yoğun tepki gören uygulamaların kötü izlenimlerinin silinmesi amaçlanmıştır³. "Partnership" ifadesinin, "işbirliği, dayanışma, birliktelik ve paylaşım" gibi çağrışımları nedeniyle, bu modelin piyasa ile olan yakınlığını örten bir işlevi olduğunu savunan görüş de mevcuttur⁴. Her ne kadar bu eleştiriler ilk bakışta terime yöneltilmiş gibi gözükse de, aslında bunların PPP modelinin kendisine yöneltilen eleştiriler olduğunu düşünmekteyiz.

Yukarıda da belirtildiği üzere, PPP kavramının Türkçeleştirilmesinde bir uzlaşma bulunmamaktadır ve bu durum bir terim sorununu, ve daha önce de bahsedilen Türkçeleştirme noktasındaki görüş ve eleştirileri beraberinde getirmektedir. Esasen, sorunun kaynağı "Partnership" kavramının Türkçeleştirilmesinin nasıl olacağındadır. Zira, Public Private Partnership kavramı için kullanılan Türkçe karşılıklar incelendiğinde hemen hepsinde, "Public" kelimesi için kullanılan Türkçe karşılığın "Kamu" olduğu görülecektir. Buradaki "kamu" ifadesi; kamu kurum ve kuruluşlarını, idareleri, kamuya ait vakıfları kapsayan bir üst kavramdır⁵. "Private" kelimesi için kullanılan Türkçe karşılık ise,

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

⁴ **KARASU**, Sağlık, s. 220.

⁵ **GÜRKAN**, s. 6.

"özel" veya "özel sektör"dür, her ikisi ile de kastedilmek istenen aynıdır; özel sektörde hizmet veren tüm kişiler⁶. Ancak, "Partnership" kelimesinin Türkçeleştirilmesine ilişkin olarak, farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, "Partnership" kavramının doğru çevirisi "ortaklık"tır, bu görüşü savunanlara göre, bu kavram kamu ile özel sektör arasında kurulan ilişkiyi daha iyi ortaya koymaktadır ve özel girişimcilerin kamu tarafından gerçek ve eşit bir ortak olarak görülmesine katkı sağlayacağı için kullanılmalıdır⁷. Uluslararası Kamu Özel İşbirliği Platformu Türkiye açılış etkinliklerinde de, terim sorunu gündeme gelmiştir: PPP'lerin işbirliğinden öte, özel sektör ve kamu arasında ticari bir ortaklığa karşılık geldiği, bu nedenle "ortaklık" teriminin kullanılması gerektiği yönünde görüş bildirenler olmuştur⁸. Bunun yanında, "İşbirliği" terimini, her ortaklığın bir işbirliği olması, ancak her işbirliğinin bir ortaklık olmaması nedeniyle savunan görüşler de mevcuttur⁹.

"Partnership" teriminin hem "ortaklık" hem de "işbirliği" olarak Türkçe'ye tercümesi mümkündür. Ancak, işbirliğinin ortaklığı da kapsayan daha geniş bir küme olduğu, tarafların bir sözleşme kapsamında birlikte hareket etme iradesini "işbirliği" kelimesinin daha iyi karşıladığı ortadadır, dolayısıyla PPP kavramı için "Kamu Özel İşbirliği" kısaca "KÖİ" teriminin daha uygun bir Türkçe karşılık olacağı muhakkaktır¹⁰. Aşağıda daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, KÖİ için net bir çerçeve çizmek, her modeli kapsayacak bir tanım yapmak mümkün değildir. Bu durum, taraflar arasındaki ilişki terimleştirilirken, kullanı-

⁶ **GU RKAN**, s. 6.

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

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

⁹ **International PPP Platform Turkey**, s. 33.

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

lacak sözcüğün kapsayıcı olması gerekliliğini de beraberinde getireceğinden, bize göre "ortaklık" değil "işbirliği" teriminin kullanılması doğru olacaktır.

Zira, bizim de katıldığımız bir görüşe göre, kamu özel ortaklığı teriminin çok başka ve net bir karşılığı vardır. Şöyle ki, kamu ve özel sektörün bir araya gelerek kendi tüzel kişiliği olan ayrı bir ortaklık (şirket) kurmaları durumunda, kamu özel ortaklığı vücut bulur, hem yabancı devletlerde hem de ülkemizde, kamu özel ortaklıkları kurulmaktadır; işbirliği ve ortaklık arasındaki fark kendisini bu noktada daha net gösterir¹¹. Başka bir ifade ile bu iki kavram arasındaki farkı anlatmak gerekirse; kamu özel ortaklıklarında, amaçları aynı olan birden fazla ortak söz konusu iken, kamu özel işbirliklerinde tarafların farklı beklentileri vardır, aralarındaki ilişki tarafların birbirine uygun irade beyanları ile kurulmuş bir sözleşmeden ibarettir¹². Gerçekten de, PPP'lerde tarafların kişisel amaçlarına bakıldığında, özel sektörün nihai amacının kar elde etmek, kamununkinin ise, kamu hizmetlerinin zamanında ve kaliteli sunulmasının sağlanması olduğu görülecektir, bu sebeple ortak bir amaçta birleşilmesi söz konusu değildir. Söz konusu olan, bir "ortaklık" değil, "işbirliği"dir¹³. Bu sebeple biz bu çalışmamızda "Kamu Özel İşbirliği" kavramını kullanacağız.

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

¹² **EVREN**, s. 27 - 28.

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

2. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN TANIMI

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

Kamu özel işbirliği kavramı gerek ulusal gerek uluslararası çevrelerce çokça tartışılan bir kavramdır, ancak tanım, kapsam ve içerik konularında fikir birliğine varılmış değildir¹⁶. Kamu özel işbirliği kavramının tanımı noktasında genel bir uzlaşma yoktur¹⁷. Bu kavram için bir tanımlama yapmanın zorluğundan pek çok kaynakta bahsedilmekteyse de, doktrinde bu zorluğun nedenleri üzerinde pek durulmadığı görülmektedir; KÖİ kavramının pek çok modele verilen ortak bir isim, bir çatı kavram olması nedeniyle özelliklerinin tam olarak tespitinin mümkün olmaması, KÖİ konusu olan hizmetlerin; bizzat kendilerinin de tanımlanmasının zor olması (altyapı yatırımları/tesisleri gibi), KÖİ modellerinin ülkelerin hukuki, siyasi, idari ve sosyo-ekonomik farklılıkları nedeniyle değişiklik göstermesi, KÖİ kavramı için bir tanımlama yapılmasını zorlaştırmaktadır¹⁸. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı

¹⁴ KEŞLİ, s. 1.

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

¹⁶ YALÇIN, s. 37.

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

¹⁸ EVREN, s. 27-28.

üzere, kamu özel işbirliği kavramı hem doktrinde hem de diğer pek çok kaynakta, farklı şekillerde tanımlanmıştır. Aşağıda öncelikle bu tanımlar sıralanacak, sonrasında bu tanımlarda ön plana çıkan unsurlar göz önünde bulundurularak, dar ve geniş anlamda kamu özel işbirliği tanımları yapılmaya çalışılacaktır.

Avrupa Komisyonu tarafından, KÖİ modellerinin yaygınlaşması ve hızla gelişmesi sonucu, bu modellerle ilgili çalışmalar yapılmış ve bunun sonucunda Nisan 2004'te, "Green Paper On Public-Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions-" hazırlanmıştır¹⁹. Burada KÖİ için, "*genel olarak, kamu ile özel sektör arasındaki, bir hizmetin veya altyapının; finansmanının, inşaatının, yenilenmesinin, işletilmesinin veya bakımının sağlanmasına ilişkin, işbirliği çeşididir*" tanımına yer verilmiştir; aynı çalışmada KÖİ'nin unsurları aşağıdaki gibi sıralanmıştır;

- Kamu idareleri ve özel sektör arasında projenin farklı aşamalarında kurulan uzun vadeli işbirlikleri,
- K.Jsmen özel sektör tarafından proje finansmanı, bazen muhtelif taraflar arasındaki kompleks düzenlemeler yoluyla, (kamu kaynakları - bazen ciddi sayılabilecek miktarda - özel kaynaklara ilave edilir),
- Projenin tasarım, tamamlama, uygulama, finansman, gibi farklı aşamalarında yer alan ticari uygulayıcının/işletmecinin önemli rolü, (Kamu tarafı öncelikle ulaşılmak istenilen hedeflerin tanımlanmasına odaklanmalıdır; kamu yararı, sağlanan hizmetin kalitesi ve fiyatlandırma politikası gibi,

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

bunun yanında bu hedeflere uyulup uyulmadığını denetleme sorumluluğunu üstlenmektedir.)

- Riskin kanlı ve özel sektör tarafları arasında dağıtılması; (genellikle kamuda doğan riskler özel sektöre aktarılır.) fakat KÖİ, özel sektörün projenin tüm risklerini veya risklerin büyük kısmını üstlenmesi anlamına gelmemektedir; riskin dağılımı, tarafların riski ölçümleme kontrol ve riskin üstesinden gelme yeteneklerine göre, her durum için ayrı ayrı belirlenir²⁰.

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

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

Ülkemiz kurumlarından TC Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, bir raporunda KÖİ için, *"bir sözleşmeye dayalı olarak, yatırım ve hizmetlerin, projeye yönelik maliyet, risk ve getirilerinin, kamu*

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

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

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

ve özel sektör arasında dengeli bir şekilde paylaşılması yoluyla gerçekleştirilmesi" tanımına yer vermiştir²³.

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

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

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

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

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

15 IMF, s. 1.

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

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

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

Kamu özel işbirliği için yapılan bir başka tanımda, işbirliğinin bir sözleşme vasıtasıyla sağlanması unsuru, bir kamu hizmetinin kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği ile sunulması unsurunun yanına eklenmiştir: Buna göre, kamu özel işbirliği; özel sektör ile, özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler kapsamında kurulan ve bir kamu hizmetinin tasarlanması, finansmanının sağlanması, yapımı, işletilmesi, kiralanması gibi unsurların bileşiminden oluşan, bir işbirliği modeli²⁹ olarak tanımlanmıştır.

Sözleşme unsurunun yanına, riskin taraflar arasında dağıtılması unsurunun eklendiği bir başka tanımda ise, Örneğin JOYNER'e göre,

²⁷ YALÇIN, s. 38.

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

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

kamu özel işbirliği, *"kamu ile özel sektör arasında bir malın veya bir hizmetin topluma sunulması için yapılan sözleşmeye dayalı bir işbirliğidir. Bu işbirliğindeki iki temel özellik; gerçek bir işbirliği ilişkisinin varlığı ve özel sektöre yeterli oranda riskin devredilmesidir."*³⁰. Başka bir deyişle kamu özel işbirliği, devletin hizmet sunum amacı ve özel sektörün kar etme amacını gerçekleştirmek için, devletin bir veya daha fazla özel sektör tarafıyla, hizmetin özel sektör tarafından sunulması amacıyla, özel sektöre yeterli risk transferinin de yapılması suretiyle, yaptığı sözleşme olarak tanımlanabilir³¹.

Doktrinde kamu özel işbirliği için yapılan kimi tanımlamalarda ise, bir kamu hizmetinin kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği ile sunulması, işbirliğinin bir sözleşme vasıtasıyla sağlanması, unsurlarının yanına, işbirliğinin uzun süreli olması unsurunun eklendiğini görüyoruz. Buna göre, Kamu özel işbirliği; bir kamu tüzel kişisinin, çeşitli finansal ve teknik eksiklikler nedeniyle, sunulacak hizmetin yeterli kalitede olmamasından çekindiği alanlara ilişkin olarak, özel hukuk tüzel kişisiyle yapılan, uzun vadeli sözleşme uyarınca, hizmetin inşası ve sunumunda paylaşım gittiği bir akittir³², şeklinde tanımlanabilir. Aynı unsurların gözetildiği başka bir tanım; *"Kamu özel işbirliği, devletin bir özel şirket grubuyla uzun süreli (49 yıla kadar) sözleşme ilişkisi kurması esasına dayanan bir yatırım ve hizmet modelidir. Bu sözleşmenin konusunu, kamu hizmeti verilecek tesisin (hastane, okul, hapisane, otoyol vb.) özel şirketler tarafından inşa edilerek devlete kiraya verilmesi, devletin de hem şirketlere kira ödemesi hem de bu tesiste verilecek "çekirdek*

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

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

³² **BOZ**, s. 289.

*hizmet., dışındaki hizmetleri bu şirketlere devretmesi oluşturılmaktadır*³³• şeklindedir. Bu son tanım her ne kadar, KÖİ için yapılmış olsa da, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde verilen bilgilerden anlaşılacağı üzere, bir KÖİ modeli olan yap kirala devret modelinin tanımına daha yakındır.

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

Buraya kadar anlatılanlar göz önünde bulundurulduğunda, kamu özel işbirliği kavramı için en kapsayıcı tanımlardan biri; bir kamu hizmetinin sağlanması için, kamu ve özel sektörün birliktelik sağladığı yöntemler bütünü, şeklinde yapılabilecektir. Bunun yanında kamu özel işbirliğinin yukarıda sayılmış bulunan tüm unsurlarının bir arada olduğu (bir kamu hizmetinin özel sektör ile yapılan işbirliği ile sunulması, işbirliğinin bir sözleşme vasıtasıyla sağlanması, işbirliğinin uzun süreli olması, özel sektöre yeterli oranda riskin devredilmesi) bir tanım yap-

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

mak gerekirse; kamu özel işbirliği, kamu ile özel sektör arasında imzalanan bir sözleşme ile, kamu hizmetlerinin finansmanı için alternatif finansman yöntemleri sunan, riskleri kamu ve özel sektör arasında paylaştıran, kamusal mal ve hizmetlerin inşasına, ifasına ve kamu hizmetinin sunumuna özel sektörün katılımını sağlayan, yap işlet devret, yap işlet, yap kirala devret gibi modelleri içerisinde barındıran bir şemsiye kavramdır³⁴, şeklinde olabilecektir.

ii. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ

1. GENEL OLARAK KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ UYGULAMALARININ GELİŞİMİ

Özel sektörün kamu hizmetlerine katılımı yönündeki uygulamalar eskiden beri süregelmektedir, ancak sistematik hale gelmesi, uluslararası kuruluşlar ve gelişmiş ülkeler tarafından desteklenmesi daha yenidir³⁵. Dolayısıyla şunu söyleyebiliriz ki, esasen yeni bir kavram olan kamu özel işbirliğinin uygulamaları eskiye dayanır; zira tarihsel olarak bakıldığında, kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanma oldukça eski zamanlara dayanmaktadır: Roma'da, eski Yunan ve eski Mısır'da, kamu hizmetlerinin sağlanması veya kentlerin sabit yatırım gerektiren altyapı ihtiyaçlarının giderilmesi için, bir kişi veya kuruluş ile Devlet arasında sözleşmeler yapılmıştır³⁶. Roma İmparatorluğu

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

³⁵ EVREN, s. 35.

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

döneminde, İmparatorluk ve belediyeler tarafından, özel hukuk kişilerinin kamu hizmeti alanına girmeleri, limanlar, pazar yerleri, kanal ve su yolları, tennal banyolar inşa edilmesi, kamu idaresi adına vergi toplanması ve posta hizmetlerini sunulması gibi değişik alanlarda, kamu-özel işbirliklerinin unsurlarını taşıyan yöntemlerle sağlanmıştır³⁷.

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

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

³⁷ **BERGERE, François / BEZANÇON, Xavier / DERUY, Laurent / GOULARD, Guillaume / FORNACCIARI, Marc**, Le guide operationnel des PPP, 3e ed., Paris: Le moniteur, 2010, s. 21; **BEZANÇON**, s. 32 (**Akt. BAYAZIT**, s. 17.); **GARSSE, Steven van**, "Public Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law", 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 2008, s. 221-222; **JAMil, Sarah**, The Miscellaneous Desirability of Public-Private Partnerships andan Approach to Design an Appropriate Constitution, https://www1.wipo.uni-freiburg.de/dateien/tagungen/reformen/the_miscellaneous_desirability_of_public.pd, (Erişim Tarihi: 11.05.2021), 2008, s. 4.

³⁸ **BAYAZIT**, s. 20.

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

⁴⁰ **EVREN**, s. 35.

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

mesi, devlet şirketlerinin yaygınlaşması gibi sebeplerle KÖİ uygulamaları azalmıştır⁴². Bir dönem, KÖİ uygulamalarının azalması ve devlet müdahalesinin artışı sürmüştür; sonrasında 1980'li yıllarda, bir değişim başlamış, artan kamu harcamaları devletlerin ekonomik performansını zayıflatınca, devletin müdahaleciliği tartışılı hale gelmiştir⁴³. Nitekim, KÖİ modellerinin gelişmiş ülkeler ve uluslararası kuruluşlar tarafından desteklenmesi ve sistematikleşmesi de bu döneme denk gelir.

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

⁴² GARSSE, s. 222.

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

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

⁴⁵ yALÇIN, s. 29.

⁴⁶ GRASSE, s. 222.

durumda etkili olmuştur⁴⁷. Özelleştirmelerin ortaya çıkış gerekçelerinden bir tanesi ve belki de en önemlisi, özel sektörün kamudan daha iyi hizmet sunacağı ve kaynakları daha verimli kullanacağı iddiasıdır. Ancak, özel sektör çoğu zaman özelleştirme uygulamalarında hizmet anlamında bekleneni verememiş, bunun bir sonucu olarak kamu özel işbirlikleri ile bir denge kurulmaya çalışılmıştır. KÖİ modelleri kapsamında sunulacak olan hizmetlerin hem tek başına kamunun sunacağı hizmetten, hem de tek başına özel sektörün sunacağı hizmetten daha iyi olacağının düşünülmesi ile, KÖİ modelleri ön plana çıkmıştır⁴⁸.

Buradan şu anlaşılabilir ki, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde yeni bir model arayışı, KÖİ kavramının tekrar gündeme gelmesinin esas nedenidir. Bu arayışa gidilmesinin çeşitli sebepleri vardır; bu sebepler ekonomik ve sosyal sorunlar olarak ayrılabilir ve kısaca "bütçe açığı", "performans açığı" ve "güven açığı" şeklinde sıralanabilir. Bu sorunların sebebi sırasıyla, nüfus ve ihtiyaçlar hızla artarken, kıt kaynakların artmaması sonucunda, devletlerin yavaşlayan büyüme oranları; devletlerin rekabetçi olınayan bir anlayışla yönetilmesi sebebiyle, kaynakların mikro ve makro düzeyde etkin bir şekilde dağıtımının gerçekleştirilememesi ve toplanılan vergilerin kamu hizmetlerinin sunulmasında verimli bir şekilde kullanılmaması; kamu kaynaklarının kullanılmasında ve hizmetlerin sunulmasında karşılaşılan yolsuzluk ve kayırmacılıktır⁴⁹.

Bu dönemde ilk gündeme geldiklerinde, yalnızca ulusal çapta ve büyük maliyetli projeler için (enerji, otoyol gibi) kullanılmasına desteklenen

⁴⁷ IMF, s. 2.

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

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

kamu özel işbirlikleri, zamanla yerel yönetimlerin görmekle yükümlü oldukları görece küçük hizmetlerde de kullanılmaya başlanmış ve kapsamı genişlemiştir⁵⁰.

Bu durum ülkeleri birtakım düzenlemeler yapmaya itmiş, bunun neticesinde, ülkeler KÖİ modelleri için birtakım alt sınırlar getirmiştir; Singapur'da 50 milyon dolar ve üstü; Brezilya'da yaklaşık 12 milyon dolar ve üstü, İngiltere'de ise 20 milyon sterlin ve üstü projeler için KÖİ modelleri kullanılabilir⁵¹. Bir alt sınır getirilmesinin nedeni, idarelerin tüm yatırım ve hizmetleri bu yollarla gerçekleştirmesinin önüne geçmektir⁵². KÖİ uygulamalarının hazırlık süreci masraflıdır ve uzun sürer, ancak şunu da göz ardı etmemek gerekir ki, KÖİ uygulamaları için belirli eşik değerler koymak, kamu idarelerinin projeleri gereksiz yere genişletmesine de neden olabilir⁵³. Fakat, doktrinde, KÖİ uygulamalarının, büyük ölçekli projelerin karmaşık yapılara sahip olmaları nedeniyle, bu projelere ne derece uygun olduklarının da sorgulanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁴.

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

50 GÜZELSARI, s. 43.

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

52 YALÇIN, Bilge, Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Özel Sek.1ör işbirliği Uygulamaları-Türkiye'de Yapılacak Hukuki Düzenlemelere İlişkin Oneriler, (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara 2008, s. 101.

53 YALÇIN, s. 102.

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

55 EVREN, s. 346.

2. FARKLI ÜLKELERDEN KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ ÖRNEKLERİ

A. İNGİLTERE

Kamu özel işbirliği kavramını tüm dünyada olduğu gibi, İngiltere' de de, kamu ve özel sektör arasındaki işbirlikleri bakımından geniş bir kapsamı ifade eder. Bu noktada PFI modelinin üzerinde durmak gerekir. İngiltere'de kullanılmaya başlanan bir kamu özel işbirliği modeli olarak nitelendirebileceğimiz ve literatüre yerleşen adıyla Özel Finansman Girişimi (*Project Finance Initiative-PFI*), daha çok bir takım yapım işlerini içeren ve özel sektör finansmanına dayanan uygulamaları ifade etmektedir. İngiltere örneği özelinde, KÖİ uygulamaları oldukça önemli bir yere sahiptir⁵⁶.

Yukarıda da belirtildiği üzere, İngiltere'de 1980'lerde özel finansman girişiminin kabulü ile birlikte, KÖİ uygulamaları ön plana çıkmıştır. 1992 yılında, Muhafazakar Parti iktidarında, sağlık, hapishane, ulaştırma ve savunma projeleri gibi birçok alanda özel sektör finansmanı sağlama amacıyla, PFI mekanizması, uygulanmaya başlanmıştır, sonrasında İşçi Partisi hükümetleri tarafından da güçlü bir şekilde benimsenen ve uygulanmaya devam edilen bir model olmuştur⁵⁷. Nitekim, İşçi Partisi'nin ikinci dönem iktidarının başında, 2002 - 2003 yıllarında, PFI modeli kapsamındaki harcamalar ikiye katlanmıştır⁵⁸. Esasen, İşçi Partisi'nin PFI modelinde bu denli istekli olmasının sebebi, önceki ihale uygulamalarında alınan olumsuz sonuçlardır: Örneğin

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

⁵⁷ **GÖKYURT**, s. 19.

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

1992 yılı NAO raporunda, yol yapım sözleşmeleri için Ulaştırma Bakanlığı tarafından başlangıçta öngörülen fiyatın % 28' i kadar ilave ödeme yapıldığı ortaya çıkmıştır⁵⁹. Savunma Bakanlığı ihaleleri ile ilgili hazırlanan bir raporda da, geçmiş 13 yıl boyunca yapılan ihalelerde kayıtların tutulması ve tekliflerin değerlendirilmesi gibi aşamalarda uzmanlık eksikliği olduğu eleştirisine yer verilmiştir⁶⁰. Buradaki esas sorunun, Bakanlığın ortaya çıkan proje risklerini özel sektöre aktarma hususunda gösterdiği isteksizlik olduğu sonucuna ulaşıldığından, risk transferinin daha dengeli biçimde yapılabileceği düşünülerek, PFI mekanizması ön plana çıkarılmıştır⁶¹.

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

İngiltere'de, özel sektör finansmanına dayanan yatırım modellerin tercih edilmesinin sebeplerinden biri de, kamu harcamalarının Avrupa Birliği Maastricht Kriterleri ve borçlanma üzerindeki benzeri sınırlayıcı düzenlemelere uyum sağlanması ihtiyacıdır⁶³. PFI modeli sayesinde, özel sektörün uzun vadeli borçlanmaları bütçe içinde görünmemektedir

⁵⁹ **GÖ KYURT**, s. 20.

⁶⁰ **POLITT**, s. 215

⁶¹ **POLITT**, s. 215.

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

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

ve bu durum bu modeli hükümetler nezdinde daha cazip hale getirmiştir⁶⁴.

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

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

İngiltere'de eğitim, yerleşim ve cezaevleri gibi kamu hizmetleri için, KÖİ uygulamalarına sıklıkla başvurulmaktadır⁶⁸. İngiltere'de eğitim hizmetinde kamu özel işbirliği uygulamaları, Okul Yapma Projesi kapsamında 2007 yılından itibaren uygulanmaktadır⁶⁹. Kütüphaneler, öğrenci konaklamaları, akademik olanaklar, sosyal barındırma ve spor olanaklarının geliştirilmesi gibi kamu hizmetlerinin büyük bir bölümü kamu özel işbirliği projeleri ile yürütülmektedir⁷⁰. Bu kapsamdaki pek

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

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

⁶⁶ **GU RKAN**, s. 47.

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

⁶⁸ **GU RKAN**, s. 54.

⁶⁹ **GU RKAN**, s. 54.

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

çok proje tamamlanmıştır, devam eden projeler de bulunmaktadır. Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, İngiltere'de eğitim hizmetinde KÖİ uygulamaları çok yaygındır⁷¹.

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

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerika'da, toplumun yararı için özel sektörden faydalanma fikri ilk defa, 17. yüzyılda ortaya çıkmış, kamu hizmetlerinin görülmesinde özel sektör, geçmişten beri aktif bir rol oynamıştır. 18. yüzyılda ilk kamu alımı gerçekleştirilmiş ve bunun yanında, gerçekleştirilen önemli kara yolu projeleri özel sektör tarafından yapılmıştır; ayrıca ülkenin ilk içme suyu yatırımları özel teşebbüsler tarafından yapılmış ve işletilmiştir⁷². 19. yüzyılda ülkenin batısından doğusuna giden demir yolu projeleri de özel teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmiştir⁷³. Yine 19. yüzyılda, kolera salgınına karşı özel sektör ile işbirliği içine girilmiştir⁷⁴.

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

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, her ne kadar ABD'de kamu altyapı yatırımlarına özel sektör katılımı uzun bir geçmişe sahip olsa da,

⁷¹ GÜRKAN, s. 54.

⁷² GÜRKAN, s. 41.

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

⁷⁴ BAYAZIT, s. 20.

⁷⁵ GÜRKAN, s. 41.

tam manasıyla bugün kullanılan anlamda kamu özel işbirliği sözleşmeleri 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra artış göstermiştir⁷⁶. Başkan Bush yönetimi döneminde, özelleştirme ve özel sektöre hizmet devri yöntemleri, Yönetim ve Bütçe Ofisi tarafından hazırlanan A-76 numaralı yönerge (*circular*) ile özendirilmiştir⁷⁷. Yönerge ekinde her türlü sağlık hizmetinden, ulaştırma, mühendislik, bakım-onarım ve ofis hizmetleri ile çok farklı alanlarda malzeme üretimine kadar birçok faaliyetin idarenin değerlendirilmesine tabi tutularak özel sektöre bırakılması gereken ticari faaliyetler olduğunu belirten bir listeye yer verilmiştir⁷⁸. Bazı Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, ABD'de de, hapisane ve sağlık sektöründe gerekli altyapının ve hizmetin kendisinin sağlanması, önemli kamu özel işbirliği uygulamaları arasında yer alır⁷⁹. Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, ABD'de KÖİ sözleşmelerine ilişkin federal düzeyde çerçeve oluşturan genel bir düzenleme bulunmamaktadır, bununla birlikte Ulaştırma Bakanlığının yasa taslağı ve eyaletlerin bu doğrultudaki düzenlemeleri mevcuttur⁸⁰.

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

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

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

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

⁷⁹ GÜRKAN, s. 42.

⁸⁰ GÖKYURT, s. 23-24.

⁸¹ ALBALATE, Daniel / BEL, Germa / GEDDES, Richard R., "Do Public Private Partnership Enabling Laws Increase Private Investment in Infrastructure", s. 0,

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

ABD'deki sivil havacılık güvenliği, dünyadaki güvenlik hizmetlerinin özel müteşebbisler tarafından icra edilmesi bakımından, ders çıkarılması gereken örneklerden biridir; nitekim 11 Eylül saldırısına kadar, ABD'deki havalimanlarının güvenliğine ilişkin hizmetler, özel şirketler tarafından sağlanıyordu⁸³. Havacılık sektörü tamamen ticari şirketlerin inisiyatifindeydi, güvenlik politikası ve standartları, bir kamu kurumu olan, Federal Havacılık İdaresi olan FAA (Federal Aviation Administration), tarafından belirleniyor, güvenlik hizmeti, belirlenen standartlarda hizmet vermeyi taahhüt eden, özel hava yolu şirketleri tarafından sağlanıyordu⁸⁴. Bunun neticesinde, sivil havayolu şirketlerinin ticari politikaları sebebiyle, güvenlik hizmetleri yasal minimum standartlara kadar gerilemiştir. Nitekim, özel güvenlik şirketlerinin düşük performansta çalıştığı, Ulusal Denetleme Ofisi (General Accounting Office) ve Federal Havacılık İdaresi tarafından, 11 Eylül saldırısından 9 gün

http://www.chaire-eppp.org/files_chaire/albalate_et_al.pdf (Erişim: 06.05.2021); **GEDDES, Richard R. / WAGNER, Benjamin L.**, "Why Do USStates Adopt Public-Private Partnership Enabling Legislation", s. 1, <http://www.ub.edu/graap/Final%20Papers%20PDF/Geddes%20Wagner.pdf> (Erişim Tarihi: 06.05.2021).

⁸² **US HouseofRepresentatives Committee on Ways ans Means Subcommittee on Select RevenurMeasures**, Hearing ont The Use ofTax- Preferred Bond Financing, Washington 2006, s. 75.

⁸³ **GÜRKAN**, s. 49.

s.1 **GÜRKAN**, s. 49.

sonra, rapor edilmiştir⁸⁵. Tüm güvenlik hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından verilmesinin doğru olmadığı, bunun birtakım sakıncalara neden olabileceğinin, en önemli göstergesi, 11 Eylül saldırılarıdır⁸⁶. Ulusal güvenliği etkileyebilecek kamu hizmetlerinin, havalimanı güvenlik hizmeti gibi, özel müteşebbisler tarafından sağlanmasında başka hizmetlere göre, daha dikkatli olunması gerektiği açıktır. Bu tip hizmetlerin, örneğin güvenlik hizmetlerinin, kamu özel işbirliği şeklinde sunulması noktasında, hizmetin niteliğinden ötürü, hizmetin minimum kriterlerinin en kötü ihtimalleri de kapsayacak biçimde, daha ayrıntılı düzenlenmesi gerekmektedir ve söz konusu hizmetin uygulanmasına yönelik denetimlerin en efektif şekilde yapılması gerekmektedir⁸⁷.

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

C. FRANSA

Fransa'da, kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörden yararlanma konusunda ciddi bir birikim bulunmaktadır, zira imtiyaz sözleşmeleri uygulamasının 16. ve 17. yüzyıllara kadar giden bir geçmişi vardır⁸⁸. Paris'in içme suyunun temini imtiyazının Perier Brothers'a verilmesi ile Eyfel Kulesinin yapımı, meşhur KÖİ uygulamalarındandır. Ancak KÖİ uygulamalarındaki esas gelişme, 17 Haziran 2004 tarihli Ka-

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

⁸⁶ GURKAN, s. 50.

⁸⁷ GURKAN, s.50.

⁸⁸ GURKAN, s. 30-31.

nun Hükümünde Kararname'nin (*Ordonnance*) yürürlüğe girmesi ile yaşanmıştır. Bu KHK ile KÖİ sözleşmeleri "*contract de partenariat public prive*" olarak isimlendirilen ayrı bir sözleşme türü olarak kabul edilmiş ve merkezi bir KÖİ birimi kurulmuştur⁸⁹. Fransa'da, işbirliği sözleşmeleri (*contrat de partenariat*); uzun süreli idari kiralama (*bail emphyteotique administratif*), uzun süreli hastane kiralama (*bail emphyteotique hospitalier*), kamu mallarının geçici işgali izni (*autorisations d'occupation temporaire du domaine public*) ve bu iznin kira sözleşmesi ile birlikte verilmesi veya erken geri alma (*rachat*) hakkı öngörülen kiralama (*bail avec clause de rachat anticipé*) türlerinden oluşmakta olup; "idare öder" türü sözleşmelerin tamamı kamu özel işbirliği sözleşmeleri kategorisinde (*contrat de partenariat and equivalents*) değerlendirilmektedir⁹⁰. Fransız Anayasa Mahkemesi'nin (*Conseil Constitutionnel*) 26 Haziran 2003 tarihli bir kararı ile Fransa'daki KÖİ modelinin sınırları belirlenmiştir⁹¹. Buna göre KÖİ sözleşmelerinde; devamlılık, eşitlik ve uyarlanabilirlik gibi kamu hizmetinin doğasından gelen üç temel ilkeye riayet edilmesi zorunludur⁹²; yine, yatırım veya hizmetin aciliyeti ve operasyonel ve teknik olarak karmaşık bir yapıda olması gibi şartlar, KÖİ uygulaması için bir değerlendirme yapılırken göz önüne alınmalıdır⁹³. 29 Ekim 2004 tarihinde verilen bir Fransız Danıştayı (*Conseil d'Etat*) kararına göre, KÖİ modellerinin uygulanması bakımından aciliyet gerekçesinin haklı görülebilmesi için

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

⁹⁰ GÖKYURT, s. 31.

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

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

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

somut bir kamu yararının bulunması aranmaktadır. Ayrıca KÖİ'nin belirli bir sektör ve kamu hizmeti alanı ile sınırlı olması ve standart ihale usulünün ciddi bir gecikmeye sebep olması da yine, KÖİ modellerinin uygulanabilmesi için, mevcut olması gereken şartlardandır⁹⁴; Fransız Anayasa Mahkemesi'nin 2 Aralık 2004 tarihli bir kararı vardır⁹⁵; Anayasa Mahkemesi kararı da bu içtihadı benimsemiştir⁹⁶.

Aciliyetin söz konusu olmayıp, konusu itibarıyla karmaşık yapıda olan bir proje söz konusu olduğunda ise, KÖİ modellerinden birinin uygulanmasına karar verilebilmesi için, idare tarafından bir ön değerlendirme yapılması gereklidir. Bu değerlendirmede klasik ihale yöntemiyle veya imtiyaz usulüyle yapılması seçeneklerinin neden tercih edilmediğinin ve KÖİ'nin ekonomik, idari veya hukuki yönden kazandıracığı avantajların ortaya konulması gerekmektedir⁹⁷. Benzer bir usul İngiltere'de de mevcuttur, İngiliz KÖİ uygulamasında, kamu sektörü karşılaştırıcısı (*public sector comparator*) olarak isimlendirilen uygulama bu analize karşılık gelmektedir⁹⁸.

Fransız KÖİ uygulamalarında, ödemelerin sadece idare tarafından düzenli olarak yapılabildiği modellemeler olduğu gibi⁹⁹, idare ile hizmetten yararlananların birlikte ödeme yaptığı usuller de bulunmaktadır¹⁰⁰.

⁹⁴ **GOKYURT**, s. 32.

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

⁹⁶ **HARTMANN**, s. 38.

⁹⁷ **GOKYURT**, s. 32.

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

⁹⁹ **GROMITSARIS Athanasios**, s. 257.

¹⁰⁰ **EPEC**, s. 7.

Fransa'da kamu özel işbirliklerinin gelişimi bu şekilde olmuş ve pek çok şart getirilmiŒe de, 2008 ve 2009 yıllarında yapılan düzenlemelerle, KÖİ uygulamaları için aranan şartlar hafifletilmiŒ ve KÖİ sözleşmelerinin uygulanmasını kolaylaŒtırıcı düzenlemeler yapılmıŒtır¹⁰².

D. AVRUPA BİRLİĞİ

Kamu Özel Ortaklığının Avrupa Kıtasındaki geçmiŒi, daha önceki bölünlerde de belirtildiği üzere, posta hizmetleri, liman ve karayolları gibi kamu hizmetlerinin özel teŒebbüsler tarafından yürütüldüğü, 2000 yıl öncesine, Roma İmparatorluğuna kadar gitmektedir¹⁰³. Roma İmparatorluğunun çökmesiyle birlikte kaybolan bu uygulamalar, baskı, fırın ve köprü gibi alanlarda 12. ve 13. yüzyıllarda yeniden ortaya çıkmıŒtır¹⁰⁴. Bu dönemde söz konusu kamu hizmetlerini ifa eden imtiyazcılar elde ettiği gelirin bir bölümünü devlete aktarmıŒtır¹⁰⁵.

19. yüzyıla gelindiğinde ise, sanayileŒme hareketleri ve Fransız Devriminin etkisiyle liberal düşünce akımı yayılmıŒ, tüm bunların etkisiyle kamu özel ortaklığı Avrupa'da sistematik bir şekilde tercih edilmeye baŒlamıŒtır¹⁰⁶.

2000'li yıllara gelindiğinde AB Komisyonu, kamu özel işbirliği önündeki yasal engelleri kaldırmak için çalıŒmalara baŒlamıŒtır ve 2004 yılına gelindiğinde, Green Paper (YeŒil Kitap) adında bir kitap yayınladı.

¹⁰¹ VAN de VYVER, Pierre / REFALO, Marie, "Extending the Scope of Public-Private Partnerships in France", European Public Private Partnership Law Review, Yol. 4, Issue: 1, 2009, s. 43.

¹⁰² EPEC, s. 5.

¹⁰³ GÖKYURT, s. 43.

¹⁰⁴ GÖKYURT, s. 43.

¹⁰⁵ EMEK, s. 91.

¹⁰⁶ PİLETİC, Jana Habian, "The Public-Private Partnership Act of the Republic of Slovenia", European Public Private Partnership Law Review, Yol. 3, 2008, s. 174.

mıştır: Bu kitap ile, kamu özel işbirliklerine uygulanacak Avrupa Topluluğu Hukuku tartışmaya açılmış ve kamu özel işbirliği modelinin uygulanmasını artıracak yöntemlerin arayışları başlatılmıştır¹⁰⁷.

Bu çalışmaların sonuç verdiği söylenebilir: Zira, 2001-2008 yılları arasında AB ülkelerinde imzalanan 751 kamu özel işbirliği sözleşmesinin toplam bedeli 97,6 milyar Euro'dur¹⁰⁸. KÖİ uygulamalarının en yaygın olduğu ülke olan, Birleşik Krallık toplam proje miktarının %63'üne ve toplam proje sayısının %73'üne sahiptir, diğer ülkelerde de KÖİ uygulamalarının yaygınlaşması için çeşitli düzenlemeler ve çalışmalar yapılmıştır. Günümüzde Brexit süreci ile birlikte Birleşik Krallık artık AB üyesi değildir, Birleşik Krallığın ardından AB'nde kamu özel ortaklığı projelerini en etkin kullanan ülkeler; Almanya, İspanya ve Fransa'dır¹⁰⁹. Aşağıda çeşitli AB üyesi ülkelerdeki KÖİ uygulamaları hakkında kısa bilgilere yer verilecektir:

Portekiz, kamu özel işbirliğinin yaygın bir şekilde kullanım alanı bulunduğu ülkelerden biridir; Portekiz'deki kamu özel işbirliği uygulamalarının içeriği genel olarak, tasarım, inşaa, yönetim şeklinde özetlenebilir; Portekiz Hükümeti kamu özel işbirliklerini hayata geçirmek, yönetmek ve gerekli denetimleri yapmak için merkezi idare içerisinde aynı kamu özel işbirliği birimi kurmuştur¹¹⁰. 2009 yılı Portekiz'de KÖİ uygulamalarına çokça rastlanan bir yıl olmuştur ve kamu özel işbirliği projeleri ile yürütülen kamu hizmetlerine harcanan bütçe toplam 1 milyar 595 milyon Euro'yu bulmuştur¹¹¹.

¹⁰⁷ GÖKYURT, s. 43.

¹⁰⁸ GÖKYURT, s. 43.

¹⁰⁹ JFSL (2009) verilerine göre 2001 ile 2008 arasında Almanya 40, İspanya 38, Fransa 34 kamu özel ortaklığı sözleşmesine imza atmıştır.

¹¹⁰ GÖKYURT, s. 44.

¹¹¹ ANDRADE, Alexandre / SANTOS, R., Andre, "Public Private Partnership in Portugal- The Legal Structure of the Public-Private Partnership Contract and the Peripheral Contract ", EPPL (European Procurement & Public Private Partnership), S. 1, 2010, s. 47.

İspanya hükümeti, PPP projelerinin kapsamını, topluma daha iyi hizmet verebilmek için genişletmiştir. Bu kapsamda, otopark, toplu taşıma, spor kompleksleri, yaşlı insanların ve kadın derneklerinin desteklenmesine ilişkin hizmetler, PPP projeleri ile topluma sağlanacak hizmetler arasındadır¹¹². Bunun yanında, İspanya'da sağlık alanında birçok kamu özel işbirliği uygulamasına imza atılmıştır, bu projelerin en önemlisi Madrid'deki 9 hastanenin 1.4 milyon Dolara inşa edilmesidir, hastanelerin mülkiyeti devlete aittir, özel hukuk kişileri ile, onlara, çeşitli koşullar altında, belirli miktarda ödeme yapılmasını öngören, uzun süreli sözleşmeler imzalanmıştır¹¹³.

Finlandiya'da uygulanan kamu özel işbirlikleri genelde enerji hizmetine ilişkindir, özel kurallara bağlanmış çeşitli imtiyazlar öngörülmüştür, Finlandiya'da bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir ve genel yasalar ile sözleşme hukuku çerçevesinde yürütülmektedir¹¹⁴.

İsveç'te, yüksek gerilim hatlarının yapımı ve/veya işletilmesi noktasında, enerji hizmetine ilişkin kamu özel işbirliği projelerine ilişkin imtiyazlar vardır. Özel müteşebbis, yüksek gerilim hatlarının yapımı ve/veya işletilmesini ilişkin sözleşme ortağıdır, sadece şebeke faaliyetlerinden sorumludur. Elektrik şebekelerine ilişkin bu imtiyazlar, İsveç Enerji Kurumu veya Hükümet tarafından verilmektedir¹¹⁵.

Norveç, enerji hizmetinin sunumunda imtiyaz usulünün uygulanabileceğini öngörmüştür. Norveç'te enerji hizmetinin sunumuna ilişkin

¹¹² **TORRES, Laurdes / PİNA, Vicente / ACERETE, Basilio**, "Public-Private Partnerships in Spanish Local Governments", *European Business Organization Law Review* 4, 2003, s. 429-452.

¹¹³ **ERSÖZ, Melis**, *Avrupa Birliği ve Türk Huk.1.k.7.1 Işığında Public Private Partnership Uygulamaları*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 9.

¹¹⁴ **TALUS, Kim**, "Enerji'de Kamu Özel Ortaklığı Avrupa'da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının ve İdari İşlemlerinin Sonlandırılması ", *Çev. CANTURK, Gözde*, *TBB Dergisi*, S. 84, 2009, s. 366.

¹¹⁵ **TALUS**, s. 367.

kamu özel işbirliği sözleşmeleri ve bu işbirliklerine konu idari işlemlerin işlevsel yapısı incelendiğinde, bunların kamu hukuku sözleşmelerine çok benzer olduğu görülmektedir¹¹⁶.

Çek Cumhuriyeti'nde de yine, enerji sektörüne ilişkin kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılan KÖİ projeleri vardır; kurulan kamu özel işbirlikleri incelendiğinde bu işbirliklerinin imtiyazlara dayandırıldığı görülmektedir¹¹⁷.

Danimarka ve Hollanda eğitim hizmetlerinin yerine getirilmesinde kamu özel sektör işbirliğinin kullanılmasında yüz yıldan fazla bir geçmişe sahiptir. Son dönemde, eğitim hizmetlerinin yerine getirilmesinde, bazı Afrika ve Asya ülkeleri de özel sektör ile işbirliğine başvurmaktadır. Fakat, yoksul ailelerin çocuklarının da bu hizmetlerden faydalanabilmesi için bu ülkeler, okul maliyetlerini düşük tutmaktadır¹¹⁸.

Avusturya, Belçika, Estonya, Fransa, Portekiz ve İspanya gibi AB ülkelerinin bazılarında, eğitim hizmetinde kamu özel işbirliği uygulamaları henüz tartışma aşamasındadır; bir önceki paragrafta bahsedilen Danimarka ve Hollanda'nın yanında Almanya, Macaristan ve İrlanda'da da eğitim hizmetinde çok sayıda kamu özel işbirliği projesi geliştirilmiş ve bu projelerin birçoğu da tamamlanmıştır¹¹⁹. Nitekim, İrlanda'da eğitim sektöründe kamu özel işbirliği uygulamalarına ilişkin, 2012 yılının Nisan ayında çeşitli düzenlemeler yapmış ve 7 yıllık bir kamu özel işbirliği bütçe planı çıkartmıştır¹²⁰.

¹¹⁶ TALUS, s. 369

¹¹⁷ GÜRKAN, s. 52.

¹¹⁸ BARRERA- OSORIO, Felipe / PATRINOS, Harry Anthony / GUAQUETA, Juliana, The Role and Impact of Public-Private Partnerships in Education, Washington 2009, s. 16.

¹¹⁹ SARISU, Ayhan, Kamu & Özel İşbirlikleri (Public Private Partnership-PPP), Ankara, 2009, s. 214.

¹²⁰ GÜRKAN, s. 54.

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

E. DİĞER ÜLKELER

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

Avustralya'da, kamu özel işbirliğine ilişkin genel bir yasa olmakla birlikte¹²¹, kamu özel işbirlikleri piyasa riskinin tümüyle özel sektörde olduğu hapishane, hastane ve okul gibi altyapıları kurmak için kullanılmaktadır; kamu özel işbirlikleri Federal Hükümet adına Maliye ve İdare Bakanlığı tarafından kontrol edilmektedir¹²².

Japonya'da su - atık yönetimi, eğlence tesisleri, sağlık, eğitim ve toplu konut gibi bazı sektörlerde önemli kamu özel işbirliği sözleşmeleri imzalanmış olmakla birlikte, kamu özel işbirliği projelerinin en çok uygulandığı yatırımlar, demiryolu hizmetleridir¹²³; Japonya kamu özel işbirlikleri için 1999 yılında bir teşvik yasası çıkartmış ve kamu özel işbirliği projelerini desteklemiştir¹²⁴. Eğitim, kamu özel işbirliklerinin uygulandığı bir diğer alandır, bu alanda, birçok kamu özel işbirliği pro-

¹²¹ GÜRKAN, s. 54.

¹²² SARISU, s. 240

¹²³ GÖKYURT, s. 45.

¹²⁴ SARISU, s. 242-243.

jesi geliştirilmiş, bu projelerin birçoğwmn uygulamasına başlanmıştır¹²⁵. Dünyada, eğitim hizmeti alanında kamu özel işbirliği uygulamalarını, İngiltere'den sonra en çok hayata geçiren ülke Japonya'dır¹²⁶.

Kanada'da, İngiliz Kolombiyası en çok KÖİ faaliyetinin yapıldığı yer olmuştur; Denizden Gökyüzüne Otoyol, Vancouver Hızlı Geçişi ve Richm1ond Havaalanı projeleri, 2004 yılından bu yana, ünlü KÖİ uygulamalarıdır¹²⁷. Kanada'da kamu özel işbirliği konularında hükümete tavsiyelerde bulunan, Kamu Özel İşbirliği Birimi (Agence des Partenariats Public Prive), kurulmuştur¹²⁸. Bunun yanında, Kanada Kamu Özel Sektör İşbirlikleri Konseyi (The Canadian Council for Public-Private Partnerships), 1993 yılında, kamu özel ortaklığı projelerinin ilerlemesini sağlamak için kurulmuş, kar amacı gütmeyen ve siyasi bir kimliği olmayan bir kuruluştur¹²⁹.

Rusya, dünyada kamu özel işbirliği projelerinin yaygınlaşmasına rağmen, çok az sayıda kamu özel işbirliği projesi uygulayan ülkelerden biridir¹³⁰; geçmişte meşhur kamu özel işbirliği örneklerinden Trans - Siberian demiryollarına ev sahipliği yapmış ülkede, 2005 yılında yürürlüğe giren İmtiyaz Kanunu dışında herhangi bir kamu özel işbirliği düzenlemesi yoktur¹³¹.

Güney Afrika, kamu özel işbirliği projelerini 2000 yılından beri etkin bir şekilde uygulamaktadır; ülkede sağlık, konut, turizm ve hapis-hane gibi çok çeşitli hizmet alanında kamu özel işbirliği uygulamaları vardır¹³². Bu ülkede merkezi bir kamu özel işbirliği teşkilatı mevcuttur,

¹²⁵ GÜRKAN, s. 55

¹²⁶ SARISU, s. 216.

¹²⁷ **The Canadian Council for Public-Private Partnerships**, Public-Private Partnerships: A Guide for Municipalities, Kanada 2011, s. 60.

¹²⁸ GÖKYURT, s. 45.

¹²⁹ **The Canadian Council for Public-Private Partnerships**, s. 6.

¹³⁰ GÖKYURT, s. 45.

¹³¹ **BUTTON, Maurice**, A Practical Guide to PPP in Europe, Londra 2006, s. 325.

¹³² **GÖKYURT**, s. 45.

sağlam bir yasal temele dayanan bu teşkilat, kamu özel işbirliği faaliyetleri ve iş akışını izlenmektedir¹³³.

Meksika, kamu özel işbirliği projelerinin yaygın olduğu bir başka ülkedir. Demiryolu, temiz/atık su ve havaalanı projeleri, bunların başında gelmektedir; kamu özel işbirliği benzeri uygulamaların söz konusu olduğu diğer sektörler; hapisane, eğitim, sağlık, ve karayolu projeleridir¹³⁴. Meksika'da, federal seviyede, kamu özel işbirliğine ilişkin yönetmelikler, kabul edilmiştir ve mevcut yasalar kamu özel işbirliği karakteristiğine uygun hale getirilmiştir¹³⁵. Meksik' da kamu özel işbirliği projeleri, Başkanlık ve Maliye Bakanlığı tarafından aktif bir şekilde desteklenmektedir¹³⁶.

Yukarıda verilen örnek ve bilgileri çoğaltmak mümkündür. Örneğin; Şili ve Malezya'da ise çok sayıda kamu özel ortaklığı projesi geliştirilmiş, uygulanmaya başlanmış ve bu projelerden birçoğu da tamamlanmıştır¹³⁷. Bununla birlikte, biz buraya kadar anlattıklarımızın, kamu özel işbirliğinin dünya genelindeki uygulama örnekleri ile ilgili fikir vermek için yeterli olduğu kanaatindeyiz. Şimdi kamu özel işbirliği modellerinden bahsedecğiz.

II. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELLERİ

Daha önce de farklı şekillerde değinildiği üzere, hizmetin, sektörün, projenin, tarafların, siyasi etkileşimin, konjonktürün ve sair faktörlerin gereklerine göre ve diğer birçok farklı bileşenin iktisadi ve başka çeşit faydalar elde edebilecek şekilde birleşmesi niteliğinde olan kamu özel

III SARISU, s. 242.

II GÖKYURT, s. 46.

135 GÖKYURT, s. 46.

136 IMF, s. 35-36.

137 GÜRKAN, s. 55.

işbirliklerinde birbirinden farklı pek çok model yaratılması mümkündür¹³⁸. Aşağıda bu modellerin isimleri sıralandıktan sonra, yaygın olan birkaç tanesine daha detaylı değinilecektir. Şunu unutmamak gerekir ki, kamu özel işbirliklerinin niteliği gereği, sınırsız model üretilmesi mümkündür¹³⁹. Nitekim bunun bir sonucu olarak, kamu özel işbirliği için pek çok farklı model geliştirilmiştir ve geliştirilmeye devam edilmektedir.

KÖİ şemsiye bir kavramdır, pek çok modeli içinde barındırır. Bir şemsiye kavram olan kamu özel işbirliğinin dünya literatüründe kabul görmüş bir kavram olmakla birlikte herkesçe kabul edilen bir tanımının olmadığına önceki bölümlerde değinmiştik. Bunun bir sonucu olarak, dünyada hangi modellerin KÖİ modeli olduğu konusunda da görüş birliği yoktur¹⁴⁰. Devletler, Dünya Bankası ve IMF gibi uluslararası aktörler, ihtiyaçların, idari yapıların, kamu hizmeti anlayışlarının farklı olması nedeniyle, birbirinden farklı modelleri KÖİ kapsamında kabul etmektedirler¹⁴¹. Aşağıda öncelikle, dünya genelinde KÖİ modeli adı altında uygulanan modellere ismen yer verilecek, ardından hemen tüm dünya genelinde KÖİ modeli olarak kabul edilen birkaç başlıca model daha ayrıntılı açıklanacaktır.

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

¹³⁸ KEŞLİ, s. 266.

¹³⁹ KEŞLİ, s. 266.

¹⁴⁰ EVREN, s. 347.

¹⁴¹ EVREN, s. 347

- Yap Sahip Ol İşlet (*Build-ol, vn-operate*)
- Yap Geliştir İşlet (*Build-develop-operate*)
- Yap İşlet Devret (*Build-operate-transfer*)
- Yap Sahip Ol İşlet Devret (*Build-own-operate-transfer*)
- Yap Kirala Devret (*Build-rent-transfer*)
- Yap Kirala Sahip Ol - Devret (*Build-rent-own-transfer*)
- Yap Kirala İşlet Devret (*Build-lease-operate-transfer*)
- Yap Devret İşlet (*Build-transfer-operate*)
- Al Yap İşlet (*Buy-build-operate*)
- Kirala Sahip Ol İşlet (*Lease-own-operate*)-veya Kirala Geliştir İşlet (*Lease-develop-operate*)¹⁴²

Bu noktada, tekrar şu hususu vurgulamak isteriz ki; yukarıda sıralanan modellerin üzerinde uzlaşmış tanımları yoktur, bunun yanında her bir model de, ülkeden ülkeye veya hizmetten hizmete farklılık gösterebilmektedir¹⁴³.

Doktrinde, modellerin çok çeşitli olmasının KÖİ projelerinde esneklik sağlayacağı, bu sebeple, kamu özel işbirliklerine ilişkin olarak hazırlanacak kanunlarda model sınırlaması getirilmemesi ve idarenin dilediği modeli kullanmasının önünün açılmasının daha doğru olacağı yönünde görüş mevcuttur¹⁴⁴. Esasen modellerin isimlendirilmesi noktasında da görüş birliği yoktur; örneğin yap işlet devret modelinin kimi

¹⁴² GÖKYURT, s. 51; EVREN, s. 349-351.

¹⁴³ DELMON, Jeffrey, Understanding Options For Public-Private Partnerships in Infrastructure Sorting Out The Forest From The Trees: BOT, DBFO, DCMF, Concession, Lease..., 2010, s. 8.

¹⁴⁴ YESCOMBE, s. 16.

zaman "tasarla yap işlet bakımını yap" olarak adlandırıldığı da olmaktadır¹⁴⁵.

Yukarıda sıralanmış bulunan KÖİ modeli isimlerinden yola çıkarak bir çıkarım yapmak gerekirse, şu söylenebilir ki, KÖİ modeli olarak kabul edilen yöntemler isimlendirilirken, projelerin özel sektöre devredilecek unsurları harmanlanmakta, bu yolla isimlendirmektedirler¹⁴⁶. Ne var ki, modellerin ismiyle özel sektöre devredilen proje unsurları arasında da her zaman tam ve eksiksiz bir uyumdan söz etmek mümkün değildir. Bazı modellerde "finansman" unsuru ismen belirtilirken, bazılarında belirtilmemekte; ancak yine de, hemen her modelde, finansman sağlama yükümlülüğü özel sektörde olmaktadır. Örneğin; yap işlet devret, yap işlet veya yap kirala devret modelleri isimlendirilirken, finansman unsuruna açıkça yer verilmemiştir, ancak modellerin ortaya çıkışında yatan temel gerekçelerden biri özel sektör finansmanıdır. Benzer başka bir örnek ise; yap işlet devret modelinde işletme süresi boyunca tesislerin bakım ve yenileme yükümlülüğü proje şirketine ait olmakla birlikte, modelin isminde bakım unsurunun yer almamasıdır. Tesislerin bakımını yapmanın, proje şirketinin tesisleri işletebilmesi için gerekli bir yükümlülük olduğu söylenebilecekse de, bu durum, bakım unsuruna isimlendirmede yer verilmediği gerçeğini değiştirmemektedir. Kamu özel işbirliklerinin temel özelliklerinden biri olan ve isimlendirmede vurgulanmayan bir diğer önemli unsur da "risk dağılımı"dır¹⁴⁷.

Buraya kadar yapılan açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde, şunu söylemek mümkündür; taraflara yüklenen hukuki sorumlulukların

¹⁴⁵ ADAIR, A. / BERRY, J. / GULATI, M. / HARAN, M. / HUTCHINSON, N. / KASHYAP, A. / MCCORD, M. / MCGREAL, S. / OYEDELE, J. / TIWARI, P., The Future of Private Finance Initiative And Public Private Partnership, Research Report, London 2011, s. 94.

¹⁴⁶ EVREN, s. 321.

¹⁴⁷ YESCOBE, s. 13.

ne olduğu ve sözleşmenin niteliğini tespit etme noktasında, sözleşmenin adının bir önemi yoktur, sözleşmenin hükümlerini incelemek gerekir. Kamu özel işbirliklerinde, bütün ihtiyaçları karşılamaya uygun tek bir model yoktur, hangi modelin kullanılması gerektiği, çeşitli esaslar göz önünde bulundurularak, idare tarafından belirlenmelidir. Her modelin artıları olduğu gibi eksileri de vardır. İdare; hizmetin özelliklerini, teknolojik gelişmeleri, ülkenin politik, hukuki, sosyokültürel durumunu, özel sektörün gelişmişlik düzeyini, projenin teknik ve mali özelliklerini göz önünde bulundurarak ihtiyacına göre kullanacağı modeli seçmeli, gerekirse yaratmalıdır¹⁴⁸. Bu noktada şunu da belirtmek isteriz ki, KÖİ projelerinde başarı için gerekli kriterler genel olarak, dengeli risk dağılımı, etkili hukuki düzenlemeler ve proje öncesi yapılan ve "due-diligence" olarak isimlendirilen sürecin gereği gibi yapılmasıdır¹⁴⁹.

Yukarıda sıralanan pek çok model içinden en fazla kullanılanları, aşağıda daha detaylı incelenmiştir. Şu unutulmamalıdır ki, bu modellerin hepsinin belirli unsurları içermesi gerekmektedir, sadece özel sektörün katılmış olması bir yatırım modelinin KÖİ olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Örneğin, sadece bir tesisin yapımını içeren bir uygulama KÖİ olarak değerlendirilemez¹⁵⁰.

1-18 **ESCAP**: A Guidebook On Public-Private Partnership in Infrastructure, Bangkok 2011, s. 10.

1-19 **KERSCHBAUMER, Katja**, "Public Private Partnerships in Eastern Europe: Case Studies From Lithuania Republika Srpska And Albina", Eurohealth, Volume 13, London 2007.

ISO **YESCOBE**, s. 5.

1. YAP İŞLET DEVRET

Normal şartlar altında kamu idareleri tarafından yürütülen ve kamu hizmeti niteliğinde olan altyapı tesislerinin; özel sektör tarafından finanse edilmesi ve kurulmasını, özel sektörün yatırım maliyeti amortismanı ve ekonomik fayda sağlamak amacıyla kamusal hizmeti belirlenen süre işletmesini ve daha sonra da herhangi bir bedel talep etmeden idareye devrini/teslimini öngören yöntem, Yap İşlet Devret (YİD) modeli denir¹⁵¹. YİD modelinde idare tarafından seçilen bir özel kişi tarafından, bir altyapı tesisi finanse edilmekte, tasarlanmakta, yapılmakta, işletilmekte ve belirlenen sürenin bitiminde idareye veya ihaleyle belirlenecek yeni bir özel kişiye devredilmektedir¹⁵². 1980'li yıllardan itibaren ekonomide kamu payının azaltılması düşüncesi ve özelleştirme akımının etkisi, ayrıca özel sektörün bilgi ve birikiminden, finansal kaynaklarından yararlanma gibi sebeplerle YİD modeli ortaya çıkmıştır. Hem merkezi idare hem de yerel yönetimler YİD modelini uygulamaktadır¹⁵³. YİD modeli en bilinen modeldir ve hatta kamu özel işbirliklerinin temel modelidir¹⁵⁴. Nitekim doktrinde diğer modellerin YİD modelinden türediği şeklinde bir görüş¹⁵⁵ mevcut olup çeşitli eserlerde, YİD ve benzeri modeller şeklinde ifadelere yer verilmiştir¹⁵⁶. Sözleşme süresinin bitimini müteakip, özel şirket tarafından kurulan ve işletilen

¹⁵¹ GÜNDAY, Metin, İdare Huk.'1.lku, Ankara, 2017, s. 670.

¹⁵² UNCITRAL, Legislative Guide On Privately Financed Infrastructure Projects, New York, 2001, s. 5; EIC, EIC White Book on BOT/ PPP, Germany 2003, s. 35.

¹⁵³ KUBİLAY, İlkey Sanem, Kamu Özel İşbirliği Projelerinde Üst Hakkı Şehir Hastanesi Örneği, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 70.

¹⁵⁴ GRIMSEY, Darrin / LEWIS K. Mervyn; "Developing a Framework for Procurement Options Analysis", Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships, New York 2009, s. 410.

¹⁵⁵ ADB, s. 27.

¹⁵⁶ YILMAZ, Osman: Yap İşlet Devret Modeli Ve Türkiye Uygulaması, (Yayımlanmış DPT Uzmanlık Tezi), Ankara 1999, s. 44.

hizmetler, borçtan arındırılmış ve çalışır vaziyette ilgili kuruma devredilmektedir. Bu modelin amaçlarından biri de ileri teknoloji ve yüksek sermaye gerektiren kamusal hizmetin, kamuya yatırım maliyetinin azaltılmasıdır¹⁵⁷. Şirketler finansmanı kendileri sağlayacak olmalarına rağmen, YİD kapsamındaki yatırımların inşasını tamamladıktan sonra, belirli bir süre işletilmesi sonucunda kar elde edecek olmaları nedeniyle, bu tür yatırımları gerçekleştirilmeyi üstlenmek isterler. Özel sektör tarafı projeyi fizibil bulması durumunda yatırım yapacak ve yaptığı yatırımları işletme döneminde karıyla birlikte geri alacaktır. Yine de şirketin zarar etmesi ihtimali de mevcut olup, bu durum esas itibariyle kamu idaresini ilgilendirmemektedir. Ancak ülkemizde çoğu YİD projesinde, sözleşmenin tarafı olan kamu idaresi veya hazine tarafından, çeşitli garanti mekanizmalarıyla özel sektörün bu riski paylaşmakta, hatta çoğu durumda özel sektörün zarar etme riski ortadan kaldırılmaktadır. Ülkemizde en çok kullanılan KÖİ modeli yap işlet devrettir¹⁵⁸. Ülkemizde YİD modeli hakkında çok sayıda düzenleme yapılmış olup, en çok ulaşım sektörü için kullanılmaktadır. Modelin ülkemizde ulaşımdan sonra ağırlıklı olarak uygulandığı sektör enerjidir¹⁵⁹. Bu modele ilişkin daha detaylı açıklamalar, çalışmamızın İkinci Bölümünde yapılacaktır.

2. YAP İŞLET

Mülkiyeti öze] sektöre ait olan tesisin, kurulmasını, işletilmesini ve işletme süresince üretilen bu hizmetin belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde devlet tarafından alınmasını düzenleyen model, Yap İşlet (Yİ) modelidir¹⁶⁰. Yap Sahip ol İşlet olarak da adlandırılmaktadır. Yap işlet

¹⁵⁷ KUBİLAY, s. 72.

¹⁵⁸ Kalkınma Bakanlığı, Dünyada ve Türkiye'de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler, Ankara 2017, s. 25.

¹⁵⁹ ERSÖZ, s. 161.

¹⁶⁰ KEŞLİ, s. 266.

usulünün diğerk çoğumodelden ayrıldığı nokta, kurulacak altyapı tesisinin mülkiyetinin özel şirkete ait olması ve bu tesisin sonradan kamu idaresine devredilmesinin zorunlu olmamasıdır¹⁶¹. Yani, tesislerin mülkiyeti özel sektördedir ve idarenin tesisleri devralma veya satın alma gibi bir yükümlülüğü yoktur¹⁶². Yap işlet modeli özel sektörün finansman sağladığı, tesislerin tasarımı, yapımı, bakımı ve işletmesi işlerini üstlendiği modeldir. Bu modelde özel sektör projenin mülkiyetine de kendisi sahiptir¹⁶³. Bu model genelde, elektrik üretim tesisi kurma ve işletme hizmetlerinin ruhsat ve sözleşme karışımı bir usul ile özel şirketlere gördürülmesi ile karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁴. Nitekim, bu model Amerika'da geliştirilen enerji satın alma sözleşmelerinin de, ilk türüdür¹⁶⁵. Yap işlet modeli kapsamında gördürülecek hizmetler için, ayrıcalıklı şirketler yaratıldığı gerekçesi ile, rekabet açısından eleştirilere maruz kalmış bir modeldir¹⁶⁶.

Belirli bir işletme dönemi sonrasında kamuya devredilen tesislerin kamuya bir yararının olmayacağını öne sürerek, yap işlet devret modelinin zamanla yap işlet modeline dönüşmeye başladığını/başlayacağını belirtenler olsa da¹⁶⁷, biz bu görüşe katılmamaktayız. Esasen bu durum doğru planlama, sunulması söz konusu hizmet için en uygun modelin seçilmesi, ile ilgilidir. Doğru kamu özel işbirliği modellerinin doğru sektörlerde uygulanması halinde, böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, şirketin tesisin sahibi olmasının ve süresiz olarak tesislerin işletilmesinden hasılat elde etmesinin, özel sektörün bu projelere katılımını artıracığı yönünde kayda değer bir görüş

¹⁶¹ ERSÖZ, s. 158.

¹⁶² United States General Accounting Office (GAO): Public-Private Partnerships, Tem1s Related to Building and Facility Partnerships, Washington 1999, s. 3.

¹⁶³ ADAIR, A. ve diğerleri, s. 94.

¹⁶⁴ GÜNDAY, s. 328.

¹⁶⁵ YESCOBE, s. 7.

¹⁶⁶ ERSÖZ, s. 158.

¹⁶⁷ KEŞLİ, s. 470.

bulunmaktadır¹⁶⁸. Ancak devletler genelde, yap işlet devret modelini bu modele tercih etmekte ve özel hukuk kişinin işletme faaliyetlerine devam etmesini istiyorsa, sözleşme süresinin sonunda şirketlerle tekrar sözleşmeye oturma yolunu seçmektedirler¹⁶⁹. Esasen bize göre, devletler için karlı olan da budur.

Modelin amacının idarenin ihtiyaç duyduğu altyapı ve tesislerin oluşturulmasında özel sektör finansmanından yararlanmak olduğuna şüphe yoktur; ancak kamu özel işbirliklerinde devir unsurunun zorunlu olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur, bu görüşe göre yap işlet modelinde, tesislerin mülkiyeti özel sektörde kalmakta ve idare bu tesislere hiçbir zaman sahip olamamaktadır, bu nedenle bu modelin KÖİ modeli olarak değerlendirilmemesi gerekir. Bu görüşü savunanlar görüşlerini KÖİ uygulamalarının amacı, idarenin o anda mali kaynakları ile yerine getiremediği altyapı tesislerinin zaman kaybetmeden yapılmasıdır, savunması ile temellendirmektedirler¹⁷⁰. Ancak kolayca anlaşılacağı üzere, bu görüş kendi içinde çelişmektedir.

Kaldı ki, kimi yatırımların, kullanım ömrü, sözleşme süresi kadardır. Bu yatırımlar bakımından, YİD modeli uygulanması durumunda, işletme süresinin bitiminde kamuya devredilen yatırımın uzun vadeli bir katkısının bulunmayacağı düşünülüyor durumlarda, Yİ modelinin kullanılmasının daha uygun olacağı açıktır¹⁷¹. Önemli olan kamunun bu hususu doğru şekilde analiz edip, kendisi için en avantajlı yöntemi seçmesidir. Uygulamada, işletme süresinin bitiminde müteahhit

¹⁶⁸ KEŞLİ, s. 470.

¹⁶⁹ YERLİKAYA, Gökhan Kürşat, Yap İşlet Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara 2002, s. 43.

¹⁷⁰ EVREN, s. 359.

¹⁷¹ BAYAZIT, s. 137.

tesisi tahliye edebildiği gibi, istenilmesi ve anlaşılması halinde, işletme süresi yeni şartlarla uzatılabilmektedir'¹⁷².

3. YAP KİRALA DEVRET

Yap Kirala Devret (YKD) modelinde, özel kişiler proje konusu tesisi inşa etmekte ve bu tesisi belirli bir süre için ve belirli bir bedel üzerinden kamu idaresine kiralamakta, ayrıca tesisin işletmesini üstlenmektedir¹⁷³.

Proje şirketi sözleşmeye konu eseri yapmakta, sözleşme süresi boyunca sözleşmede kararlaştırılan hizmetleri ifa ederek eseri işletme hakkına sahip olmakta, ayrıca yaptığı eseri kamu idaresine kiralayarak idare tarafından kira bedeli adı altında ödeme almaktadır¹⁷⁴. Yani tesisi kiralayan kamu idaresi, tesisi yapan şirketlere hem kira ödemesi yapmakta hem de tesiste verilecek "çekirdek hizmet" dışındaki hizmetlerin ifasını bu şirketlere devretmektedir¹⁷⁵. Tesisin, sözleşmede belirlenen sürenin sonunda kamu idaresine devri gerçekleşmektedir.

Yap kirala devret modeli kapsamında kurulacak tesisin yurt binası, okul ve hastane olmasına göre, yapılacak yatırım ve yürütülecek faaliyetler dolayısıyla tarafların akdettiği sözleşmenin içeriği ve hukuki niteliği farklılık gösterse de, özünde yap işlet devret modelinde olduğu gibi, yap kirala devret sözleşmeleri de bir eser inşa edilmesi ve onun kiralanması esasından dizayn edilecektir¹⁷⁶. YKD modelinde, kamu

¹⁷² **KALÇA, Adem**, "Yap İşlet Devret (YİD) Modeli ve Türkiye Uygulamaları", Banka ve Ekonomi Yorumları Dergisi, Y. 35, S.5, 1998, s. 29.

¹⁷³ **KEŞLİ**, s. 277.

¹⁷⁴ **KARAGÖZ, Dilek**, Sağlık Sel-1öründe Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 16.

¹⁷⁵ **ERBAŞ, Özgür/ YAVUZ, Cavit Işık/ İLHAN, Bayazıt**, s. 8.

¹⁷⁶ **KARAGÖZ**, s. 16.

hizmetinin yürütülmesi için hazine mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde, özel sektör lehine bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmekte, inşa edilecek yapılar özel sektör tarafından yapılmakta ve kamuya kiralanmaktadır¹⁷⁷.

Yap kirala devret için doktrinde yapılmış buraya kadar anlatılanları kapsayıcı bir tanım vardır: "*Yap kirala devret, kamu ile özel sektör arasında akdedilen bir sözleşme çerçevesinde, bir eserin özel sektör tarafından finanse edilerek yapıldığı, çekirdek hizmet alanının belirli bir süre için idareye kiralandığı, gerekli hallerde yatırım kapsamındaki diğer mal ve hizmet üretim birimlerinin kısmen veya tamamen yüklenici tarafından işletildiği ve yapının mülkiyetinin, kira dönemi sonunda sözleşmede düzenlenmesi durumunda kamuya geçtiği modeldir.*"¹⁷⁸. Şunu da belirtmek gerekir ki, yapılacak olan yapının tasarımının da, taraflar arasındaki anlaşma uyarınca, özel sektöre bırakıldığı durumlar mevcuttur.

Bu noktada, YKD modelinin bir özel finansman girişimi örneği olduğunu da belirtmek gerekir. Zira, kamu hizmetlerinin geliştirilmesinde ve modernleştirilmesinde önemli yeri olan bir KÖİ modeli olan, özel finansman girişiminde (private finance initiative-PFI), kamusal mal, yapının kontrolü, sorumluluğu ve mülkiyeti yükleniciye ait olmaktadır. Detaylarında farklılıklar göstermekle birlikte, genelde proje şirketleri, PFI projelerinde, kamu binalarının, hastane, okul gibi inşa edilmesi, yenilenmesi ya da tamir edilmesi için kendi finansmanları ile yatırım yapmakta, işletme süresince, temizlenmesi ve bakım, onarımın yapılması, gibi sorumlulukları üstlenmektedir; sözleşme ile kararlaştırılan standartlar sağlandığı sürece, idareler, bu tesisleri kullanmak için aylık üc-

¹⁷⁷ KUBİLAY, s. 73.

¹⁷⁸ BAYAZIT, s. 138.

ret öderler ve sözleşme süresinin sonunda ise binaların kontrolünü kazanırlar. YKD modelini tekrar tanımlarsak, benzerlik daha kolay anlaşılacaktır. Hatırlanacağı üzere, özel sektörün tesisi yaptığı, fiziksel donanımını sağladığı, belirlenen süre boyunca belirlenen alanları işlettiği, ve sonunda tesisi kamuya devrettiği, idarenin ise, her yıl özel sektöre kira ödediği, ve başkaca kararlaştırılan ödemeleri yaptığı model, Yap Kirala Devret modelidir¹⁷⁹.

İV. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN UYGULANMA NEDENLERİ

Kamu özel işbirliklerinin devletler tarafından kullanılma nedenlerinden birkaçı: Kaynak bulmak, devlet borçlanmasını azaltmak, tasarruf sağlamak, maliyetleri azaltmak; risk dağılımı ve bütçe dengesini sağlamak; özel sektörün ticari ve teknik bilgi ve becerisini kamu hizmetlerine aktarmaktır¹⁸⁰.

Daha önce anlatıldığı üzere, esas itibariyle geçmişte çok eski zamanlara dayanmakta olan kamu özel işbirliklerinin tekrar gündeme gelmesindeki en önemli etken, ekonomik ve sosyal sorunlardır. Bu sorunlar "bütçe açığı", "güven açığı" ve "performans açığı" şeklinde "üç açık" olarak nitelendirilmektedir¹⁸¹. Bu üç açığa kısaca değinmek gerekirse: Ülkelerin karşı karşıya oldukları "bütçe açıkları" ve dünyada yavaşlayan büyüme oranları nedeniyle kamu idareleri, altyapı yatırımlarını gerçekleştirmede zorlanmış ve alternatif finansman kaynakları arayışına

¹⁷⁹ TC Cumhurbaşkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı, s. 24.

¹⁸⁰ GÜZELSARI, s. 43.

¹⁸¹ ALİCAN, s. 14 vd.

gitmişlerdir¹⁸². "Performans açığı" kavramı ise, devletlerin sınırlı kaynakları yanlış kullanmaları ile ilgilidir. Şöyle ki, devletler aldıkları vergileri, idari yapılanma ve işleyişten dolayı verimsiz kullanmış ve budurum performans açığını beraberinde getirmiştir¹⁸³. Üçüncü olarak "güven açığı", kamu kaynaklarının kullanılmasında ve kamu hizmetlerinin sunulmasında karşılaşılan yolsuzluk ve kayırmacılık nedeniyle ortaya çıkmıştır¹⁸⁴.

Elbette, KÖİ modellerinin kullanılmasında ve yaygınlaşmasında, sosyo-ekonomik gerekçelerin yanında, siyasi gerekçelerin de yadsınmaz bir payı vardır; özellikle 1980 sonrası dönemde dünya genelindeki yaygın politikalar, devletin kamu hizmetlerinden çekilmesini, kamu hizmetlerinin özel sektöre açılmasını ve yabancı özel sektör sennayesinin ülkeye girmesini amaçlamaktadır¹⁸⁵. Bu dönemde KÖİ uygulamalarının yaygınlaştırılmasında, iş çevrelerinin başarılı lobi faaliyetlerini¹⁸⁶ yanı sıra, AB, OECD, IMF, Dünya Bankası gibi pek çok uluslararası organizasyonun "teşviki", etkili olmuştur¹⁸⁷. Adı geçen kurumların savunduğu görüş, devletin küçültülmesi¹⁸⁸ ve yerini piyasa güçlerine terk etmesidir¹⁸⁹. Özel sektör ve kamu idaresi arasında yapılacak olan

¹⁸² ALİCAN, s. 14; *Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, bazı ülkelerde (İngiltere, Hollanda gibi) KÖİ modellerinin kullanılmasında sol görüşlü yönetimlerle sağcı yönetimler arasında önemli bir farklılık yoktur; Örneğin İngiltere için Blair hükümeti, kendinden önceki sağ hükümetlerin KÖİ uygulamalarını devam ettirmiştir.*

¹⁸³ EVREN, s. 37.

¹⁸⁴ ALİCAN, s. 16.

¹⁸⁵ EVREN, s. 38.

¹⁸⁶ TÜSİAD, 1980 Sonrası Ekonomide Kamu-Özel Sektör Dengesi TÜSİAD Raporu, İstanbul 1988, s. 1; CEE Bankwatch Network, Never Mind The Balance Sheet / The Danger Posed By Public - Private Partnerships In Central And Eastern Europe, Prag 2008, s. 8.

¹⁸⁷ KARASU, Koray, "Yeni Kamusal Örgütler: Kamu Yaran Şirketleri", AÜSBFD, C. 64, S. 3, s. 119; ŞAHİN, Mehmet/ UYSAL, Özge, s. 156.

¹⁸⁸ KARASU, Sağlık, s. 166; AKDOĞAN, Muzaffer: "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri Ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi", İÜHFİM, C. 72, S. 2, 2014, s. 684.

¹⁸⁹ SARISU, s. 53.

risk paylaşımı ve bu sayede özel sektör lehine piyasa kurallarından belirli ölçüde sağlanacak bağışıklık, özel sektörün kamu özel işbirliklerini desteklemesinin en önde gelen sebebidir⁹⁰.

Konuya ülkemiz açısından baktığımızda ise, kamu hizmetinin en etkin, verimli ve hızlı biçimde yürütülmesi; özel sektörün teknolojik olanaklarından, deneyiminden, mali kaynaklarından yararlanılması, Danıştay'a göre, KÖİ 111 odellerinden beklenen faydalardır¹⁹¹. Ayrıca, Türkiye'de kamu özel işbirliklerinin sadece enerji, ulaşım gibi hizmetlerde değil kültürel kamu hizmetlerinde de kullanılacağı belirtilmiştir¹⁹². Esasen bu uygulamaya fikir olarak doğrudur. Zira, sosyal devletlerin sunduğu yegane kamu hizmetleri büyük altyapı, üstyapı yatırımlarından ibaret değildir, kamu özel işbirliklerinin insana dokunan alanlarda da kullanılması gerekir. Ancak, hizmetten yararlananlardan ücret alınmadığı veya çok az ücret alınabildiği evde bakın, kütüphane, spor gibi hizmetlerde işbirliğine, özel sektörün ne derece yanaşacağı belirsizdir, zira özel sektör, altyapı yatırımlarını gerçekleştirmeye daha fazla isteklidir¹⁹³.

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

¹⁹⁰ GÜZELSARI, s. 49.

¹⁹¹ ÖNDER, Tekin M., "Özelleştirme Uygulamalarına ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları", Ankara 2006, s. 467: TC Danıştay 10. D. 08.06.2004 T. E. 2002/2288, K. 2004/5401.

¹⁹² EVREN, s. 39: "5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu kültür alanında kamu özel sektör işbirliği adına önemli bir açılım sağlamış olmakla birlikte, bu alanda sponsorluk uygulaması, henüz istenen seviyeye ulaşmamıştır. Bununla birlikte Kültür ve Turizm Bakanlığı ile çeşitli özel sektör kuruluşları arasında imzalanan protokollerle 2 adet müze yapımı ve İstanbul AKM onarımının önemli bir kısmının özel sektör kuruluşlarınca karşılanması karara bağlanmıştır. " "Kültürel hayatın canlandırılması ve kültürel faaliyetlerin ülkenin bütününe yaygınlaştırılması amacıyla, yerel nitelikteki kültür hizmetlerinin yerel yönetimlere devredilmesi ve kültür alanında kamu-özel sektör işbirliğinin güçlendirilerek geliştirilmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda devletin kültür ve sanat alanındaki hizmet sunum rolünün bu alanı düzenleyen ve destekleyen bir yapıya dönüştürülmesi önemli görülmektedir".

¹⁹³ EVREN, s. 39.

çağın ve teknolojinin gerekleri karşısında toplumun genel refahının artırılmasında etkili ekonomik araçlar olduğunu söyleyenler de vardır¹⁹⁴. KÖİ uygulamalarını çağın bir gereği olarak değerlendirenler, bu uygulamaların, bilimsel olarak gerekli olduğu şeklinde bir savunma getirip, siyasetten soyutlamaktadır¹⁹⁵.

V. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİNİN GEREKLİLİĞİ

Çoğu durumda, hükümetlerin, devletlerin ekonomi alanındaki en önemli iki hedefi, ekonomik gelişmenin devamını ve sürdürülebilir kalkınmayı sağlamaktır. Bunun yanında, sosyal devletler, tüm kamu hizmetlerinin gerek merkezi gerekse yerel yönetimler eliyle bütün vatandaşlarına ulaşmasını hedeflerler¹⁹⁶. Sosyal devlet kavramı giderek gelişmekte, sosyal devlet ilkesi kapsamında devletlerce sunulması beklenen hizmetlerin niceliği ve niteliği her geçen gün artmaktadır. Örneğin altyapı yatırımları bakımından; sosyal devlet anlayışının gelişmesi ile birlikte, bireylerin altyapı yatırımlarına olan ihtiyacı artmakta, altyapı kapsamında sunulması beklenen hizmetlerin de hem miktarı hem kalitesi artmaktadır¹⁹⁷. Elbette ki, bunun bir sonucu olarak, halihazırda vatandaşlara sunulmakta olan mevcut altyapı yatırımlarının yenilenmesi gereği ortaya çıkmaktadır ve nitelik ve nicelikteki artış beklentisi ile birlikte, sürekli yeni maliyetler ortaya çıkmaktadır. Bu durum kamu ke-

¹⁹⁴ HALL, David / DE LA MOTTE, Robin / DAVIES, Steve: "Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)", Working Paper of Public Services International Research Unit, 2003, s. I, <https://wviw.epsu.org/article/terminology-public-private-partnerships-ppp>, (Erişim Tarihi: 15.05.2021); BAYTAN, İlhan, Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları, Genişletilmiş, Ankara 2009, s. 23.

¹⁹⁵ EVREN, s. 39.

¹⁹⁶ GÜRKAN, s. 30.

¹⁹⁷ GÜRKAN, s. 31.

simi üzerindeki finansal baskının devamlı artınasmı beraberinde getirmektedir, KÖİ uygulamaları doğru kullanıldığı takdirde bu finansal baskıları azaltacak yöntemlerin başında gelmektedir¹⁹⁸.

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

Kamu hizmetlerinin sunumunda özel sektörün kullanımına yöneltilen pek çok eleştiri vardır ve her yöntemin her zaman faydalı sonuçlar vermediği doğrudur; ancak çoğu zaman sorun yöntemde değil, yanlış uygulamadadır. Hizmet standartları ve kalitesinin ayrıntılı tanımlanmaması, işlem maliyetlerinin iyi hesaplanmaması, hesap verilebilirliğin sağlanmaması, toplumsal önceliklerin iyi belirlenmemesi gibi nedenler kamu özel işbirliği uygulamalarının fevkalade olumsuz sonuçlara yol açmasına sebep olabilmektedir¹⁹⁹.

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

¹⁹⁸ GÜRKAN, s. 31-32.

¹⁹⁹ EMEK, s. 51.

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

Kamu özel işbirliklerinin lehine ve aleyhine pek çok farklı görüş bulunmaktadır. Ancak bu noktada hemen şunu belirtmek gerekir ki, daha önce belirtildiği üzere, doktrinde, kamu özel işbirliği yöntemi ile sunulan hizmetlerin, geleneksel tedarik usullerine göre hangi yönlerden ve nasıl daha iyi veya kötü sonuçlar doğurduğunu gösteren bilimsel ve tarafsız incelemeler hemen hemen hiç yoktur²⁰⁰. Aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, hem kamu özel işbirliklerinin olumlu yanlarının üzerinde duran lehe görüşlerde, hem de olumsuz yanlarından bahseden aleyhe görüşlerde, doğruluk payı olan yaklaşımlar mevcuttur. Ancak belki de en sonda söylenecek olanı baştan söylemek gerekirse, kanaatimizce kamu özel işbirliklerinin aleyhindeki pek çok görüş, kamu özel işbirliklerinin kendisine değil, hali hazırda uygulamada olan, kötü kamu özel işbirliği uygulama örneklerine getirilmiş eleştirilerdir.

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

Aşağıda sıralanacak olan, kamu özel işbirlikleri lehindeki görüşler aynı zamanda devletlerin KÖİ modellerini kullanma gerekçeleridir; bu nedenle, bunların kamu özel işbirliklerinin önündeki ideolojik engelleri kaldırmak amaçlı ileri sürüldüğünü belirtenler vardır²⁰¹. Şunu açıkça belirtmekte fayda vardır ki, kamu özel işbirlikleri sihirli bir model değildir. Aşağıda sıralanmış bulunan faydaların sağlanabilmesi, ancak

²⁰⁰ EVREN, s. 40.

²⁰¹ SARJSU, s. 170 vd.; KARASU, Sağlık, s. 168.

çok doğru bir proje için çok doğru uygulanmış bir KÖİ modeli uygulaması örneğinde söz konusu olabilecektir.

- Kamu özel işbirliği projeleri ile, devletin kapasitesi artırılır, entegre çözümler üretilir; geleneksel bütçe ve ihale usulü yaklaşımında, büyük projeler, gerek bütçe sınırlamaları gerekse idarenin hantal ve çok bölünmüş yapısı sebebiyle, genellikle parçalara ayrılır ve sırayla uygulananak zorunda olan ayrı parçalar olarak yürütülür; bu durumun doğal bir sonucu olarak, kamu entegre ve pratik çözümler üretmekten çok uzaktır². Kamu özel işbirliği modellerinde ise, ihaleler entegre çözümler üretmeye odaklıdır ve daha kapsamlı etkiler doğuracak şekilde genişletilmiştir. Bu durum, komplike projelerin daha çabuk ve etkin bir şekilde hayata geçirilmesini beraberinde getirmektedir. Örneğin, özel sektörün katılımı olmaksızın, Birleşik Krallık ve Fransa arasındaki denizaltından geçen demiryolu ağlarının bulunduğu tünel olan, Channel Tunnel'in bitirilemeyeceği ifade edilmiştir³.
- Kamu özel işbirlikleri ile, projelerin uygulama zamanının azaltılması mümkündür. Devletler bürokratik doğaları gereği hantal yapılardır, yavaş hareket ederler. Geleneksel bir ihale sürecinde, idareler önce söz konusu işin projesinin çizimi için bir ihale yapmakta, sonrasında ise, yapımı için ayrı bir ihale düzenlemektedirler, ayrıca çoğu zaman büyük alt-yapı projelerinin yapımını parçalara ayırabilirler, tüm bunlar da projelerin bitiş süresini uzatmaktadır. Kaldı ki, idarenin projenin kısa süre içerisinde bitirilip uygulamaya konması

¹⁰¹ ERSÖZ, s. 16.

²⁰³ ERSÖZ, s. 16.

için özel bir motivasyonu da yoktur. Oysa, kamu özel işbirliği projelerinde çoğu durumda, tasarım ve yapım işleri sıralı olarak değil, aynı zamanda yapılmaktadır, şirketler devletlerin aksine kar etme amaçları gereği hantal değil hızlı yapılardır; ayrıca kamu özel işbirliği projelerinde projenin zamanında ve hatta zamanından önce tamamlanması şirketler için önemlidir, zira çoğu durumda KÖİ projelerinde şirketler ancak kamu hizmetinin sunumu başladıktan sonra para kazanmaya başlamaktadırlar²⁰⁴. En azından olması gereken budur. Örnek olarak, Hong Kong'taki Tate's Courthouse Tunnel 'in yapımında PPP ile zaman tasarrufu sağlanmıştır²⁰⁵.

- KÖİ projeleri ile, sadece kamu finansmanı kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkün olmayan birtakım projelerin gerçekleştirilmesine olanak sağlanabilir; bireylerin talep ettiği, ancak kamu tarafından finansman yetersizliği nedeniyle karşılanamayan kamu hizmetleri, kamu özel işbirliği projeleri ile karşılanabilmektedir; zira kamu özel işbirliklerinde idare özel sektör ile işbirliği yaparak, finansal kaynak yaratmaktadır²⁰⁶. 2008 küresel ekonomik krizinin ardından, 2009 yılında inşaat sektörü en kötü dönemlerinden birini geçirdiği sırada, KÖİ projeleri, kamusal kaynaklar kullanılmaksızın inşaat sektöründeki krizin aşılabilmesi ve devletler tarafından kamu hizmetlerinin sunumuna devam edilebilmesi için

²⁰⁴ YALÇIN, s. 113-114.

²⁰⁵ ERSÖZ, s. 17.

²⁰⁶ ACARTÜRK, Ertuğrul/ KESKİN, Sabiha, "Türkiye'de Sağlık Sektöründe Kamu Özel Ortaklığı", SDÜİİBFD, Y. 2012, C. 17, S. 3, s. 35; WISS, Marcia / FARIA, Teresa Maura, "Public-Private Partnerships in Latin America: Governmental Salvation or Deception?", Business Law International, Vol. 8, May 2007, s. 190.

bir çözüm olarak sunulmuştur²⁰⁷. Bu sayede devletlere mali yük getirmeden bu krizin aşılması amaçlanmıştır.

- Kamu özel işbirliği yöntemleri kullanılarak, kamu hizmetinin görülmesinde, kamuya mali yük getirmeyen projelerin hazırlanabildiği durumların yanı sıra, devlete mali yük getirirse dahi özel finansman kullanıldığında daha etkin (hızlı) bir kamu hizmetinin sunulabildiği durumlar vardır; bu gibi durumlarda kamu özel işbirlikleri, kamu hizmeti yatırımlarına hız kazandırabilir²⁰⁸. Ayrıca kamu özel işbirliğinin sunduğu bir başka olanak, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yaymak ve bunun yanında, hizmeti kısa sürede sunmaktır²⁰⁹.
- Kamu özel işbirliği projeleri ile yenilikçi yaklaşımlar ve yaratıcı faaliyetler elde edilebilir. Kamu özel işbirliği projelerinde idare, gerek proje konusu tesislerin tasarlanması gerekse projeye konu hizmetin sunum yöntemine ilişkin olarak özel sektörün yenilikçi yaklaşımlarından yararlanır; kaldı ki, proje sürecinde idare, ihaleye teklif verenleri kendi becerileri doğrultusunda yarıştırmak, proje için benzersiz ve yaratıcı yaklaşımlar elde edebilir²¹⁰. Bu yöntemle, kamu hizmeti sunumları modernleştirilebilir ve birden fazla amaca uygun projeler ortaya çıkabilir.
- Kamu özel işbirlikleri, kamu hizmetinin sunumunda kamu idaresi için en avantajlı sunum yönteminin tespit edilmesine

²⁰⁷ **CARMONA, Jose**, "Stimulus packages, PPP could spearhead construction industry's recovery", Caribbean Business, 2009, s. 40, (Akt: **ERSÖZ**, s. 16.)

²⁰⁸ **COLE, Stuart**, Applied Transport Economics: Policy, Managemant & Decision Making, London 2005, s. 332.

²⁰⁹ **YALÇIN**, s. 110.

¹¹⁰ **ERSÖZ**, s. 16.

olanak sağlar. Kamu özel işbirliği projelerine teklif verenleri geniş kapsamlı tutarak ve rekabeti artırarak, kamu hizmetinin sunumu noktasında idare için en avantajlı yöntem belirlenebilir. Şöyle ki, KÖİ projesinin kapsamı ve büyüklüğüne göre, daha fazla potansiyel teklifçiler arasından seçim yapılır, bu da rekabetin yoğunluğunu artırır. Bu bağlamda, rekabet ettiği diğer şirketlerden daha cazip teklifler sunabilmek amacıyla kuruluşlar, hükümete daha çekici koşullar sunarlar. Hatta uygulamada, rekabet oranı yüksek projelerin, hükümetin seçme sürecini uzatabildiği bile görülmektedir, zira bazen her teklif birbirinden caziptir. Örneğin, bir sıvılaştırılmış doğalgaz terminalinin ihalesi Çin'de bu nedenle uzamıştır, hükümet, teklif veren dört şirket arasından seçim yapmakta zorlanmış ekstra zamana ihtiyaç duymuştur; çünkü şirketlerin her biri, diğerine göre farklı yönlerden çok iyi şartlar içeren teklifler sunmuştur²¹¹. Başka bir deyişle, idare, kamu özel işbirliği uygulamaları sayesinde, özel sektörün yenilik yapma ve ARGE (Araştırma ve Geliştirme) kapasitesinden faydalanabilir. Özel sektörün en uygun ve yenilikçi çözümü üretmesinin sağlanması, kamunun kamu özel işbirliği projelerindeki taleplerinin en iyi şekilde yerine getirilmesi için önemlidir²¹².

- Kamu özel işbirlikleri ile, proje maliyetleri azaltılabilir. Kamu özel işbirliği uygulamalarında, tasarım, yapım, işletme aşamalarında, masrafların önemli ölçüde azaldığı veya

²¹¹ ERSÖZ, s. 18.

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

aynı fiyata daha kaliteli mal veya hizmetin sağlandığı durumlar mevcuttur²¹³. Zira, çoğu durumda özel sektör, kaynakları kanuya oranla çok daha efektif kullanmaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık'ta kamunun kazandığı bazı ihaleleri özel sektöre devretmesiyle, esas rakamın yarısı kadar tasarrufta bulunulmuştur²¹⁴.

- Kamu özel işbirlikleri ile, risklerin bir kısmının özel sektöre devredilmesi mümkündür. Kamu özel işbirliği projelerinin idare için en önemli avantajı budur. Kamu özel ortaklığı projelerinde riski, onu en iyi yönetebilecek tarafa aktarmak gerekmektedir²¹⁵. Normalde projenin kamu tarafından geleneksel yöntemlerle yapılması durumunda, kamu üzerinde kalacak pek çok riskin, KÖİ projelerinde, kamu sektöründen, özel ortağa devri mümkündür. Kamu özel işbirliği projelerinde, belirli ve makul bir risk devir stratejisi geliştirilmesi elzemdir, zira aksi durumda, idarenin hemen hiçbir avantajı kalmamaktadır. Riskler, onları en iyi yönetecek tarafa bırakılmaktadır. Esasen, kamu özel işbirliği projelerinde genel kural, tasarım, yapım ve işletme risklerinin özel sektöre devredilmesidir²¹⁶. Talep riski ve diğer riskler sözleşmeden sözleşmeye ve hizmetten hizmete farklılık gösterir. Ancak, bizim görüşümüz, kamu özel işbirliği projesi kapsamında doğrudan son kullanıcı ile buluşturulacak olan kamu hizmetlerinde, talep riskinin bir işletme riski olduğu

²¹³ **COGHILL, Ken / WOODWARD, Dennis**, "Political Issues of Public Private Partnerships", *The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience*, Cheltenham & Massachusetts 2005, s. 85.

²¹⁴ **ERSÖZ**, s. 17.

²¹⁵ **ERSÖZ**, s. 17.

²¹⁶ **ERSÖZ**, s. 17.

yönündedir, dolayısıyla bu riskin özel sektöre devredilmesi elzemdir.

- Kamu özel işbirlikleri ile, kamu idaresi yetenek, tecrübe ve teknolojiye erişir. Çoğu durumda, kamu idaresinin bürokratik yapısı, yeni şeyler öğreruneye açık değildir. Devletler yine doğaları gereği, denenmemişi deneyip risk almak istemezler. Özel sektör ise çoğu durumda, yeniliklere çok açıktır ve yeni teknolojileri denemeye heveslidir, bu sebeple kamu idaresi kamu özel işbirliği projeleri ile, yeni yetenekler, teknolojiler ve bilgiler edinir. Sadece kamu özel işbirliği ihale süreci bile, başlı başına yenilikçi teklif ve bunların sunduğu fırsatların analizini de içerdiğinden, kapsamlı inceleme gerektirir, bu durum hükümetin konuya dair uzmanlığını artırır²¹⁷.
- Geleneksel tedarik yöntemlerinde, kamu hizmetinin düzeyi zaman içinde önemli ölçüde bozulmaktadır. Kamu özel işbirliklerinde ise, proje kapsamında verilecek hizmetin kalitesi başlangıçta belirlenir, bu seviyenin uzun uygulama süresince korunacağı özel sektör tarafından taahhüt edilir; kaldı ki, kamu özel işbirliklerinde çoğu zaman, projeye konu tesisin bakım şartları da oldukça ağır olmaktadır, bu durum, tesisin işletme süresinin sonunda kamuya devrinin öngörüldüğü durumlarda, kamu için bir avantaj olduğu gibi, kamu hizmetinin doğrudan son kullanıcı ile bulunduğu durumlarda, hizmeti alacak bireyler açısından da bir avantajdır²¹⁸.
- Kamu özel işbirlikleri kamu bilançosu dışında bırakılmaktadır. Bu durum, idare lehine önemli bir avantajdır. Zira, bu

²¹⁷ ERSÖZ, s. 18.

²¹⁸ YALÇIN, s.110-111

sayede, kamu bütçesinde sadece alınan hizmetler için kesin olarak yapılacak yıllık ödemeler gösterilir. İdare, özel sektöre yapılan yıllık ödemenin hesabını tutar. Projenin varlık, yükümlülük ve borçlarını hesaplamaz²¹⁹.

- Ülkeye yabancı sermaye girişini artırmak ve bunun ekonomiye etkilerinden yararlanabilmek, özellikle gelişmekte olan ülkeler için, kamu özel işbirliklerinin kullanılmasında temel avantaj ve amaçlardan biridir²²⁰.
- Kamu özel işbirliği projelerinde, özel sektörün isteği çoğunlukla, gelecekteki kazanç olanaklarını artırmak ve bu kazanç olanaklarını uzun süreli muhafaza etmektir. Riskleri azaltmak, rekabetçi yapıda kalmak ve büyümek, tüm bunları yaparken kamu ile iletişim halinde olabilmek özel sektörün kamu özel işbirliği projelerindeki diğer amaçlarıdır²²¹. Ayrıca, bilanço dışı kredi²²², rücusuz ya da sınırlı rüculu kredi, etkin risk paylaşımı ve vergi indirimleri, kamu özel işbirliklerinde özel sektörün diğer avantajlarıdır²²³.

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

²¹⁹ YALÇIN, s. 115.

²²⁰ KARAGÖZ, s. 21.

²²¹ BUDAUS, Dietrich / EICHORN, Peter, Public Private Partnership, Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, s. 56.

²²² DELMON, Jeffrey, Private Sector Investment In Infrastructure Project Finance, BOT Projects and Risk, Alphen aan den Rijn 2005, s. 59-60.

²²³ DELMON, s. 59-60; YALÇIN, s. 114.

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

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

- Kamu özel işbirliklerine ilişkin eleştiriler sıralanırken, hiç şüphesiz ilk sırada bahsedilmesi gereken, idare ve özel sek- tör arasındaki amaç farkıdır. Devlet kurumları kamu hizmet- lerini sosyal devlet ilkesi bağlamında yürütmektedir ve amaç, bireylere kamu hizmetinin en hızlı, en iyi şekilde su- nulmasını sağlamaktır; bu durum esas amacı kar oranını maksimize etmek olan özel hukuk kişileri ile çelişebilir. Do- layısıyla, kamu kesimi ile özel sektörün amaçlarının oldukça farklı olduğu ortadayken, tarafların bu işbirliği kapsamında, uyumlu bir şekilde beraber çalışıp çalışamayacağı önemli bir sorundur²²⁴.
- Kamu özel işbirliği sözleşmeleri yapılırken oldukça ayrıntılı hükümlere yer verilmesi gerekmektedir; ürünlerin, hizmet

²²⁴ GÜRKAN, s. 37.

sunumunda uygulanacak tarifelerin, bireylerden alınacak ücretlerin, ve diğer önemli hususların çok ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi, herhangi bir konuda ucu açık, belirsiz hükümlere yer verilmemesi gerekir; aksi takdirde, örneğin hizmet bedelinin özel sektör tarafından belirlenmesine yönelik bir düzenleme yapılması durumunda, kamu hizmeti bedelinde yüksek artışlara neden olunacak, kamu hizmetinin vatandaşlar tarafından kullanılması imkansız hale gelecek ve sözleşmede bir alım garantisine de yer verilmişse, kamunun bu bedelleri sübvanses etmesi (karşılması) uzun vadede devlet maliyesinde zarara neden olacaktır²²⁵.

- Kamu özel işbirliği projeleri genellikle uzun süreli sözleşmelerdir ve sözleşme tarafı olan kamunun, belirli bir ücreti, sözleşmede öngörülen süre boyunca ödemeyi taahhüt etmesi söz konusu olabilmektedir; bu hükümlerin çok dikkatli uygulanması gerekmektedir. Yoksa, kamu tarafınca hiç fizibil olmayan ödemelerin yapılması ve klasik yöntemler ile sunulması durumunda çok daha ucuza mal olacak kamu hizmeti yatırımlarının çok daha pahalıya mal olması söz konusu olabilecektir.
- Kamu özel işbirliği sözleşmeleri düzenlenirken, toplumdaki sözleşme süresi boyunca gelebilecek talepler ve yaşanacak teknolojik değişiklikler de göz önünde bulundurulmalı, kamu hizmetinin bu ve benzer sebeplerle ortaya çıkabilecek yeni koşullara uyarlanması öngörecektir hükümlere yer verilmelidir. Aksi halde uygulanma imkanı yitirilen bir sözleşme/kamu hizmeti veya kamu hizmetinin niteliğinin değişmesine bağlı olarak, kamu özel işbirliğine konu projenin

²²⁵ GÜRKAN, s. 37.

toplumdan talep görmemesi söz konusu olabilecektir, kamu hizmetinin sunumu imkansız hale gelecektir; bu durum iş kanununun, bir yandan eski KOİ sözleşmesinde taahhütlerini yerine getirirken, diğer yandan, tekrardan söz konusu kamu hizmetinin sununu için yeni harcamalar yapmasını zorunlu kılacak ve devlet ekonomisine zarar verecektir²²⁶.

- Kamu özel işbirliklerinde, özel sektör çoğu durumda kendi öz sermayesini kullanmamakta, çeşitli finansman araçları ile projeyi finanse etmektedir, özel sektörün bir kamu hizmetini kamu özel işbirliği kapsamında sunmak için yapacağı yatırım masrafı kamuya göre %1 ile %3 oranında daha yüksek olmaktadır; dolayısıyla özel sektörün sunduğu maliyet verimliliklerinin, maliyet artışından daha fazla olmadığı durumda, söz konusu finansman maliyeti bir kamu özel işbirliğinin genel maliyetinin geleneksel tedarik yöntemlerine göre artmasına sebep olacaktır²²⁷.
- Kamu özel işbirliklerinde, bir kamu hizmetine ilişkin alt yapının kurulması ve söz konusu kamu hizmetinin sunulması için, özel sektör ile kamu, bir işbirliği içine girmektedirler ve bu işbirliğinin tarafı olan özel hukuk kişisine, kamu hizmetinin sunulması noktasında, bir takım düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilebilmektedir; bu türden düzenleyici işlemler tesis etme yetkisi esasında devletin tekelindedir, bu bağlamda, devletin egemenlik yetkilerinin, kamusal faaliyetlerin kamu özel işbirliği ile yürütülmesi sürecinde, özel hukuk kişileri ile birlikte kullanmasının veya devletin ege-

²²⁶ GÜRKAN, s. 37; EVREN, s. 48.

²²⁷ United Nations ESCAP, s. 2.

nlenlikten aldığı yetkiyi özel hukuk kişilerine tamamen devretmesinin anayasal açıdan sorunlu olduğunu savunan görüşler mevcuttu-1²⁸.

- Kanlı özel işbirliği uygulamalarında; kamu menfaati ile özel sektörün menfaati arasındaki dengenin sağlanamaması; projelerin hazırlanması, sözleşme vb. konularda yetersiz kalınması durumunda, proje başarısızlıkla sonuçlanmakta ve kamu yararına olınayan yalnızca özel sektörün ticari menfaati lehine olan sonuçlar meydana gelebilmektedir²⁹. Sözleşmelerin karmaşık yapısı nedeniyle yetersiz veya eksik yaptırımlar, risklerin taraflar arasında yanlış paylaşımı gibi esaslı hatalar, bu modelde ciddi ve uzun vadeli sorunlara yol açabilmektedir³⁰.
- Kamu özel işbirliklerinin en büyük dezavantajı, sözleşme kurulurken, kamu kuruluşları tarafından verilen garantilere ilişkin risklerin iyi şekilde değerlendirilmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır; bu sebeple, kamuya, haddinden fazla, ciddi maliyetler yüklenebilmesi ihtimali vardır; her ne kadar kamu bütçesine yük getirmeden projelerin hayata geçirilmesi söz konusuysa da, kamu idareleri tarafından verilen garantiler bütçeye yük getirebilmektedir³¹. Bahsedilen garanti mekanizması uygulamaları ülkemizdeki kamu özel işbirliği projelerinde de görülmektedir. Proje hayata geçirilmeden önce hazırlanan fizibilite çalışmalarındaki tahminlerin doğru

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

2.:9 **GÜRKAN**, s. 40.

:ljü **ACARTÜRK / KESKİ** s. 36.

231 **KARAGÖZ**, s. 22.

olmadığı durumlarda, devletler büyük tutarlarda koşulluyo. kümlülük altına girebilmektedir. Bunun sonucunda da, hem bu maddede bahsedilen sonuç ortaya çıkınakta, hem de bir önceki maddede bahsedildiği üzere, kanlı yararına olmayan, yalnızca özel sektörün ticari menfaati lehine sonuçlar meydana gelebilmektedir.

- Her ne kadar kamu özel işbirliği uygulamalarında, projefinansmanını özel sektör sağlasa da, bu durum her zaman için maliyetlerin azalacağı ve diğer hizmetlere devletin daha fazla finansman ayıracağı anlamına gelmez. Zira bir önceki maddede de bahsedilen hatalar sebebiyle KÖİ projelerinin bizzat kendisinin devlete aşırı mali yükümlülük getirmesi de mürnkündür²³². Bu projelerin kendisinin devlete aşırı mali yükümlülük getirmesi, özellikle gelir tahminlerinin yanlış yapıldığı, idarenin gereğinden fazla garanti verdiği ve hazırlanan sözleşmelerin yetersiz olduğu hallerde gündeme gelir²³³.
- Kamu özel işbirliklerine getirilen bir diğer eleştiri ise, KÖİ modelleri ile yapılan kamu hizmeti sunumlarında, kamu hizmetlerinin özel sektörün kontrolüne ve sorumluluğuna verildiği algısıdır; her ne kadar belli bir model kapsamında yapılıyor olsa da, kamunun sorumluluğunda olan hizmetlerin

²³² **EVREN**, s. 42: "Örneğin Kolombiya'da KÖİ modellerinden biri ile yaptırılan paralı yollar ve havaalanının beklenenin altında hizmet vermesi nedeniyle devlet 2 milyar dolar ödeme yapmak zorunda kalmıştır. Güney Kore tahminlerin altında kullanılan bir yol için yıllarca milyonlarca dolar ödemiş; Meksika 'da talep azlığı ve faiz oranlarının artması)üzünden Devlet 25 tane imtiyazı ve karşılığında da 7. 7 milyar dolar borcu iistlennie/czorunda kalmış; Birleşik Krallıkta hava taşımacılığı ile ilgili olarak hava trafiğini kontrol etmek için kısmen özelleştirilen bir şirkete 11 Eylül saldırıları sonrası hava taşımacılığına düşen talebin azalması nedeniyle Hükümet 100 milyon poundluk sermaye eklemesi yapmıştır."

²³³ **EVREN**, s. 42.

özel şirketlere, piyasaya devredilmesi durumu sosyal devlet ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmekte ve eleştirilmektedir³⁴.

- KÖİ projeleri için danışmanlık hizmeti alınması gerekmektedir. Zira, kamu görevlilerinin bilgi birikimi genellikle çok özneli, uzun süreli ve kompleks bir projeye başa çıkmakta yetersiz kalmaktadır²³⁵. Danışmanlık hizmeti alımları ise maliyetleri arttırır²³⁶. Çoğu zaman KÖİ sözleşmelerinde tahkim şartı yer almakta, bu sebeple projelerde uyuşmazlık doğması halinde tahkime gidilmektedir, tahkim için de devletler özel avukatlık şirketlerine büyük paralar ödemek zorunda kalmaktadır. Bu durum da KÖİ projelerinin maliyetlerini arttıran bir diğer nedendir²³⁷. Bunların da etkisiyle, İngiltere'de sadece 20 milyon Sterlinden büyük projelerde kamu özel işbirliklerine başvurulmakta; daha düşük miktartlı projelerde, paranın karşılığının alınamayacağı gerekçesiyle KÖİ uygulamalarına başvurulmamaktadır²³⁸.
- Özel sektörün bilgi birikimi, yaratıcılık ve deneyimiyle, hizmetlerin sunumu noktasında kamuya göre daha kaliteli işler ortaya koyabileceği çokça belirtilmekteyse de, bu iddiayı doğrulayan doyurucu bir inceleme veya anket bulunmamaktadır; esasen KÖİ modellerinin çoğu zaman, hizmetlerin

²³⁴ **UYSAL, Yusuf**, "Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının İki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar", Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C. 10,S.2,2017, s. 187.

²³⁵ **KARAHANOĞULLARI, Yiğit**, "Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi", AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2002, s. 118.

²³⁶ **HARTMANN**, s. 37.

²³⁷ **EVREN**, s. 43.

²³⁸ **HM Treasury**, A New Approach To Public Private Partnerships, 2012, s. 21, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/211518/pf2_public_sector_equity_consultation.pdf (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

daha etkin sunulmasından öte, bütçe kısıtlarından kaçınmak için kullanıldığı bir gerçektir²³⁹.

- Kamu özel işbirliği projeleri çoğu zaman büyük finansman gerektirmektedir. Dolayısıyla, yeni işletmelerin KÖİ projelerine dahil olması her zaman için kolay olmamakta, **pek çok** zaman ihaleler belli başlı büyük şirketler tarafından kazanılmaktadır. Projelerin büyüklüğü nedeniyle başvuran sayının az olmasının yanında idare, klasik temin/tedarik usullerine oranla, kamu özel işbirliği sözleşmelerinde, sözleşmeci **karşı** tarafın seçiminde daha serbest davranmaktadır ve tüm bunlar rekabeti olumsuz yönde etkilemektedir. Bunun yanında ön yeterlilik değerlendirmesi, isteklilerle görüşme gibi uygulamalar rekabetin ihlaline neden olabilmektedir²⁴⁰.
- Her ne kadar kamu özel işbirliklerinin hesap verilebilirliği artıracığı ifade edilmişse de, taraflardan birinin özel hukuk kişisi ve sözleşmelerin de özel hukuk sözleşmesi olması, tarafların ticari sır perdesi arkasına gizlenmesine imkan verir²⁴¹.
- Kamu özel işbirliği projelerinin beyaz fillere²⁴² engel olacağı savunulmaktadır. Ancak, gerekli çalışmaların yeterli ölçüde yapılmadığı kamu özel işbirliği projelerinde, özellikle bu projelerin gereğinden büyük planlandığı durumlarda, tesislerin KÖİ modelleri ile yapılması da aynı sonucu doğurur.

²³⁹ BERGVALL, Daniel, Joint Meeting On Public-Private Partnerships -The Future Of PPP, Sweden 2008, s. 9, <https://www.oecd.org/mena/governance/41752711.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

²⁴⁰ **EVREN**, s. 45.

²⁴¹ **EVREN**, s. 45.

²⁴² "*Beyaz fil - Public white elephants*" kavramı kamu maliyesi literatüründe, görkemli, yüksek statü'ye sahip ancak üretken olmayan, koruması yüksek maliyet gerektiren ve vazgeçmenin de uylukiln olmadığı yatırımlar için kullanılmaktadır.

Bu olumsuzluklardan kaçınmak için yapılması gerekenler en temelde; gerekli etütlerin doğru ve eksiksiz bir biçimde yapılması ve işbirliğinin özel sektör paydaşına gereksiz garantiler vermekten kaçınılmasıdır. Nonnal şartlar altında, özel sektör, bir projeyi, proje ancak kendi gelirini üretecek ve projeden, şirketin, proje süresi boyunca yapmış olduğu masrafları geri alabilecekse üstlenir. Ancak gereksiz garantilerin verildiği durumlarda, özel sektör tarafından projenin büyüklüğü ile ilgilenilmeyecek ve kendisine her durumda ödeme yapılacağını bildiği için, projenin beyaz fil olup olmadığına bakmadan idarenin isteklerini yerine getirecektir²⁴³.

- Kamu özel işbirliklerinin ülkeye yabancı sermaye girişi sağlayacağı şeklindeki görüşlere de ihtiyatla yaklaşılması gerektiği; çünkü krediyi alacak olan devlet de olsa özel sektör de olsa iki halde de başvurabilecekleri kurumların (uluslararası kredi kuruluşları, bankalar gibi) aynı olduğu, fakat devlet iflas etmeyeceği için aldığı kredilerin geri ödemesinde, özel kişilere oranla, daha fazla ödeme gücüne sahip olacağı için, kredilerin masrafları ve faiz oranlarının daha düşük olacağı yönünde görüş vardır²⁴⁴. Ancak daha önceki bölümlerde bahsettiğimiz, kredi için başvurulabilecek kurumların KÖİ projelerini desteklediği ve doğrudan devletlere borç vermektense bu tarz projelere kredi vermeyi tercih ettikleri hususu unutulmamalıdır.
- Risk dağılımı KÖİ sözleşmelerinin temel özelliklerinden biridir ve doğru uygulanmış bir KÖİ projesinde kamuya en

²⁴³ EVREN, s. 45-46.

²⁴⁴ ÇAL, Sedat, Türkiye'de Kamu Hizmeti Ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, Ankara 2008, s. 1.

çok fayda sağlayacak olan da bu özelliştir. Fakat, sözleşmelerin hazırlanması ve müzakere edilmesi sırasında ticari risk olarak proje şirketinde kalması gereken riskler; alım garantisi, müşteri garantisi verilmesi, borç ödeme taahhüdü altına girilmesi gibi uygulamalarla; idarece üstlenilebilmektedir. İdarenin, özel sektörde kalması gereken riskleri de üstlenmesi risk dağılımının sağlayabileceği yararları bertaraf eder.

- Kamu özel işbirlikleri sayesinde, idarenin bütçesinde yeterli ödenek olmadığı için gerçekleştirilemediği birçok proje, daha erken ve kolay gerçekleştirilebilir. Fakat bu durum, idarenin sonradan yapacağı ödemeleri önemli ölçüde artırabilir. Kamuya uzun vadeli ödeme zorunluluğu getiren KÖİ projeleri, bütçe esnekliğini azaltır; bu durum, yeni projelerde, yatırım ve planlama sürecini daha karmaşık hale getirir ve gelecekte sunulmak istenecek hizmetlerde yöneticilerin sahip oldukları takdir yetkisini de sınırlar²⁴⁵.
- İdarecilerin kişisel amaçlarla hareket etmesi, yeterli sayıda kalifiye kamu personeli bulunmaması, yolsuzluk, tatmin edici ihale süreçlerinin gerçekleştirilememesi, özel sektörün baskı ve lobi faaliyetleri nedeniyle projelerin yeterli düzeyde planlanmaması tehlikesi mevcuttur²⁴⁶. Kamu özel işbirliği uygulamaları kapsamında, şirketlerle girilen sözleşme ilişkisi sürecini yürüten idare personelinin özel hukuk kişiliğiyle iyi ilişkiler kurmaya çalıştığı, sonrasında emekli olup veya işlerini bırakıp ilgili şirketlerde yüksek maaşlarla işe girdiği görülmektedir²⁴⁷. 2531 sayılı "*Kamu Görevlerinden*

m EVREN, s. 49.

²⁴⁶ CEE Bankwatch Network, s. 16.

²⁴⁷ <https://www.theguardian.com/commentisfree/2009/jul/O1/corruption-business-government-transport-health>

Ayrılanların Yapamayacak/An İşler Hakkında Kanun" incelendiğinde, ihale yetkilisi olarak çalışan veya sözleşme sürecinde görev alan bir kamu görevlisinin bu görevden ayrıldıktan sonra daha önce ikili ilişki içinde bulunduğu bir şirketler topluluğunun herhangi bir şirketinde çalışmasını engelleyen açık bir hüküm olmadığı görülmektedir, bu durumda, Türkiye açısından da bu tehlike mevcuttur. Ancak, elbette, böyle bir düzenleme getirilmesi de oldukça tartışmalı olacaktır.

- KÖİ sözleşmeleri karmaşık sözleşmelerdir. Sözleşmenin hazırlanması ve yönetimi sırasında, kamu görevlilerinin tecrübesizliği ve kötü niyetli davranışları, yatırım ve işletme döneminde taraflar arasında ihtilafların doğmasına veya projenin paranın karşılığını vermemesine neden olabilir²⁴⁸.

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

Bu noktada yukarıda sayılmış bulunan olumlu ve olumsuz yönler ile ilgili genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; kamu özel işbirliği modellerinin belirtilen bütün yararları sağlaması mümkün olmadığı gibi, mutlak suretle sayılan bütün olumsuz sonuçları doğuracağı şeklinde bir kabul de mümkün değildir. Hazırlık aşaması oldukça karmaşık olan KÖİ projeleri, bilgi ve deneyim gerektirir. Bu nedenle projelerden istenen sonuçların alınabilmesi için iyi eğitilmiş kamu görevlileri yanında, iyi bir mevzuat, şeffaf ihale süreçleri, düzgün işleyen denetim yolları,

²⁴⁸ EVREN, s. 49.

ki disiplinli amaçlarla hareket etmeyen idareciler, doğru yapılmış bir risk faktörünü, gereksiz garantilerin verilmemesi, düzgün hazırlanmış fizibilite raporları ve zaman gerekir.

Kamu özel işbirlikleri çok uzun soluklu ve karmaşık yapılardır. Yukarıda pek çok eleştiri sıralanmış olmakla birlikte, hemen her eleştiri uygulamadaki bir eksikliğe dayandırılmıştır. Bu durumda yapılan eleştirilerin modelin doğrudan kendisine getirilen eleştiriler olmaktan ziyade, bu eksiklikler sonucu oluşan yanlış uygulamalara getirilen eleştiriler olduğunu söylemek mümkündür. Bahsi geçen eksikliklerin varlığı halinde, projenin yukarıda belirtilen olumsuz sonuçları doğurması çok olasıdır²⁴⁹.

Yukarıda anlatılanlar bir arada değerlendirildiğinde şu ortaya çıkmaktadır ki; başarılı bir kamu özel işbirliği uygulaması için bilhassa, uygulanacak modelde kamu ile özel sektör arasında etkili bir risk ve maliyet dağılımı yapmak, projeleri birbirinden bağımsız ve kendi şartlarını dikkate alarak değerlendirmek, rekabetçi ihaleler yapmak çok önemlidir²⁵⁰.

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

²⁴⁹ EVREN, s. 49-50.

²⁵⁰ KOENIG, Christian / WETZEL, Julia, "The Relevance Of EC State Aid Control For PPP Infrastructure Funding", European Procurement and Public Private Partnership Law Review, 2007, s. 5, s. 5-11.

gibi²⁵¹. Bunların kamu idaresinin fitratından kaynaklanan ve asla çözülenmeyecek kronik sorunlar mı olduğu, yoksa bir gün çözülebilecek problemler mi olduğu konusu ise tartışmalıdır.

Kamu hizmetlerinin sunulmasında harcanan devlet parası olup bumm doğru kullanılmaması yine vatandaşlara zarar verir. Bu nedenle, kamu hizmetlerinde karlılığın değil ama verimlilik yollarının araştırılması gerekir²⁵². Bunun bir sonucu olarak şunu belirtmek gerekir ki, kamu özel işbirliği uygulamaları her zaman, her sunulacak kamu hizmetinde uygulanması elzem olan, her durumda savunulacak bir yöntem değildir. Ancak verimli olduğu durumlarda da yukarıda bahsedilmiş bu- lWlan faydalarından yararlanmak için kullanılması doğru olacaktır. Tümünden reddeden veya kabul eden yaklaşımların her ikisinin de hatalı olduğu kanaatindeyiz.

Kamu özel işbirliğinin alternatifsiz ve mükemmel olduğu varsayımı ne kadar eleştiriye açık ise, modelin sadece sorunlu taraflarını ön plana çıkannak da bir o kadar yanlıştır. En nihayetinde projelere ilişkin karar, kamu otoritesi tarafından verilmektedir ve her bir projenin ayırt edici özellikleri değerlendirilerek ve karşılaştırmalı bir yöntem benimsenerek kamu menfaatlerine daha uygun olan usulün seçilmesi doğru davranış biçimi olacaktır. Kamu Özel İşbirliğinin salt sağladığı düşünülen avantajlarına bakarak, bunun idarenin taraf olduğu her proje için en uygun model olduğunu savunmak kanaatimizce doğru bir yaklaşım olmayacaktır ve böyle bir yaklaşımın kamu menfaati ile örtüşmeyen sonuçlar doğurması çok olasıdır. Bunun yerine yapılması gereken, karşılaştırmalı bir yöntemin belirlenmesi, diğer başkaca usullerle, örneğin gele-

²⁵¹ **YILDIRIM, Turan**, "Kamu Hizmeti ve Kar Amacı", Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001, s. 46.

²⁵² **ÖZYÖRÜK, Mukbil**, İdare Hukuku Dersleri, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencileri İçin Çoğaltılmış Ders Notları, 1972-1973, s. 64.

neksel yollarla tedarik edilmesi halinde, proje maliyetinin ulaşacağı değer ile kamu özel işbirliğine başvurulması halinde oluşacak maliyetin analiz edilmesi ve her bir projenin ayırt edici özelliklerine göre en avantajlı uygulamaya karar verilmesidir. Bu yöntemin idare açısından daha faydalı ve doğru olacaktır. Uluslararası arenada da kabul edildiği üzere KÖİ, yüksek uzmanlık gerektiren, kannaşık ve başarısız uygulanması durumunda, kamu kesimi üzerinde uzun süreli yüksek mali riskler getiren bir modeldir²⁵³, tüm bular bu yöntem kullanılırken çok dikkatli olunması gerektiğini ortaya koymaktadır. KÖİ uygulamaları günümüzde, sosyal gelişmeyi hızlandırıcı, ulusal kalkınmaya yardımcı, ekonomik büyümeye işlevsel katkı sağlayan araçlar olarak kabul gönmekteyseler de²⁵⁴, yukarıda tekraren belirtildiği üzere, hatalı uygulandıkları durumlarda, çokça olumsuzluğu beraberinde getirirler, bu sebeple kamu özel işbirliklerini uygulamaya koyarken, çok dikkatli olmak gerekir.

²⁵³ **GÖKTÜRK**, Serhan, Bir Kamu Özel İşbirliği Modeli Olarak Yapı-Kirala-Devret Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 24.

²⁵⁴ **SARJSU**, s. 337.

İKİNCİ BÖLÜM YAP İŞLET DEVRET MODELİ

1. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİ

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

1. YAP İŞLET DEVRET UYGULAMALARININ GELİŞİMİ

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

yatırımların, sürenin sonunda, kamuya devredilmesi ile ortaya çıkmıştır²⁵⁵. Her ne kadar birinci bölümde daha eski örneklerden bahsedilmişse de, bu örneklerin kamu özel işbirlikleri için verildiği unutulmamalıdır. Perier Brothers'a, 1782 yılında, Paris'in içme suyunun temini ihtiyacının verilmesi yap işlet devret modelinin önemli örneklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Sonrasında Süveyş Kanalı'nın, Avrupa ve Mısır kaynaklı finansmanla, Mısır Devleti tarafından yetkilendirilen Süveyş Kanalı Şirketine, 1879 yılında, açılması ve işletmesinin bu şirket tarafından 99 yıllığına üstlenilmesi ve ayrıca yapımında benzer bir yöntem kullanılan, Rusya'daki Trans-Siberian demiryolları, bu modelin, belki de en ünlü örnekleridir²⁵⁶. Fas'da Tangiger Limanı ve Kanada'da Vancouver Limanı YİD modeli kullanılarak yapılmıştır²⁵⁷. Sonraki dönemde, yap işlet devret modelinin örnekleri, İngiltere, Almanya ve Osmanlı'da da görülmüşse de, 1800'lerin sonlarından başlayıp 1900'lerin ortasına kadar geçen uzun dönemde, altyapı yatırımlarına olan ihtiyacın, dünyadaki ekonomik gelişmelere paralel olarak, artmasının yanında, sanayileşmiş ülkelerde yaygınlaşan, temel kamu hizmetlerinin merkezi planlama ve kontrol altında olması gerektiği düşüncesi ve diğer çeşitli nedenlerle, örnekler azalmıştır²⁵⁸.

19. yüzyılda, hızlı kentleşme nedeniyle, ulaşım, haberleşme, elektrik, su ve gaz dağıtım hizmetlerine olan ihtiyaç, batı ülkelerinde gözlenen hızlı sanayileşmenin de etkisiyle, artmıştır ve bu nedenlerle büyük altyapı yatırım talebi oluşmuştur²⁵⁹. Bu dönemde ekonomiye

²⁵⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, Güzin, Türk Özel Hukukunda Yap İşlet Devret (YİD) Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 5.

²⁵⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 5.

²⁵⁷ JALE, Ece Nur; "Denizcilik Sektörünün Özelleştirilmesi", <https://www.denizhaber.com/denizcilik-sektoru-ve-ozellestirme-makale,30.html> (Eşirimi Tarihi: 20.04.2021)

²⁵⁸ JEFFERIES Marcus / GAMESON Rod / ROWLINSON Steve, "Critical Success Factors of The BOOT Procurement System; Reflections From The Stadium Australia Case Study", Engineering Construction Architectural and Management, 9/4, 2002, s. 353.

²⁵⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 5.

devlet müdahalesinin olmaması gerektiği düşünülduğünden, bu hizmet ve yatırımların tünü özel şirketler eliyle yürütölmüşse de, bu durum, rakip şirketler arasında yıkıcı bir rekabeti de beraberinde getirmiş, kaynak israfına ve verimsizliğe yol açmıştır²⁶⁰.

Devletin kamu yatırımlarını kendisinin üstlenmesi, bu süreçte, gündeme gelmiştir ve 20. yüzyılda yaşanan dünya savaşlarının neticesinde de, savaşların geride bıraktığı büyük yıkımlar nedeniyle, özel sektör eliyle gerekli olan finansman ve organizasyonun sağlanması ve yatırım ihtiyacının karşılanması mümkün olmamıştı, bunun bir sonucu olarak, devletlerin ekonomiye müdahalesi ihtiyacı devam etmiştir. Yukarıda bahsedilen ekonomiye devletin müdahalesinden kaçınmakta olan endüstrileşmiş ölkelerde bile, özel sektörün kamu yatırımları alanına girmesi mümkün olmamış²⁶¹, yeni altyapı yatırımlarının kamu kaynaklarıyla gerçekleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu noktada, 1929 ekonomik krizine de değinmek gerekecektir, zira bu krizin aşılması sonrasında, devletler ekonomiye müdahale etmeye başlamış ve altyapı yatırımlarının yanında, sanayi alanında da, ekonomide yer almışlardır, bununla birlikte, karma ekonomi yayılmaya başlamıştır; bu durum, ekonominin özel sektör eline bırakılmasını, kapitalizmin gelişimine rağmen, engellemiştir. İkinci Dünya Savaşından sonra, hızlı büyüme ihtiyacında olan ölkelerde, özel sektörün yeterli sermaye birikimi olmadığı için, devletin ekonomideki ağırlığı ve lider rolü ön plana çıkmış, devletler kendi kaynaklarını kullanmışlardır. Bir başka ifade ile, klasik model kullanılarak kamu yatırımları gerçekleştirilmişti²⁶².

²⁶⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 5-6.

²⁶¹ AUGÉ BLICK Mark/ CUSTER B.Scott Jr., The Build, Operate, and Transfer (BOT) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries, Policy, Research, and External Affairs Working Papers, Infrastructure, The World Bank, WPS 498, 1990, s. 1.

²⁶² KUMARASWAMY Moham / ZHANG Xue Qing, "Governmental Role in BOT-led Infrastructure Development", International Journal Project Management, V. 19, Issue 4, 2001, s. 196; İMRE, Erol, Türkiye'de Yap İşlet Devret Modeli Yasal Çatısı, Uygulaması,

ihayet, 1970'lerin sonu 1980'lerin başında, dört temel gelişme nedeniyle, büyük projelerin gerçekleştirilebilmesi için yeni finansman modelleri arayışı başlamıştır. Bunlardan ilki, nüfus artmasına ve ekonomik büyümeye bağlı olarak artan altyapı ihtiyacıdır; ikincisi ilçilncü dünya ülkelerinde aşırı borçlanma nedeniyle ortaya çıkan ödeme güçlüğü ve bu durumun yarattığı ekonomik krizdir; üçüncüsü büyük inşaat firmalarının, karlı yeni projeler bulma zorluğudur; dördüncüsü ise 1980'lerde pek çok ülke ve uluslararası kredi kurumlarınca savunulmaya başlanması olan özelleştirme uygulamalarıdır, bu dört neden yapı işlet devret modelinin tekrar popülerleşmesini sağlayan asli nedenlerdir⁶³. Özellikle Batı Avrupa, Kuzey Amerika, Japonya ve Avustralya gibi endüstrileşmiş ülkelerde, 1970'li yılların sonlarında, gelişme hızı karşısında mevcut altyapı yatırımları yetersiz kalmış ve yaşlanan nüfusun artan sağlık ve bakım hizmeti ihtiyacı yoğun olarak hissedilmeye başlanmıştır; gelişmekte olan ülkelerde ise Malezya, Hong Kong, Tayvan, Meksika ve Güney Afrika gibi, nüfus patlaması nedeniyle mevcut sınırlı altyapı yatırımları yetersiz kalmıştır. Bu durum beraberinde, devletlerin dış borçlanma ihtiyacının artmasını getirmiş ve uluslararası finans piyasasına talep, fazlasıyla yoğunlaşmıştır²⁶⁴. Globalleşme rüzgarının da etkisiyle, bu dönemde liberal piyasa ekonomisi ağırlık kazanmış, özelleştirme teşvik edilmeye, devletçilik terk edilmeye başlanmıştır. Bu gelişim, uluslararası finans piyasasını da etkilemiş ve devletten devlete açılan krediler kamu yatırımlarının finansmanında kullanılmaya başlanmıştır²⁶⁵.

Günümüzde, kamu hizmetlerinin hem nitelikleri hem de nicelikleri giderek artmaktadır, diğer sosyal ve ekonomik gelişmeler ile birlikte,

Yüksek Denetleme Kurulu, Ankara 2001, s. 3., <https://archive.is/N8avl> (Erişim Tarihi: 27.5.2021)

²⁶³ AUGENBLICK / CUSTER, s. 1.

²⁶⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 7.

²⁶⁵ JEFFERIES / GAMESON / ROWLINSON, s. 353

alt ve üst yapıya duyulan ihtiyaç hızla büyümektedir, oysa devlet bütçesinin imkanları sınırlıdır ve her geçen gün artan ihtiyacın yalnızca eski usullerle karşılanamayacağı muhakkaktır. Bu durum, yeni kaynak ve finansman yöntemlerinin bulunmasını zorunlu hale getirmiştir ve sonuç olarak artan yatırım ihtiyacının karşılanabilmesi için özel teşebbüslerin finansman ve riske katılımını sağlamaya yönelik çözüm arayışları başlamıştır²⁶⁶. Yapı işletme devret modeli de, tıpkı diğer kamu özel işbirliği modelleri gibi, özel sektörün finansman ve riske katılımına dönük arayışların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle alt yapı yatırımları bakımından özel kesimin payının artırılması suretiyle kamu finansman yükünün hafifletilmesi ve ayrıca hizmet sunumunda etkinliğin artırılması yapı işletme devret modelinin en temel hedefidir.

Aynı dönemde, kamunun en önemli finansman kaynaklarından biri olan Dünya Bankası, gelişmekte olan ülkelere subjektif şartlar uygulamaya başlamıştır; kredi vermek için özelleştirmelere gidilmesi, bütçe ayarlamaları yapılması, enflasyona karşı tedbir alınması, yerel alt yüklenicilere tanınan ayrıcalıkların kaldırılması, bunların yanında, birinci dünya ülkelerinin yatırımcılarını destekleyen başkaca politikalar uygulanması ve hatta anayasal düzene ilişkin değişiklik taleplerinin çeşitli yollardan dile getirilmesi ve bunlara benzer şartların koşılması neticesinde, kredi talep eden gelişmekte olan ülkeler, bu kurumdan kredi temin etmekte güçlüklerle karşılaşmışlar, alternatif yollar arayışına gitmişlerdir. Kamunun diğer bir önemli finansman kaynağı olan, büyük yatırımlar için kamu kuruluşlarına finansman temin eden yatırım bankaları da, organizasyon bozukluğu ve kendi aralarında etkin bir plan-

²⁶⁶ GENÇOĞLU, Şerife, Türk İdare Hukukunda Yapı İşletme Devret Modeli (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2008, s. 37.

lama olmaması gibi nedenlerle, sınırlı fon kaynaklarının verimsiz kullanılması sorunu ile karşı karşıya kalmışlardır, örneğin; aynı ülke veya projeler için mükerrer kredi kullandınlınası gibi²⁶⁷.

İşte bu gibi nedenlerle, kamu gelirlerinin çoğunu, yüksek oranlı faizlerle borçlanma sebebiyle, borç ödemelerine ayıran ve kamu açıkları artmış olduğu için uluslararası fonlardan kredi temin edemeyen ülkelerin, yeni yatırımlara ayıracak kendi kaynakları olmadığı gibi, yeni kredi alacak kredibiliteleri de yoktur, ülkeler, kendilerine başka yollar arayışına girmişlerdir. Eski imtiyaz modeline kıyasla çok da yeni sayılamayacak olan ve fakat non-recourse niteliği nedeniyle kendine has bir yapısı olacağı düşünülen YİD modeline yönelmişlerdir²⁶⁸. Tüm bunlara ek olarak, bu dönemde liberal ekonomik rüzgarlarda şiddetlenmiş, kamu hizmetlerinin görülmesinde, özel sektörün gerek esnek ve dinamik yapısı gerekse elinde tuttuğu kaynaklar ile başarılı olacağı düşüncesi genel olarak kabul görmeye başlamıştır. Bunun sonucunda, devletlerin bütçe dışı kaynak yaratma imkanlarının giderek azalmasının da etkisiyle, devletler ekonomiden ve pek tabii ki büyük yatırımlardan da yavaş yavaş çekilmeye zorlanmıştır. Nitekim özelleştirmeler de bu süreçte; devletin serbest piyasa düzeninin, düzenleyicisi ve denetleyicisi olması gerektiği ve kamunun ekonomideki payının en aza indirilmesi gerektiği düşüncesiyle; gelişen liberal politikaların bir sonucu olarak, gündeme gelmeye başlamıştır; özel sektöre, özelleştirme yolu ile,

²⁶⁷ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 7.

²⁶⁸ **SOZZI, J. Christopher**, "Project Finance and Facilitating Telecommunications Infrastructure, Deveopment in Newly-Industrializing Countries", Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, V. 12, Issue 2, 1996, s. 4-5; **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 2; **ERDOĞDU, Seyhan**, "Yap-İşlet Devret Modeli Özelleştirmenin Kestirme Yolu", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C. 21, S. 200, Ankara 1997, s. 23; **KERR, M.Thomas**, "Supplying Water Infrastructure to Developing Countries via Private Sector Project Financing", (Cite as: 8 Geo Int'l Envtl.L.Rev.91), Georgetown Intemational Enviromental Law Review, V.8, 1995, s. 3-4; **ALTINTAŞ, M. Ayhan**, "Birlikte Tüketim Konusu Olan Mal ve Hizmetlerde Yap-İşlet-Devret Modelinin Düşündürdükleri", İdarecinin Sesi Dergisi, C. 3 S. 3, Ankara, Mayıs 1989, s. 28.

daha çok hizmet ve imalat sektörlerindeki faaliyetlerini aktarmayı amaçlayan devletler, altyapı hizmetlerini ise genellikle YİD modeli ile özel sektöre yaptırmayı hedeflemişlerdir²⁶⁹. Ancak, YİD modelinin kullanımı, gelişmiş ülkelerde, ekonomik etkinliği arttırmak ve kamunun ekonomiyeye müdahalesinin azaltılmasına gayeleriyle sınırlı kalırken, gelişmekte olan ülkelerde, teknoloji ve finansman ihtiyacının karşılanmasına yönelik olmuştur²⁷⁰.

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

Kamu borçlanılması, ülkemiz için her zaman, Osmanlı döneminden bu yana, bir sorun olmuştur, bu durum, yapılacak yatırımlarda farklı çözümler aranmasını beraberinde getirmiştir. Bunun bir sonucu olarak, yap işlet devret modeli, ülkemiz topraklarında geçmişten bugüne uygulanagelmiştir. Bunların belki de en önemlisi, Londra Metrosundan sonra dünyanın en eski ikinci metrosu olan "Tünel"dir²⁷¹. Bunun dışında; Haydarpaşa Liman İşletmesi, İzmir Liman İşletmesi ve Göztepe

²⁶⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 8.

²⁷⁰ İMRE, s. 3; COŞKUN, İsa, "Yap İşlet Devret/ Yap İşlet Modelleri ve Yabancı Sermaye", Yaklaşım Dergisi, Y. 6, S. 67, 1998, s. 44-45.

²⁷¹ <https://www.iett.istanbul/tr/main/pages/tunel-hakkinda/93>: "Londra'dan sonra dünyanın en eski ikinci metrosu olan Tünel'in oluşum hikayesi Fransız mühendis Eugene Henri Gavand'ın girişimiyle başlar. Gavand, dönemin ticaret ve bankacılık merkezi olan Galata ile sosyal hayatın kalbinin attığı Pera arasında sürekli mekik dokuyan insanları gözlemler ve Yüksekaldırım Yokuşu ile Galipedede Caddesine alternatif bir yol düşünür. Bu iki merkezi birbirine bağlayacak asansör tipinde bir demiryolu projesi için Osmanlı Padişahı Sultan Abdülaziz Han'ın huzuruna çıkar, 10 Haziran 1869'da Tünel yapım imtiyazını alır. İşletme süresi -12 yıl olarak belirlenen Tünel yap-işlet-devre/ modeliyle inşa edilir. Tünel yapım

Tranway İşletmesi, Gaz İdaresi, Osmanlı dönemindeki diğer yap işlet devret örnekleridir⁷².

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise, Osmanlıda örnekleri çokça bulunan bu uygulamalar, 1930 yılından itibaren, KİT'lerin kurulması suretiyle, karma ekonominin uygulanmaya başlaması ve kamu hizmetlerinin sunulmasının kamu kurumlarına bırakılmasıyla sona erdirilmiştir⁷³. Zaman içerisinde ülkemiz bir yüksek enflasyon sarmalı içerisine girmiş ve Türkiye, uzun yıllar boyunca yaşadığı yüksek enflasyonun etkisi ile ve enflasyonu düşürmek amacıyla, kamu yatırımlarına ayırdığı kamu gelirlerini giderek azaltmıştır; zira ülkemiz, bu dönemde, gelirlerinin büyük bölümünü iç ve dış borç ödemelerine harcamak zorunda kalmıştır.

1980 sonrasında, uygulanan liberal ekonomik politikaların da etkisiyle, yeni yasal düzenlemeler ve çeşitli ülkelerle yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları imzalanmak suretiyle, yabancı sennayenin ülkeye gelişinin özendirilmesi amaçlanmıştır⁷⁴.

Bu dönemde, liberal ekonomi stratejisi çerçevesinde, finans, ticaret ve endüstri sektörleri dış rekabete açılmıştır, rekabetteki bu gelişmeler beraberinde, bir sermaye yoğunlaşmasını getirmiş, firmaların ölçeklerinin büyümesiyle birlikte, modern yönetim teknik ve teknolojilerinin önem kazanmasının yanında, verimlilik ve maliyetlerin kontrolü ön

çalışmaları 30 Haziran 1871'de başlar. Temmuz 1872'de İngiliz uyruklu "The Metropolitan Railway Of Constantinople From Galata to Pera" adlı şirketin tescili yapılır. 05 Aralık 187-1'de yapımı tamamlanan Tünel 'de hayvan taşımaya deneme seferlerinin ardından 10 para yolculuk ücreti karşılığında insan taşımaya geçilir. Tünel, 17 Ocak 187-5'te yerli ve yabancı muteber davetli topluluğunun katıldığı görkemli bir törenle hizmete alınır. İlk yapımı maliyeti 180 bin Osmanlı Lirası olan Tünel tesislerinin enerjisi 150 beygir gücünde iki buhar makinesiyle sağlanır. Tünel, sefere başladığında iki tarafı açık olan vagonlar elektrik olmadığı için gaz lambalarıyla aydınlatılır.

²¹² İMRE, s. 4-5.

²⁷³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 10.

²⁷⁴ CÖMERT, Faruk, "Yabancı Sennayenin Dünyü, Bugünü ve Geleceği", Hazine Dergisi, S. 12, Ekim 1998, s. 13.

plana ıknuştır; başta karayolları, haberleşme ve enerji alanlarındakiler olmak üzere, altyapı yatırımları hız kazandı, yabancı sermaye girişi artırdı. İşte bu yeni ortamda, YİD terimi ilk kez, merhum Cumhurbaşkanımız Turgut Özal tarafından telaffuz edilmiş ve literatürde kendisi, bu modelin isin1 babası olarak anılmaya bařlanıdır²⁷⁵. İlk yasal düzenleme de, 1984 yılında, yine Özal'ın öncülüğünde yapılarak, en fazla 99 yıllığına olmak üzere, enerji üretim tesislerinin yapımı ve işletilmesi hakkının özel sektöre verilmesine imkan yaratılmıştır. Bu yeni yasal düzenlemeyle, yatırım ve işletme maliyetinin tümünün yatırımcı şirketçe karşılanması öngörülmekte, bu şekilde özel sektörün bilhassa enerji sektörüne girişi desteklenmekteydi. Mevzuat alışmaları ile ilgili ayrıntılı bilgi sonraki bölümde verilecektir.

Ülkemizde YİD modelinin uygulanması ilk defa, Mersin yakınındaki Akkuyu Nükleer Güç Santrallerinin inşası amacı ile 1984 yılında, gündeme gelmiştir; ikinci gündeme gelişi ise, 1985 yılında ikinci boğaz köprüsünün yapımıdır, fakat her iki projenin gerekleştilmesinde de yap işlet devret modeli uygulanamamıřtır²⁷⁶. Bununla birlikte, YİD modelinin uygulanmasına yönelik ilk sözleşme, Ankara Büyükşehir Belediyesi Encümeni'nin, 2.8.1985 tarih, 1135/1633 sayılı kararına dayalı olarak, alışveriş merkezi Atakule'nin yapımı ve işletilmesi için, Belediye ile Anıtsal Yapılar Sanayi Ticaret ve Turizm şirketi arasında (YİD sözleşmesi) imzalanmıřtır²⁷⁷. Günümüzde ise, yap işlet devret modeli sıkça kullanılmaktadır: İstanbul Yeşilköy Hava Limanının genişletilmesi, Ankara Esenboğa Hava Limanının genişletilmesi, Antalya Hava Limanının genişletilmesi, İstanbul Sabiha Gökçen Hava Limanının

²⁷⁵ **SEZER, Yasin**, "Kamu Hizmetlerinin Görülmesinde Yap-İşlet-Devret Modeli", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2000, s. 32.

²⁷⁶ **GENÇOĞLU**, s. 41.

²⁷⁷ **GENÇOĞLU**, s. 41; **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 9-10; **ÖZER, Kadir**, "Yap İşlet Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları", Ziraat Mühendisliği Dergisi, S. 358, s. 35.

genişletilmesi, Yavuz Sultan Selim Kp r s s u , Kuzey Marmara Otoyolu, Osmangazi Kp r s s u ve Avrasya T n e l i ilk *akla* gelen rneklerdir.

2. T R K İ Y E ' D E Y A P İ Ő L E T D E V R E T İ L E İ L G İ L İ M E V Z U A T

Gemişten bug ne lkemizin yap i Ő let devret mevzuatı, ana hatları ile, a ř a ğ ı d a k i gibidir:

- Y İ D modeline ilişkin ilk yasal d zenleme, 4096 sayılı ve 4.12.1984 tarihli "*T r k i y e E l e k t r i k K u r u m u D ı Ő ı n d a k i K u r u l u Ő l a r ı n E l e k t r i k  r e t i m i , İ l e t i m i , D a ğ ı t ı m ı v e T i c a r e t i i l e G  r e v l e n d i r i l m e s i H a k k ı n d a K a n u n*" ile enerji sektr nde yapılmıştır. Bu Kanunun uygulamasına y n vermek amacıyla d rt adet y netmelik yayımlanmıştır. Bunlar; 85/9759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (**BKK**) ekinde yayımlanan "*T r k i y e E l e k t r i k  r e t i m İ l e t i m A n o n i m Ő i r k e t i v e T r k i y e E l e k t r i k D a ğ ı t ı m A n o n i m Ő i r k e t i D ı Ő ı n d a k i K u r u l u Ő l a r a E l e k t r i k E n e j i s i  r e t i m T e s i s i K u r m a v e İ Ő l e t m e İ z n i V e r i l m e s i E s a s l a r ı n ı B e l i r l e y e n Y  n e t m e l i k*", 85/9800 sayılı BKK ekinde yayımlanan "*T E K D ı Ő ı n d a k i K u r u l u Ő l a r ı n G  r e v l e n d i r i l e c e k l e r i B  l g e l e r i G  s t e r i r Y  n e t m e l i k*", 87/11488 sayılı BKK ekinde yayımlanan "*T r k i y e E l e k t r i k  r e t i m İ l e t i m A n o n i m Ő i r k e t i v e T r k i y e E l e k t r i k D a ğ ı t ı m A n o n i m Ő i r k e t i D ı Ő ı n d a k i K u r u l u Ő l a r a E l e k t r i k E n e j i s i  r e t i m i , İ l e t i m i , D a ğ ı t ı m ı v e T i c a r e t i K o n u s u n d a G  r e v V e r i l m e s i E s a s l a r ı H a k k ı n d a Y  n e t m e l i k*" ve 91/1630 sayılı BKK ekinde (95/7003 sayılı BKK ile de ğ i Ő i Ő k) yayımlanan "*E l e k t r i k E n e j i s i F o n u Y  n e t m e l i ğ i*" dir.

Enerji sektöründe, YİD modeli çerçevesinde, elektrik ticaretini, iletimini, üretimini ve dağıtımını düzenleyen 3096 sayılı Kanundan sonra; otoyolların ve üzerindeki hizmet tesislerinin yapısını, bakımını ve işletilmesini konusunda, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketlerinin, YİD modeli kapsamında görevlendirilebilmesini öngören, 28/5/1988 tarih ve 3465 sayılı "*Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun*" 19830 sayılı ve 2.6.1988 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış, yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun uygulama yönetmeliği ise, 93/4186 sayılı BKK ekinde yayımlanmıştır.

Yapılan bu sektöre! düzenlemelerin ardından, modele genel bir hukuki temel kazandırmak amacı ile, 3996 sayılı "*Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Gerçekleştirilmesi Hakkında Kanun*" 21959 sayılı 13.6.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konmuştur. 1.10.1994 tarihinde ise, bu kanunun uygulama usul ve esaslarına dair 94/5907 sayılı BKK, yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. 3996 sayılı Kanun ile, 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun hükümleri saklı tutulurken; ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren diğer bazı yatırımlar, otoyol yatırımları, enerji üretimi, iletimi, dağıtımı, YİD modeli kapsamına alınmıştır.

- Anayasa'nın 47'nci maddesi, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla, değiştirilmiş; devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebile-

ceği hususlarının kanunla belirlenebilmesine olanak tanımıştır. Anayasa'da yapılan bu değişikliğe uyum sağlanaması amacıyla, 3996 sayılı YİD Kanunu'nun 2 ve S'inci maddelerinde, 20.12.1999 tarih ve 4493 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış; 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuş ve pek çok kamu hizmeti, 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

3. YİD MODELİNİN TANIMI

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

A. DOKTRİNDE YAP İŞLET DEVRET TANIMLARI

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

DURAN, YİD modelinin "*bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulması, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortismanı ve kar gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devrine imkan veren bir rejim*" olduğunu ifade etmiştir²⁷⁸

²⁷⁸ **DURAN, Lütfi**, "Yap-İşlet-Devret", AÜSBF Dergisi, C. 46, S. 1, Ankara 1991, s. 150.

Çok benzer bir tanım yapan **COŞKUN**, YİD için "bir kamu hizmeti ,eya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak li. Irulması ve belirli süre işletilmesi suretiyle yatırılan sermayenin amortismanı ve kar gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini sağlayan bir rejim. iç finansman kaynaklarının yetersizliği ve kredi imkanlarının sınırlı olması nedeniyle ortaya çıkmış bir girişim modeli" tanımlamasını yapmıştır⁷⁹.

Benzer bir başka tanım, **YERLİKAYA** tarafından yapılmıştır: "YİD modeli. kamu finansmanının kamusal nitelikli yatırımları gerçekleştirip, kamusal mal ve hizmetleri yerine getirmede yetersiz kalması durumunda ya da devletin ekonomi ve kamu hizmeti anlayışının değişmesi sonucunda söz konusu yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde özel sermayenin finansmanına imkan tanıyan ve özel sermayenin sağladığı yatırım ve finansman karşılığında belirli süreliğine karı ve zararı kendine ait olmak üzere işletilmesine ve süre sonunda tüm yatırım ve tesislerin bedelsiz ve her türlü borçtan arı olarak ilgili kamu idaresine geçmesini sağlayan bir model" olarak tanımlamıştır⁸⁰.

İMRE, YİD modelinin işletme kısmına ilişkin birtakım detaylara yer vererek, modeli, "bir kamu altyapı yatırım veya hizmetinin finansmanı özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve kamu tarafından belirlenen bir süre için işletilmesi ve yine bu süre içinde ürettiği mal ve hizmeti, tarafların karşılıklı saptadıkları bir tarife uyarınca kamu kuruluşlarına satması ve sürenin sonunda işletmekte olduğu tesisleri bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda ilgili kamu kuruluşuna devretmesi" şeklinde tanımlamıştır⁸¹.

²⁷⁹ **COŞKUN**, s. 46.

²⁸⁰ **YERLİKAYA, Gökhan Kürşat**, Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirilmesi, Ankara 2002, s. 26-27.

²⁸¹ **İMRE**, s. 4.

UĞUR tarafından yapılan tanım; "*Yap İşlet Devret modeli bir kamu li=mei ya dafaalı)ıeti ya da bayındırlık işinin, (kamu kurumu ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası şirketler arasında yapılan bir sözleşme çerçevesinde) sabit bir fiyat üzerinden, tüm masrafların özel teşebbüs tarafından karşılanarak, yatırım yapılan ülkenin üretilen mal ya da hizmetleri satın alma garantisini altında projelendirilmesi, finanse edilmesi, inşa edilmesi, korunması ve belli bir süre işletilmesi suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve karının gerçekleştirilmesinden sonra sürenin bitiminde tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu kurum ya da kuruluşuna devir ve teslimini sağlayan bir rejimdir" şeklinde²⁸².*

GÜNEŞ ise YİD modelini, "*Yap İşlet Devret modeli, bir kamu hizmetinin kamu kurum ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası özel sermaye arasında yapılan bir sözleşme çerçevesinde sermayeyi, kar ve zarar ile tüm masrafları yüklenici tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi, yapılan tesisin yüklenici tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi; yapılan tesisin yüklenici tarafından belli bir süre işletilmesi sonucunda, yatırılan sermayenin ve belli bir karın (zararın) elde edilmesi; sözleşmede belirtilen süre sonunda tesisin işler vaziyette, her türlü taahhüt ve borçtan arındırılmış olarak, ilgili kurum ya da kuruluşlarına devir ve teslimini sağlayan kamu yatırım ve finansman modelidir*"²⁸³ şeklinde tanımlamaktadır.

KARACA ve **PİRLER** ise çok daha kısa bir tanım yapmayı tercih etmişler; "*YİD özellikle büyük ölçekli altyapı projelerinin özel sektör*

²⁸² **UĞUR, Oktay**, "Yap-İşlet-Devret Girişim Modelinin Hukuksal ve Ekonomik - MaJi Et-kileri", 1993 yılı Hesap Uzmanları Kurulu Konferansları IV, Ankara 1993, s. 245.

²⁸³ **GÜNEŞ, Cengiz**, Tüm Yönleriyle Enerji ve Altyapı Yatırım Modelleri UygulamaJarı ve Mevzuatı, Ankara 2002, s. 21.

tarafmdan gerçekleştirilerek, belli bir süre işletildikten sonra kamuya devridir .. şeklinde bir tanımlama yapmışlardıı-2⁸⁴.

SİRİ'1EN ve **ÇAL** ise daha farklı bir bakış açısıyla, YİD'in, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere, sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde geliştirilen bir finansman modeli olduğuna işaret etmişlerdir^{2⁸⁵}.

CENGİZ, YİD modelinin "*yap işlet devret modeli bir kamu hizmetinin kamu kurumu ya da kuruluşları ile ulusal ya da uluslararası özel sermaye arasında yapılan bir idari sözleşme çerçevesinde sermayesi, kar ve zarar ile tüm masrafları yüklenici tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve yapılan tesisin yüklenici tarafından belli bir süre işletilmesi sonucunda yatırılan sermayenin ve belli bir karın elde edilmesi ve sözleşmede belirtilen sürede tesisin işler vaziyette her türlü taahhüt ve borçtan arındırılmış olarak ilgili kamu kurum ya da kuruluşlarına devir ve teslimini sağlayan kamu yatırım ve finansman modeli*" olduğunu ifade etmiştir^{2⁸⁶}.

GENçOğLU ise, YİD modelini "*Yap-işlet-devret modeli, kanunzm görev alanına giren bir yatırım ya da hizmetin, yatırım ve işletme döneminde oluşacak masrafları karşılayan yüklenici tarafından belirli bir süre işletilmesi hakkına sahip olunması*"^{2⁸⁷} şeklinde tanımlamaktadı.

^{2⁸⁴} **KARACA Yüksel**, "Yap İşlet Devret Modeli", Yaklaşım Dergisi, S. 34, 1995, s. 58; **PİR-LER Orhan**, "Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli", ağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, S. 1, Ankara 1995, s. 47.

^{2⁸⁵} **SİRME ,Lale**, "Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli", Yap işlet Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya ıkan Sorunlar ve neriler Sempozyumu, Ankara !_996, s. I 1; **ÇAL, Sedat**, "İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım Onerisi ve Bu Bağlamda Enerji Sektöründe Karşılaşılan Hukuki Sorunlara Getirilebilecek zm zerine Denemeler", Finans Dünyası Dergisi, S. 100, İstanbul 1998, s. 42.

^{2⁸⁶} **GÜNEŞ**, s.21.

^{2⁸⁷} **GENçOğLU**, s. 39.

B. MEVZUATTA YAP İŞLET DEVRET TANIMLARI

Doktrinde geliştirilen bu tanımların yanında, 3996 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde YİD, *•ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kar dahil) şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi(dii)" şeklinde tanımlanmıştır²⁸⁸. Aynı tanım 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda da tekrar edilmiştir²⁸⁹.*

Esasen, 3996 sayılı Kanun'un Amaç maddesinde *"Bu Kanunun amacı kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamaktır."* hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre de, YİD ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi ihtiyacı nedeniyle ortaya çıkmış bir finansman modelidir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'un gerekçesinde, *"Ülke kalkınmasında önem taşıyan, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve yaygın işletmecilik anlayışında yapılması yararlı olan yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin yanı sıra, Türk kanunlarına göre kurulmuş olan sermaye şirketleri ve Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümlerine göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı şirketlerin de görevlendirilmesi, kamunun kıt kaynaklarının en gerçekçi biçimde kullanılması açısından büyük önem ta-*

²⁸⁸ Bkz. 13/6/1994 Tarih, 21959 Sayılı R.G.

²⁸⁹ Bkz. 01/10/1994 Tarih, 22068 Sayılı R.G.

şımaktadır. Kanunda öngörülen yatırım ve hizmet alanlarında, rekabetçi bir ortam 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 olacaktır²⁹⁰ açıklamasıyla, büyük yatırımlardaki finansman ihtiyacına işaret edilmiştir. Temel ihtiyaç finansman olmakla birlikte, yabancı sermaye ile çalışmak ve ileri teknoloji transferi, diğer ihtiyaçlardır; esasen bu ilcisi de en az finansman temini kadar önemlidir. Zira, esasen kamu tarafından kredi temin edilerek, yüksek maliyetli yatırımların gerçekleştirilmesi mümkün olabileceken, projeyi gerçekleştirecek olan özel sektör yatırımcısının know-how'ına (işletme süresi sonunda da olsa) sahip olmak, bir başka deyişle, işletmeye yatırımın gerektirdiği ileri teknolojinin girişini sağlamak, YİD'in tercih edilmesinin sebebidir. Özel sektör yatırımcılarının (çoğu durumda yabancı sermayenin) söz konusu yatırıma ilgisini arttırmak için, işletme döneminde elde edilecek kar tümüyle, özel sektöre bırakılmaktadır²⁹¹. Bunlara ek olarak, kamusal yatırımlar bakımından, bölgesel kalkınma farklılıklarının giderilmesi, bazı yatırım alanlarına ilginin artırılması ve altyapı yatırımlarındaki kamu payının azaltılması, gibi düşünce ve amaçlar da tabii ki mevcuttur²⁹².

Sonuç olarak şu söylenebilir ki, YİD modeli için gerek doktrinde, gerekse mevzuatta çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan yola çı-

²⁹⁰ TBMM Tutanak Dergisi 19.Dönem, C. 61 Eki.

²⁹¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 33.

²⁹² POLATKAN VAHİT, Yap İşlet Devret, Ankara 1997, s. 11.

karak biz de bir tanım yapmaya çalışırsak eğer: Yap İşlet Devret modeli; bir kamu hizmeti sunumunun, özel sermayenin finansmanından yararlanarak amacıyla, bir tarafında kamunun diğer tarafında özel sektörün olduğu bir sözleşme kapsamında sağlandığı; özel sektörün sağladığı finansman ile kanlı hizmetinin sunulacağı tesisi inşa ettiği, belirli süreliğine yapılacak risk dağılımı çerçevesinde bu tesisi işlettiği ve süre sonunda tüm yatırım ve tesislerin her türlü borçtan arı olarak, çalışır vaziyette ve bedelsiz şekilde, ilgili kamu idaresine devrinin sağladığı bir model, olarak tanımlanabilir.

II. YİD MODELİNİN TARAFLARI

A. YATIRIM SAHİBİ

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

B. PROJE ŞİRKETİ

YİD'in diğer tarafı ise, yatırımcı proje şirkettir ve genelde kamu yatırımlarında kullanılan YİD modelinin, özel sektör tarafıdır. Bu şirketin, mali açıdan güçlü, tecrübeli olması gerekir, bir veya birden fazla yatırımcıdan oluşabilir. Genellikle, uluslararası nitelikte, büyük bir

müteahhitlik ve miilendislik firması veya yatırımın esaslı unsuru olan tesisatın tedarikçileri ile bunların yanına işletmeci şirketin katılımıyla, yatırımcılar arasında bir konsorsiyum oluşturulmakta ve ihalenin üzerlerinde kalmasını takiben, YİD için münhasır amaçlı bir proje şirketi kurulmaktadır⁹³. Kamunun YİD projelerine, bu şirketler tarafından ilgi gösterilmesi için, yatırımın karlılığı, teknik fizibilitesinin güvenilirliği, yatırım süresi ve risk paylaşımındaki denge, önemlidir⁹⁴.

Bir YİD sözleşmesinde yatırımcı proje şirketi olarak bulunacak olan özel sektör tarafının, çok sabırlı olması gerekmektedir. YİD sözleşmelerinin çok uzun süre devam eden müzakereleri oldukça uzun zaman aldıkları gibi, çok yıpratıcı da olabilmektedir. YİD sözleşmesinin tarafı, kural olarak, yatırımcıların oluşturacağı konsorsiyum tarafından kurulan proje şirkettir. Ancak, şirket kuruluncaya kadar, konsorsiyum YİD sözleşmesine imza atmak suretiyle yatırımın sahibine karşı taahhütlerde bulunulabilmektedir. Proje şirketi kurulduğunda ise, söz konusu sözleşme, bu şirkete devredilerek ilişkiye devam edilmektedir⁹⁵.

III. YİD MODELİNİN UNSURLARI

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

²⁹³ AUGENBLICK / CUSTER, s. 7.

^m PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 64.

²⁹⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 66.

fakat YİD'in önemli bir faktörü olarak ele alındığı çalışmalar da mevcuttur⁹⁶.

1. RİSK PAYLAŞIMI UNSURU

Yukarıda kamu özel işbirliği aleyhine görüşlerin incelendiği kıssında da belirtildiği üzere, kamu ve özel sektör arasında bir amaç birliği yoktur, hatta bazı noktalarda aralarında bir menfaat çatışması olduğu dahi söylenebilecektir. Bu menfaat çatışması, tüm diğer kamu özel işbirliği modellerinde söz konusu olduğu gibi, yap işlet devret modeli için de söz konusudur. İşte YİD'in temelindeki menfaat çatışmalarını esas almak suretiyle, bu modeli mercek altına aldığımızda, karşımıza risk paylaşımının önemi çıkmaktadır; zaten, risk paylaşımı sırasında hangi riskin kimin üzerinde kalacağı mevzusu da başlı başına bir menfaat çatışmasıdır. Nitekim, YİD sözleşmesinin tarafları ve diğer unsurları arasındaki dengeler de risk paylaşımı politikasına göre belirlenmektedir.⁹⁷

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

²⁹⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 33 vd.

²⁹⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 34-35.

Gerek bu risk gerekse projeye dahil olan diğer tüm riskler, taraflarca önceden tanımlanmaya çalışılmakta, genellikle en az bir tarafın kontrolü altındaki olaylardan kaynaklanan bu riskler, riski en iyi yönetecek, kontrol edebilecek tarafın üzerinde bırakılmaktadır, kontrol edilemese de sigorta edilebilir olan kimi riskler, proje tarafları açısından, sigorta edilebilir oldukları için, katlanılabilir kabul edilmektedir.

Örneğin; proje şirketi üzerinde kalması gereken kimi risklerin bazıları, tesisin ve işletme tesisinin sigortalanmasından başka, işçi tazminatları için sigorta, işletmenin kesintiye uğraması, gelir akışının kesilmesi gibi ticari risklere karşı sigorta ve yine politik riskler için de sigortalar yaptırılarak hafifletilebilmektedir; ancak, tüm riskler sigortalanamamaktadır, sigorta maliyetinin, riskin büyüklüğü nedeniyle, çok yüksek olduğu durumlar vardır²⁹⁸.

YİD projelerinde genellikle kar marjı düşüktür, sigortalanan riskler nedeniyle (ödenecek sigorta primleri dolayısıyla) maliyetin artması ve bunun bir sonucu olarak zaten az olan karın daha da azalması nedeniyle, proje risklerinin kimin üzerinde kalacağı noktasındaki menfaat çatışmasının önemi daha fazla ağırlık kazanmaktadır. Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, YİD modelinde, risk paylaşımının finansman kurumları açısından da kabul edilebilir olması (bankability), kamu ile özel sektör arasındaki pazarlık sürecinde, asli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır, ki esasında bu durum, risklerin çoğunun yatırımcı özel sektör kuruluşu üzerinde bırakılmasına en büyük engeldir.²⁹⁹

²⁹⁸ AUGENBLICK / CUSTER, s. 28-30; KERR, s. 9.

²⁹⁹ MORRISON, Neil, "Project Finance in The United Kingdom", International Banking and Financial Law, 1996, s. 3,5; STEWART - SMITH, Martin, "Private Financing and Infrastructure Provision in Emerging Markets", Law and Policy in International Business, 1995, s. 1000.

Daha önce de belirtildiği üzere, risk paylaşımında temel ilke, her riskin bu riski yaratan olayı en iyi kontrol edebilecek olan tarafın üzerinde bırakılmasıdır; şunu da unutmamak gerekir ki, riski taşımanın bir maliyeti vardır, riskin üzerinde bırakıldığı taraf için, bu maliyet ile riski üstlenmekten beklenen kar arasındaki denge, YİD projesinde yer alma hususundaki karar için belirleyici olacaktır. Bu dengeyi sağlamak amacıyla, proje taraflarının menfaat çatışmalarını gidermeye yönelik özel sözleşme hükümleri de düzenlenmektedir. Risk dağılımını temin edecek hükümler oluşturulurken, risk çeşidi ve ağırlığı kadar, proje taraflarının riskleri kontrol güçleri ve risk maliyetini taşıyabilme kapasiteleri de göz önünde bulundurulmaktadır. Dolayısıyla, her bir YİD projesinde kendine özgü bir risk kombinasyonu yaratılmaktadır³⁰⁰. İki tarafça da kabul edilebilir bir risk dağılımına ulaşmak için yapılan pazarlıklarda, en fazla ele alınan unsurlar; sermaye maliyetinin yüksekliği, inşaat döneminin uzunluğu, işletme döneminin belirsizlikleri, temel girdi teminindeki güçlükler, pazara giriş imkanları, teknolojik sorunlar ve politik risklerdir³⁰¹.

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

³⁰⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 36.

³⁰¹ TIONG Robert L.K. / ALUM JahiduJ, "Final Negotiation in Competitive BOT Tender" Journal of Construction Engineering and Management, V. 123, Issue 1, 1997,s.89-93; MAUEL John G., "Common Contractual Risk Allocations in International Power Projects", Columbia Business Law Review, V. 37, s. 38-39.

transferinin gerçekleştirilememesidir. Zira, çoğu zaman, YİD modelinin özellikle yüksek teknoloji gerektiren büyük yatırım projelerinde tercih edilmesi durumunda, teknoloji transferinin sağlanması, asli tercih nedenlerindedir.

Kamu tarafınca sözleşmeye konulan, kamu menfaatini koruyan hükümlerle, YİD projesi kapsamında üretilecek mal veya hizmetin tüketicilere düzenli ve kesintisiz olarak ulaştırılması ve aynı zamanda satış fiyatının da makul düzeyde kalması sağlanmaktadır, bunun sağlanmaması durumu, hem kamu hem de tüketiciler için bir risk oluşturmaktadır, zira böyle bir durumda, kamu sağlanması gereken kamu hizmetini sağlayamamakta (veya çok yüksek bedelle sağlamakta) tüketici de kamu hizmetinden faydalanamamaktadır³⁰².

Tesiste üretilecek mal veya hizmetin arz edileceği pazara girememesi ve tesis gelirinin kesintiye uğraması durumu ise, sözleşmenin özel sektör tarafı olan yatırımcının ve onun finansman temin ettiği kredi kurumlarının, ön plana çıkardığı risklerdir. Bunun yanında, YİD sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarca kusurlu ihlali halleri ve bunların hukuki sonuçlarının ayrıntılı olarak, her bir tarafın kusur halinin ayrı ayrı ele alındığı farklı başlıklar halinde, kararlaştırıldığı görülmektedir. Buna bağlı olarak projenin, kamu tarafından süresinden önce geri alınması (buy out) halinde uygulanacak usul ve bedelin de tespiti, özel sektör için önemlidir. Buraya kadar anlatılanlardan ve verilen örneklerden anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki menfaat çatışmasının da etkisiyle, riskler projenin her bir tarafı için farklılık gösterir, esasında bu durum, yapılacak sözleşmelerde tarafların risk paylaşım hedeflerinin de kaynağıdır³⁰³.

³⁰² **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 36.

³⁰³ **NASSAR Nagla**, "Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns; A Practitioner's Perspective", *Fordham International Law Journal*, V. 23, Issue 6, 1999, s. 70.

YİD modeli kamu yatırım projelerinin hayata geçirilmesinde kullanılmaktadır. Rekabetçi ortamında yarışmalı yatırımcı kuruluşların, hak ettikleri yatırım projelerinin yapımı işini ve işletme hakkını alabilecekleri şeffaf ve adil bir ihale sistemi ve bima bağlı olarak politik risklerin de bir bölümünün bertaraf edilmesi, YİD uygulamalarında yatırımcılar açısından risklerin en aza indirilmesi için atılması gereken ilk adımdır; kaldı ki, yatırım sahibi olan kamu ve hizmetten yararlanacak olan toplumun, yatırımın en uygun fiyatla ve en iyi şekilde yapılmasındaki menfaatleri de, adil ve şeffaf bir ihale sistemini zorunlu kılmaktadır³⁰⁴.

Hem inşaat hem de işletme dönemlerinde muhtelif riskler içermekte olan YİD projelerinde, sözleşme süresinin de oldukça uzun bir dönemi kapsamı sebebiyle, sözleşmede taraflar arasında yapılan risk paylaşımının yanında, bir başka ekonomik gücü, sigortanın, kullanılması kaçınılmaz hale gelmektedir. Büyük riskler, büyük zararlar doğabilme ihtimalini beraberinde getirmektedir, ortada bir zarar olduğu durumda da, bu zarara katlanması gereken bir tarafın da olacağı aşikardır. Zararlara taraflardan biri veya her ikisinin katlanması zorunluluğu, projeleri tercih edilebilir olmaktan çıkarabilmektedir, bunun yanında, proje şirketinin mali gücü sınırlıdır, bunun sonucu olarak doğan zararın tazmini mümkün olmayabilmektedir. Tüm bu sebeplerle, proje risklerinin sigorta edilmesi yoluna gidilmektedir, sigorta primlerinin kimin tarafından ödeneceği, tazminatın kime ait olacağı gibi konular da sözleşmelerde belirlenmektedir³⁰⁵.

YİD projelerinde, *non recourse* veya *limited recourse* finans sistemi kullanılmaktadır, bu sebeple etkin bir sigorta sisteminin oluşturulması,

³⁰⁴ NASSAR, s. 63.

³⁰⁵ Antalya Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.38), Atatürk Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.39), Yat Limanı İmtiyaz Sözleşmesi (m.28).

büyük bir önem arz etmektedir. Tesisin inşasından, işletilmesinden doğabilecek her türlü malvarlıksal ve bedensel zararlar, sözleşme taraflarınca, önceden belirlenmeye çalışılmakta ve bu zararlara karşı sigorta yaptırınak yolu tercih edilmektedir. Projenin öngörülemeyen sebeplerden dolayı tamamlanamaması riskini de kapsamı nedeniyle, mücbir sebeplere karşı yaptırılan sigortalar; tesiste kullanılan teknik ekipmanın arızalanması nedeniyle üretim kapasitesinin düşmesi halinde doğacak zararı önlemek amacıyla, genel sistem sigortaları; personelin tazminat ve diğer sosyal hakları gibi hususlar için ise, genel sorumluluk sigortaları tercih edilmektedir. Ayrıca, YİD projelerinde konsorsiyum ortağı olmayı düşünen Amerikan şirketlerine Overseas Private Investment Corporation (OPIC) tarafından, Amerikan yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkelerdeki sosyal ve politik risklere karşı korunmalarını teminen garanti verilmektedir³⁰⁶.

Sonuç olarak, YİD projelerinde, sözleşme taraflarının çatışan menfaatleri arasında bir denge kurabilmek için, risk yönetimi sistemi kullanılmakta ve bu kapsamda projenin tarafların öngörebildikleri bütün riskleri tanımlanmakta ve her bir riskin hangi taraf üzerine bırakılacağı sözleşmelerde gösterilmektedir.

2. FİNANSMAN UNSURU

YİD modeli, anahtar teslim inşaat sözleşmesine ve diğer klasik tedarik usullerine bir alternatif olarak, yatırımda en önemli ihtiyaç olan finansmanı sağlamak ve yatırımların gerçekleştirilmesinde kullanılmaktadır. Doktrindeki değerlendirmelerde de finansman, YİD modelinin asli bir unsuru olarak kabul edilmektedir³⁰⁷. Nitekim, 3996 sayılı

³⁰⁶ SOZZI, s. 30.

³⁰⁷ SİRMEN, s. 11; KAPLAN, İbrahim, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", BATİDER, C. 19, S. 4, Aralık 1998, s. 13; YERLİKAYA, s. 30.

Kanunun 3. maddesinde de model tanımlanırken, özel bir finansman modeli olduğu belirtilmiştir.

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

Bu her biri birbirinden farklı nitelikteki finansman araçlarından özellikle finansal kiralamanın, YİD modeli ile birtakım benzerlikler gösterdiği söylenebilir³⁰⁸: Gerçekten, tıpkı YİD modelinde olduğu gibi, finansal kiralamada da bir yatırım ihtiyacı söz konusudur ve yatırımın finansmanı bu yatırımda kullanılacak yatırım mallarının işletilmesi suretiyle sağlanmaktadır³⁰⁹. Ancak, finansal kiralama ile YİD arasında ciddi bir farklılık vardır, finansal kiralamada işletmeyi yürüten ile yatırım sahibinin aynı kişi olmasına karşın; YİD modelinde işletme (projeye konu tesis), yatırım sahibi (kamu) tarafından değil, finansmanı temin eden proje şirketince yürütülmektedir. Daha önemli bir fark ise, finansal kiralama sisteminde kiracı, kira bedelinden yani finansmanın geri ödenmesinden şahsen sorumludur; YİD modelinde kural olarak, aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, finansmanın geri ödenmesinde

Jos PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 41.

³⁰⁹ KUNTALP, Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal **Kiralama (Leasing)** Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988, s. 26; KOCAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 35; ALTOP, Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990. s. 16 vd.

şahsi sorumluluk söz konusu değildir, finansmanın işletme gelirinden karşılanması esastır.

YİD modelinin ne şekilde finansman sağladığı konusuna gelirsek;

YİD modeli finansman sağlama külfetinin bir üçüncü kişiye devrine imkan vermektedir, bunun bir sonucu olarak, bu yöntemle temin edilen finansmanın geri dönüşünden de, yatırım sahibi (kamu) değil, yatırımcı proje şirketi sorumludur. Temin edilen finansman, işletme döneminde yatırımın konusu tesisin gelirleriyle geri ödenmektedir, ayrıca bu gelirlerin yeterli olmaması nedeniyle yatırım sermayesinin geri alınamaması ihtimalinde de zarara, kural olarak, yatırımcı özel sektör kuruluşu tek başına katlanmaktadır³¹⁰. Bir başka anlatımla, YİD modelinde finansman temini, kural olarak sadece yatırımcı özel sektör kuruluşunun sorumluluğundadır ve finansmanın geri dönüşü de, kural olarak, işletmenin kendi kendisini finanse etmesi esasına dayanmaktadır³¹¹. Nitekim, 3996 sayılı Kanununun, 6. maddesinde yatırımın finansmanının yatırımcının sorumluluğunda olduğu hükme bağlanmıştır.

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

³¹⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 42.

³¹¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 42.

Yatırım sahibi krunu, proje finansmanını, YİD modeli ile temin etmektedir. Peki, yatırımcı proje şirketinin finansman temininde kullanacağı yöntem nedir? Elbette ki, ilk imkan; yatırımcı şirketin kendi özsermayesidir; ancak, genellikle yatırımın büyüklüğü nedeniyle özsermaye yeterli olmamaktadır. İlk aşamada (inşa aşamasında) projenin nakit akışı dönemi ve sürekliliği de, projenin finansman ihtiyacının ortaya çıktığı dönemler ile örtüşmediği için, düzenli proje gelirine ulaşmaya kadar kullanılacak bir sermaye temin etme gerekliliği ortaya çıkmaktadır³¹². Bu noktada, yatırımcı proje şirketi (özel sektör), çareyi ticari bankalar ve uluslararası finans kurumlarından destek almakta bulmaktadır. Temin edilecek kredilerin vadelerinin, tesisin işletme dönemini aşmaması hususu; özel sektörün işletme dönemi sonunda tesisi borçsuz olarak yatırım sahibine devri yükümlülüğü nedeniyle önemli ve zorunludur. Netice itibariyle, proje finansmanında kullanılan mali kaynak, özsermaye ile kredilerden temin edilmiş olmaktadır³¹³.

Yatırım sahibi kamu kurumu, ihale şartnamelerinde açıkça belirtilmiş olmasa dahi, tekliflerin değerlendirilmesinde, kredi/özsermaye oranına önem vermekte ve ihalelerde yüksek özsermaye taahhüdünde bulunan yatırımcı özel sektör kuruluşlarının şansı artmaktadır, bu sayede muhtelif proje riskleri ortaya çıktığında şirketin yatırımı yarım bırakması veya kredi geri ödeme dönemleri ile proje gelirlerinin tahsilat dönemleri birbirine denk düşmediği hallerde, temerrüt doğması gibi sorunlardan kaçınılmaya çalışılmaktadır³¹⁴. Özsermaye ne kadar çok olur ise, yatırımcı da, gerek kamu kurumları gerek kredi kurumları nezdinde, o derecede daha çok güvenilir kabul edilmektedir. Zira, YİD projelerinde özel sektör, projenin yapımını, işletmesini ve finansmanını üst-

³¹² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 42-43.

³¹³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 43.

³¹⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 43.

lenmektedir ve bunları üstlenmek isteyen bir şirketin bizzat kendi kaynaklarını da özsermaye olarak projeye yatırmış olması, sunulan teklifin gerçekçi ve karlı olduğunun, ayrıca ortaya çıkacak risklerin aşılmasında yatırımcının daha istekli olacağının göstergesidir. Fakat, şunu da belirtmek gerekir ki, özsermayenin nasıl temin edildiği çok önemlidir ve bunun bir sonucu olarak, çok yüksek bir özsermayeye dayalı bir mali teklif sunulması durumu, yatırım sahibi kamu kurumu tarafından tercih edilmeyebilir. Zira, yatırımcı özel sektör kuruluşu, projenin yapımı ve işletilmesinde etkin olacak ve menfaati buna bağlı olan pay sahipleri dışında, halka arz edilen hisseleri satın alan büyük veya küçük yatırımcılar ile, hisse karşılığında kredi veren kredi kurumları yoluyla bir özsermaye ortaya koyabilir. Bu yatırım sahibi (kamu) tarafından tercih edilmeyen bir yöntem olacaktır. Çünkü, yatırımcıların kar payı beklentileri sebebiyle, şirketin toplayacağı proje gelirlerini, tesisin geliştirilmesinden veya bakımından ziyade, kar payı dağıtmakta kullanması riski ortaya çıkabilecektir. YİD modeli için en optimum yatırımcı, projenin finansmanını sağlarken özsermaye ve kredi imkanlarını belirli bir denge içinde kullanan şirketlerdir. Genellikle %20-30 oranında özsermaye, %70-80 oranında da kredi kullanılır. YİD projeleri için uluslararası kredi kurumları, yatırım bankaları, ticari bankalar ve ihracat kredi kurumlarının bir araya gelmeleri suretiyle, sendikasyon kredisi verilmesi söz konusu olabilmektedir³¹⁵.

Bu noktada, kredinin geri ödenmemesi halinde sorumluluğun kime ait olacağı hususu çok önemlidir. YİD modelinin özgün yapısı olarak kabul edilen ve proje için kullanılan kredinin geri ödenmemesi halinde,

³¹⁵ ASSAR, s. 63.

yatırımcıya (özel sektöre) veya yatırım sahibine (kamuya) rücu edilememesi esasına dayanan bir kredi sistemi olan non recourse³¹⁶ finansman modeli kullanılan projelerde, kredi borcundan şahsen sorumlu bir kişi bulunamakta ve kredi sadece proje gelirinden tahsil edilebilmektedir³¹⁷. Diğer bir kredi sistemi olan, limited recourse finansman modelinde ise, yatırımcı kredi borçlarından şahsen sorumludur³¹⁸. Finansmanın non recourse veya limited recourse olması, proje finansmanı için yaratılan muhtelif güvencelerin niteliği hususunda belirleyici olmaktadır. Kural olarak, yatırımcı özel sektör kuruluşunun kredibilitesine önem verilmeyen ve projenin uygulanabilirliği esas alınan YİD finansman metodunda, yatırım için gerekli olan kredinin geri dönüşü projenin getirisiyle sağlandığı için, kredi kurumlarına verilen teminatların en önemlisi de, projeden beklenen gelir ve nakit akışı olmaktadır³¹⁹. Ancak, proje gelirinde bir belirsizlik olması durumunda, proje şirketinin riski artacağı için, bu risk göz önünde bulundurulmakta, verilen tekliflerde yatırım bedeli yükselmektedir. Uygulamada çoğu zaman non recourse modelde kredi temin etmek mümkün olmamakta ve limited-recourse model tercih edilmektedir. Zira, limited recourse finansman modelinde, yatırımcı özel sektör kuruluşunun malvarlığına rücu imkanı bulunmakta, bu bağlamda, yatırım arazisi üzerinde, yatırımcı lehine tesis edilen aynı haklar (üst hakkı) kredi kurumlarına rehnedilebildiği gibi, sigorta, hazine garantisi ve diğer sözleşmelerden doğan alacak hakları da kredi kurumlarına rehin veya temlik edilmek suretiyle bir güvence yaratılabilmektedir³²⁰.

³¹⁶ **STELWAGON, William M.**, "Financing Private Energy Projects in The Third World", Catholic Lawyer, V. 7, 1996, s. 48; **KUMARASWAMY / ZHANG**, s. 196.

³¹⁷ **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 27.

³¹⁸ **SOZZI**, s. 8; **JEFFERIES / GAMESON / ROWLINSON**, s. 354.

³¹⁹ **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 44.

³²⁰ **AUGENBLICK / CUSTER**, s. 3.

Uygulamada, proje için sağlanacak finansman modelinin yapım dönemi ve işletme dönemi için farklı nitelikte olması da mümkündür. Örneğin, kimi zaman projenin yapımı, limited-recourse finance veya non-recourse finance modeli ile finanse edilememekte, ancak işletme döneminde bu modellerin uygulanması söz konusu olabilmektedir³²¹.

Yatırımda kullanılacak kredilerin geri ödenmesi sorunu, proje risklerinin büyüklüğüne bağlı olarak önem kazanmaktadır; işletme gelirinin kredi borçlarının ödenmesinde, riskler nedeniyle, yetersiz kalması ihtimali göz önüne alınırken, bu durum beraberinde teminat ihtiyacını getirmektedir. Kredi kurumları, kendilerini garantiye alabilmek için, yatırımcının (özel sektörün) vereceği teminatların yanında yatırım sahibinden (kamudan) de bir katılım beklemektedir; örneğin, hazine garantileri. Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, YİD projesinin gerçekleştirileceği ülkenin gelişmiş bir ekonomiye sahip olduğu durumda, finansman riskine yatırım sahibinin de katılması ihtiyacı ve bu bağlamda kamu yatırımlarındaki hazine garantisi talepleri, ortadan kalkabilmektedir. YİD modelinin az gelişmiş ülkelerde kullanıldığı durumlar için bu ihtimal, çok istisnai olarak gerçekleşebilecektir³²². Örneğin; Tayland'daki Skytrain ve Stage Expressway projelerinde, İngiltere'deki Channel Fixed Link projesinde, Amerika'daki Florida ve Teksas hızlı tren projelerinde, Çin'deki Shajiao Enerji Santrali projelerinde finansman riski tamamen yatırımcı özel sektör kuruluşuna yüklenmiş ve devletler hiç bir garanti vermemişlerdir; Hong Kong'daki Eastern Harbour Crossing Tünel projesinde ve Tate's Cairn projesinde hiç bir şekilde hazine garantisi verilmemiş, sadece devlet karlı bulunduğu projelere hissedar olarak katılmıştır³²³.

³²¹ STEWART - SMITH, s. 1000

³²² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 45.

³²³ TIONG, Robert L.K., "Risk and Guarantees in BOT Tender", Journal of Construction Engineering and Management, V. 21, s. 184-186; SOZZI, s. 13.

Hukuki riskler, alınan kredinin veya yatırımcı şirketin kullandığı özsermayenin geri dönüşünü olumsuz etkileyen bir diğer önemli bir husustur. YİD projesinin uygulandığı ülkenin hukuk sisteminde mülkiyet hakkının ne şekilde korunduğu, sorumluluk hükümlerinin kapsamı ve sonuçlarının neler olduğu, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yargılama sürecinin ne şekilde işlediği gibi soru işaretleri mevcuttur. Bunları gidermek amacıyla, yatırımcı özel sektör kuruluşuna, projenin takibi ve kontrolüne yönelik olarak özel yetkiler tanınması suretiyle bir teminat yaratılması yoluna gidilmektedir.

Hukuki riskler kapsamındaki diğer bir konu da, özellikle kamu yatırımları açısından, yatırım sahibi kamu kurumunun ülkesinde görülecek bir davada devletin daha avantajlı bir konumda olacağı ve adil bir yargılama yapılamayacağı varsayımdır; bu varsayımdan hareketle, YİD sözleşmelerinde tahkim kayıtlarına yer verilmektedir. Böylece, bu sözleşmeye konu YİD projesine ilişkin taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, yatırım sahibi devletin yargı yetkisi dışına çıkarılmakta ve hatta sözleşmeyle uygulanacak hukuk olarak, yabancı bir hukuk kabul edilebilmektedir³²⁴. Tahkime ilişkin ayrıntılı açıklamalar, çalışmamızın son bölümünde yapılacaktır.

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

³²⁴ STELWAGON William M., s. 61, 69.

3 ESERİNŞASIUNSURU

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

Finansmanını incelenirken, detaylı olarak izah edildiği üzere, YİD modeli, finansmanı kendi içinde mevcut olan bir modeldir³²⁵; dolayısıyla, proje konusu yatırımın kendi kendini finanse etmesi, yani, inşa eserinin işletilmesi suretiyle bu inşaatın finansmanının sağlanması, bir başka anlatıyla, inşaatın kendi kendini finanse etmesi gerekir. YİD modeli kapsamında inşa edilecek eserin, tek başına bir menkul veya gayrimenkul mal imali olarak düşünülmemesi gerekir, bunun ötesinde bir işletme tesisi olarak tasarlanmalıdır.

Öte yandan, çalışmamızın bu noktasında, YİD modelindeki eser inşası unsurunun, istisna akdi perspektifinden ele alınarak bir değerlendirme yapılması zorunludur. Zira, yatırımcı özel sektör kuruluşunun, emek sarf ederek ifa ettiği inşa borcu, istisna akdi ile büyük bir benzerlik göstermektedir. YİD modelinde yatırımcı şirket, tıpkı istisna akdindeki müteahhit gibi, eser inşası borcunu, özel bilgi ve estetik duygusunu haiz, nitelikli emeği ile, araçlarını bu işe tahsis etmek suretiyle ifa etmektedir. Bunun yanında, yatırımcı özel sektör kuruluşunun, inşası amaçlanan işletmenin gerektirdiği know-how'a sahip olması ve bu özel bilgisini işletmeye dahil etmesi de gerekmektedir³²⁶. İşte, yatırımcının

³²⁵ **KAPLAN, İbrahim**, "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", *BATİDER*, C. 19, S. 4, Aralık 1998, s. 11.

³²⁶ **POLATKAN**, s. 11,13.

yüklendiği bu borçlar ve bunların bir karşı bedelinin sağlanacak olması akıllara istisna akdini getirmektedir.

Bununla birlikte, YİD modelinde, yatırımcının bir ücret alacağı olmaması; finansmanı kendisi temin etmek suretiyle inşaatı yaptıktan sonra, bu ticari faaliyetten beklediği karını, işletme gelirinden almayı hedeflemesi, fakat işletme riskleri nedeniyle, beklediği gelire ulaşamamak riskini de göze almak durumunda olması gibi, çeşitli noktalarda, yatırımcı özel sektör kuruluşunun hak ve borçlarının istisna sözleşmesindekinden farklılaştığı da unutulmamalıdır³²⁷.

YİD ilişkisinin doğal bir sonucu olarak, yatırım dönemindeki riskler yatırımcı proje şirketinin üzerine bırakılmaktadır. Dolayısıyla, inşaat aşamasında ortaya çıkacak olumsuz olayların yarattığı maliyet artışları ve gecikmelerin sonuçlarına, finansman riski kendisindedir olan yatırımcı şirket katlanacaktır. Çoğu durumda, yatırımcı proje şirketleri, inşaat borcunun ifası için, taşeron müteahhit şirket ile anlaşmakta ve bu riskleri taşeronu yansıtmaktadır. Bununla birlikte, yatırımcı proje şirketinin taşeron müteahhit ile imzaladığı bu sözleşme hükümleri, inşaat sorumluluğunu proje şirketi üzerinden kaldırmamakta, sadece bir rücu imkanı yaratmaktadır. Buna bağlı olarak, yatırımcı özel sektör kuruluşu, inşaat aşamasında, fizibilitesindeki eksiklik veya kusurlarından dolayı fizibilite raporundan farklı olarak meydana gelecek bütün teknik, sayısal, ekonomik veya mali değişiklik riskine tek başına katlanmakta, dolayısıyla bu riskten doğan maliyet artışını yatırım sahibi kamuya yansıtmamaktadır³²⁸.

İnşaatın iş programına uygun olarak yürütülmemesi, gerekli izinler alınıp, inşaat başlandıktan sonra ortaya çıkabilecek en büyük risktir. Bu noktada iş programına uygunluğun sağlanması için kamu tarafına

³²⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 47.

³²⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 48.

bir denetimin imkanı verilmesi tercih edilmekte ve yatırımcı proje şirketinin genel ihbar borcu kapsamında, dönemsel faaliyet raporları sunması öngörülebilmektedir. Kural olarak, iş programındaki gecikmeler nedeniyle ortaya çıkacak maliyet artışları, proje şirketinin üzerinde kalmaktadır. Ancak, gecikmenin şirket kusurundan kaynaklanmadığı halde, maliyet artışlarının taraflar arasında paylaşımı kabul edilebilmektedir. Bu paylaşım, her bir YİD uygulamasının kendine özgü hükümlerine uygun olarak, artışın tarifeye veya işletme süresine yansıtılmasına izin verilmek suretiyle yapılmaktadır³²⁹.

Gerekli izinlerin alınamaması veya geç alınması, YİD modelinin uygulandığı projelerde, yatırım aşamasında mevcut risklerden biridir³³⁰. YİD modeli yukarıda da pek çok kez belirtildiği üzere, genellikle kamu yatırımlarının finansmanında kullanılmaktadır, bunun bir sonucu olarak, kamunun taraf olduğu YİD uygulamalarında, bu risk sadece proje şirketi üzerinde bırakılmamakta, yatırım sahibi idare de, kendi yetkisinde olan izinleri vennek taahhüdü altına girmektedir. Buna ek olarak, diğer kurumlardan alınacak izinler hususunda yardımcı olmak ve ayrıca tesisin tasarımının sözleşmede belirtilen şekilde yapılması ve uygulanması için yararlı olacak ek bilgilerin kamu kurumlarından elde edilmesine katkıda bulunmak borcu, sözleşmenin kamu tarafına yüklenen diğer borçlardır. Uygulamada, pek çok sözleşmede bu yardımlaşma hükümlerine rastlanmaktadır³³¹.

³²⁹ Antalya Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.9), Atatürk Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Müttemimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.48) ile Yat Limanı İmtiyaz Sözleşmesi (m.7).

³³⁰ **MORRISON**, s. 4.

³³¹ Antalya Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.43), Atatürk Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Müttemimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.48)

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

Esasen tüm bu risklerin önem arz etmesinin tek sebebi, maliyet artışına neden olmalarıdır ve yukarıda belirtildiği üzere; bu riskler genelde yatırımcı proje şirketi ile müteahhit firma arasında imzalanan taşeronluk/inşaat sözleşmelerinde; götürü bedel, kesin iş teslim tarihi ve anahtar teslimi sistem kullanılarak; müteahhit firmaya yansıtılmaktadır. Bu nedenle, yatırım dönemindeki maliyet artışı riski kural olarak yatırımcının, uygulamada ise nihai olarak, taşeron müteahhit firmanın üzerinde bırakılmış olmaktadır³³².

Yatırımcı üzerinde kalacak olan büyük inşaat risklerinden rahatsız olan bir taraf da, kredi kurumlarıdır. Bu durum uygulamada, gerekli finansmanın temininin sağlanabilmesi için, yatırımcıların kendi kontrol alanı dışında kalan politik riskler ile inşaat aşamasında mücbir sebepler nedeniyle doğan maliyet artışlarının yatırım sahibine yansıtılmasını beraberinde getirmektedir³³³.

Sonuç olarak; eser inşası unsuru, yap işlet devret modelinin, önemli bir unsurudur. Yatırım dönemi yani inşaat dönemi riski, kural olarak yatırımcı özel sektör kuruluşunun üzerindedir; inşaat sözleşmeleriyle

³³² *YİD sözleşmelerinde yatırımcı özel sektör kuruluşunun, kusurundan kaynaklanan gecikmelere ve maliyet artışlarına kendisinin katlanacağı kabul edildiğinden, bu nedenle doğan maliyet artışları taraflar arasında paylaşılmamaktadır. Dolayısıyla, taşeron müteahhit firma ile imzalanan inşaat sözleşmesinde de aynı esas kabul edilmektedir. Tabii ki, inşaat genel riziko (ali risk) sigortası yaptırılması zorunluluğu sözleşmelerde yer aldığı için müteahhit firmanın üzerinde bırakılan maliyet artışı riski sigorta şirketleriyle paylaşılmış olmaktadır. Bkz. DEMİRCİ Zeki, Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler, İstanbul 2000, s. 42,65*

³³³ AUGENBLICK / CUSTER, s. 25.

bu risk, taşeron müteahhit firmaya yansıtılmaktadır; yalnızca, mücbir sebep ve politik riskler nedeniyle doğan maliyet artışları toplam yatırım tutarına ilave edilerek, yatırımın sahibi kamuya yansıtılabilmektedir³³⁴.

4. İŞLETME UNSURU

Tesisin inşası ve yatırımın finansmanı, YİD modeliyle gerçekleştirilecek bir yatırımda, yatırımcı proje şirketi tarafından taahhüt edilmektedir; bunun karşılığında ise şirketin beklentisi, inşa edilecek tesisin işletme hakkının belirli bir süre için kendisine verilmesidir. Bu sayede yatırımcı şirket, tesisi işlettiği bu süre boyunca işletmeden elde edeceği gelirler ile, sennayesini geri alma ve makul bir kar elde etme imkanına kavuşacaktır. Taraflar arasındaki ilişkinin denge noktası da, bu hakkın yatırımcıya tanınmasıdır³³⁵. Nitekim, yatırımcı şirkete tesisin işletme müsaadesinin verileceği hususu, 3096 sayılı Kanun'un 3. ve 4. maddeleri ile 3465 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir; ayrıca 3996 sayılı Kanun'un 3. maddesinde YİD tanımı yapılırken "*yatırım bedelinin... ..şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödemesi*" ifadesine yer verilmiştir.

İşletme süresinin belirlenmesi, bu sürede elde edilecek gelirle yatırıma harcanan sermayenin geri alınacağı ve projeden beklenen kar da işletme döneminde sağlanacağı için, özellikle önemlidir. İşletme süresi belirlenirken, tesisin amortisman süresi ve gelir akış kapasitesinin yanında, işletme risklerinin de dikkate alınması zorunludur. Belirlenecek işletme süresi, yatırımcı özel sektör kuruluşunun, işletme gelirlerinden maliyet ve kar tutarını elde edebileceği kadar uzun ve yatırım sahibi

³³⁴ MAUEL, s. 56.

³³⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 52.

kainunun, yatırımdan, tesisi bizzat işletme yönündeki fayda beklentisini engellemeyecek kadar da kısa olmalıdır. Zira, işletme hakkı süresinin fazla uzun olması halinde, sürenin sonunda işletmenin ekonomik ömrü tükenmiş olacaktır. Nitekim bu sebeple, YİD ile ilgili yasalar, işletme süresi için azami süreler öngörmüştür. Örneğin; 3465 sayılı Kanun'un 5. maddesinde tesisin yapım, bakım ve işletilmesini kapsayan süresinin en fazla 49 yıl olacağı; 3096 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, sürenin tespitinde inşa edilecek tesisin amortisman sürelerinin dikkate alınacağı ve en fazla 99 yıl olacağı; 3996 sayılı Kanun'un 7. maddesinde ise, sözleşme süresinin belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlar olarak, elde edilecek kar, yatırım bedeli, yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi, projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esasları sıralanmış, sürenin 49 yılı aşamayacağı hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeler ile amaçlanan, bir sınır oluşturarak menfaat dengesinin sağlanmasıdır.

Buraya kadar anlatılanlardan, YİD modelinin başarıyla uygulanması ve işletme süresinin doğru tespiti için, işletme gelirinin gerçekçi bir hesaplama dayandırılması gerekliliği ve bunun için de ayrıntılı bir fizibilite çalışması yapılmasının önemi, kendiliğinden oraya çıkmaktadır³³⁶. Tüketici portföyü, rakip işletmelerin sayısı ve bu sayının artma ihtimali, tesisin kurulacağı alanın temin maliyeti ve işletme maliyeti, işletme izninin geçerliliğinin kesinliği, çevresel etkiler, yerel paranın yabancı paraya çevrilmesindeki muhtemel sorunlar, risklere karşı sigorta imkanları vb. çok çeşitli unsurlar, gerçekçi bir gelir beklentisi yaratılabilmesi, fizibilite çalışması yapılması için önemlidir³³⁷. Zira, işletmeden beklenen karın elde edilip edilemeyeceği, işletme kapasitesinin öngörülen düzeye ulaşip ulaşamayacağı, girdilerin fiyatlarında aşırı bir

³³⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 53

³³⁷ STELWAGON, s. 51-52.

artış olup olmayacağı gibi sorular, gerek yatırımcı şirket gerek yatırımcıya kredi veren finans kurumları için önemlidir; yatırım sahibinin (kamu) taahhütlerini yerine getirip getirmeyeceği sorusu, finans kurumları için ayrıca önemlidir; proje öncesinde yapılacak gerçekçi bir fizibilite çalışması ve bu çalışma ışığında alınacak tedbirlerle, bu soruların yaratacağı gelir riskinin en aza indirgenmesi mümkündür³³⁸.

Projenin bütün tarafları için önem taşıyan, taraf menfaatlerinin keşiştiği bir başka konu ise, tesisin hazırlanan fizibilite raporu paralelinde tespit edilecek bir işletme programına uygun şekilde işletilmesidir. Tesisin işletmesinin nasıl olacağı yatırım sahibi kamu açısından, kamu yatırımlarında mal veya hizmet üretiminin sürekliliğini temin etme gerekliliği nedeniyle önemlidir; yatırımcı özel sektör kuruluşu ve kredi kurumu içinse, hedeflenen proje gelirinin elde edilmesi ancak bu sayede mümkün olabileceği için önemlidir³³⁹. İşte bu nedenle uygulamada, YİD sözleşmesinden ayrı olarak, yatırımcı proje şirketi ile uzman bir işletmeci şirket arasında bir işletme ve bakım sözleşmesi imzalandığı ve yatırımcının kendisine tanınan işletme hakkını bu uzman şirket eliyle kullandığı örnekler mevcuttur³⁴⁰. Bu durumda, tesisin emre amade tutulmasına, YİD sözleşmesine uygun olarak günlük, haftalık işletme programlarının oluşturulmasına, tesisin uygun verimlilikte devamlı çalışmasının sağlanmasına, tesisin bakım ve onarımının yapılmasına, fizibilite raporunda verilen üretim programının gerçekleştirilmesine ve mümkün olduğu ölçüde üretimin artırılmasına yönelik asli hükümler ile; tesisin güvenliğinin sağlanmasına, çevre ve sağlık koşullarına uygun işletme yapılmasına, personelin standartlara ve mevzuata uygun şe-

^{3,t} STELWAGON, s. 51.

^{3;♦} PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 54-55.

^{3-¼} PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 54.

kilde çalıştırılmasına, personele eğitim verilmesine ve diğer idari hususlara yönelik hükümler, uzman şirket ile imzalanan işletme ve bakım sözleşmesinde yer alınmaktadır³⁴¹.

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

İşletmenin öngörülen işletme programına uygun olarak faaliyette bulunamaması ise, gerekli izinler alınarak işletmeye başlandıktan sonra gündeme gelen bir risktir; bunun önlenmesi için, yatırımcıya (özel sektöre) yeterli personel bulundurma ve düzenli bakım yapma borçları yüklenmektedir; yatırım sahibine (kamuya) ise sürekli denetim yapmak ve düzeltme istemek yetkisi tanınmaktadır. Bununla birlikte, yatırım sahibine sözleşme ile tanınan özel denetim yetkileri yeterli olmayabil-mekte ve tesisin bakımının yatırım sahibi tarafından da yapılabilmesi ve hasarların giderilmesi hususlarında, özel düzenlemeler yapılması tercih edilmektedir: Tesislerin ve şirketin faaliyetleri ile bakım onarım ru-zmetlerinin her an denetlenmek ve tespit edilen eksikliklerin giderilme-sini talep etmek yetkisi yanında, bu talep yerine getirilmez ise, masraf-ları yatırımcıya ait olmak üzere, yatırım sahibine bizzat önlem almak ve hatta belirli durumlarda işletmeyi üstlenmek yetkisi de tarunmakta-dır³⁴². Bu bağlamda, hasarın tazmini sorumluluğu da, kusur halinde ku-

W DEMİRCİ, s. 45.

³⁴² NASSAR, s. 79-80.

surlu tarafa yüklenmekte, mücbir sebep hallerinde de belirlenen limitlere göre, hasara şirketin tek başına katlanması veya yatırım sahibi ile paylaşılması gündeme gelmektedir³⁴³.

Şunu da belirtmek gerekir ki, YİD sözleşmesinde yer alan, yatırım sahibi kamu kurumu ile yatırımcı özel sektör kuruluşu arasındaki, tesisin işletilmesine ilişkin bütün bu sorumluluklar, (böyle bir sözleşmenin mevcut olduğu hallerde) işletmeci şirket ile yatırımcı proje şirketi arasında imzalanan işletme ve bakım sözleşmesinde de bulunmaktadır, bu yolla yatırımcı (özel sektör), kendi üzerindeki riskleri işletmeci şirkete aktarmayı hedeflemektedir³⁴⁴.

İşletme gelirlerinin yetersiz kalması durumu, muhtelif risklerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak en önemli ve korkulan sonuçtur. Bu sebeple, tesisin doğru işletilmesi çok önemlidir. Esasen kredi kurumlarının, yatırımın sahibi olan devletlere doğrudan kredi vermekten ziyade, proje finansmanı niteliğinde yatırımcı şirkete kredi vermeyi tercih etmelerinin temel nedeni de budur; zira, YİD modeli genellikle yüksek teknoloji veya büyük sermaye gerektiren kamu yatırımlarının finansmanında kullanılmaktadır, kredi kurumları yatırım konusu tesisin işletilmesi hususunda yatırımcı şirkete (özel sektöre), yatırım sahibinden (kamudan) daha fazla güvenmektedir. Tesisin doğru işletilmesi ile, işletme süresi içinde işletme gelirleriyle, yatırım ve işletme dönemi için kullanılan kredilerin geri ödenmiş olacağı düşüncesi hakimdir³⁴⁵. İşletme döneminde elde edilecek gelir ile yatırımcı şirket, kendi özsermayesini geri almayı, bir miktar kar elde etmeyi ve kredilerin geri ödemelerini yapmayı hedeflemektedir, bu bağlamda kredi kurumları da işletme gelirinin izlenmesinde etkin olmak istemektedirler³⁴⁶.

³⁴³ NASSAR, s. 79.

³⁴⁴ MAUEL, s. 43-44.

³⁴⁵ SOZZI, s. 13.

³⁴⁶ MORRISON, s. 4.

İşletme dönemi sonunda, tesis yatırımın1 sahibine (kamuya) intikal edecektir, bu sebeple proje şirketinin (özel sektörün) işletme dönemindeki; karın yükseltilmesi amacıyla tesis kapasitesinin üstünde üretim yapılmak suretiyle yatırımın yıpranması, bakım onarım giderlerinden kesinti yapılması veya kalitesiz üretim nedeniyle rekabet gücünün kaybı gibi hatalarının sonuçlarına yatırımın sahibinin katlanması söz konusu olabilecektir.

Tesisin işletmesi ile ilgili her biri, farklı bir tarafı, farklı şekillerde etkileyen bu risklerin bertaraf edilmesi gerekmektedir. Bu gayeyle, tesisin belirli standartlara göre işletilmesini temin etmek için bir işletme programı oluşturulmakta ve bu programa uyulmasını temin için, taraflar arasındaki sözleşmeye, para cezası müeyyidesine yönelik hükümler konmaktadır³⁴⁷. Ancak, işletme programına uyum sağlanabilmesi için, tesiste yapılacak üretimin veya sunulacak hizmetin bir alıcısının olması, bir başka ifade ile, yatırım konusu işletmenin ilgili ürün piyasasında bir pazar payının bulunması gerekmektedir. İşte bu amaçla, uygulamada pek çok YİD projesinde, yatırımcı için bir tekel hakkı veya imtiyazlı bir statü yaratılmaya çalışılmakta, özellikle yüksek teknoloji gerektiren ve potansiyel pazarı sınırlı olan ürün ve hizmetlerin üretimine ilişkin projelerin gerçekleştirilmesinde bu şekilde özel düzenlemeler yapılmaktadır³⁴⁸. Ürün veya hizmet arzının monopol piyasalara yapıldığı durumlarda, bu nitelikte tedbirlere gerek kalmazken, bu sefer de satış fiyatının aşırı yükselmesini önlemek için, yatırım sahibine fiyat kontrolüne yönelik mekanizmalar sağlanması gerekmektedir.

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

³⁴⁷ STELWAGON, s. 50.

³⁴⁸ KARABULUT PEKGÜÇLÜ, s. 57.

getinmektedir. Bu riskler çeşitli yöntemlerle bertaraf edileneye çalışılmaktadır.

IV. YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. YİD BİR SÖZLEŞMEDİR

Sözleşme bir hukuki işlemdir. Hukuki işleme dahil olan tarafların sayısının, bu tarafların amaçlarının, yükümlülüklerinin ve bunların ifa şekillerinin, bir sözleşmenin varlığının tespiti için ortaya konulması gerekmektedir³⁴⁹.

YİD, yukarıda da açıklandığı üzere, yatırım maliyetini karşılamak için yeterli kaynağa sahip olmayan veya kaynaklarını yatırım sermayesi yapmayı tercih etmeyen yatırım sahipleri (kamu) tarafından kullanılan bir finansman modelidir. Yine daha önce belirtildiği üzere YİD, 3996 sayılı Kanun'un 3.maddesinde, bir finansman modeli olarak tanımlanmaktadır. YİD'in kanunda da ifade bulmuş olan bu özelliği, modelin iki asli tarafı olduğuna işaretler; zira, her finansman modelinde olduğu gibi, YİD modelinde de bir tarafta finansmanı temin edecek olan yatırımcı, diğer tarafta finansman ihtiyacı olan yatırım sahibi yer almaktadır³⁵⁰. Bu durumda, YİD'in, Borçlar Kanunu 1. maddede ifade edildiği gibi, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin bir araya gelmesi ile kurulan bir hukuki ilişki, yani bir sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek zorunlu olacaktır³⁵¹.

Esasen, kanun metinlerinde YİD'in bir sözleşme ilişkisi olduğu hususu açıkça hükme bağlanmamış olmakla birlikte, muhtelif hükümlerle

³⁴⁹ KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 42.

³⁵⁰ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 68.

³⁵¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 68.

(3096 sayılı Kanun m.3/2, 3465 sayılı Kanun ın.2, 3996 sayılı Kanun m.4 ve ın.5) YİD modelinin bir sözleşme imzalanarak uygulanacağı ifade edilmektedir. Nitekim, YİD modelinin sözleşme imzalanması yoluyla uygulanacağı, 3996 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye istinaden çıkarılan 94/5907 sayılı BKK ile belirlenmiştir.

Bu sözleşmenin konusu proje yatırımının gerçekleştirilmesidir ve yatırım sahibi konumundaki idare ile yatırımcı konumundaki özel sektör kuruluşu/şirketi arasında imzalanacaktır. Finansmanın ne şekilde temin edileceği, işletme tarihi ve süresi, gecikmelerin ve maliyet artışlarının sonuçları, kamulaştırma, denetim, mücbir sebepler, teminat, sigorta, fesih gibi birçok hususun da sözleşmede düzenlenmesi ve işin yürütülmesi için imzalanması gereken diğer sözleşmelerin de gösterilmesi gerekmektedir³⁵². YİD modeli uygulanan kamu yatırımlarında, karmaşık bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır. Zira, temel sözleşme olarak uygulama sözleşmesinin ve diğer sözleşmeler adı altında da muhtelif sözleşmelerin imzalanması suretiyle oluşturulan ilişkinin kapsamında, tarafların asli borçları yanında, projelendirme, teknik kontroller, teknoloji transferi gibi konular yer almakta ve böylece karmaşık bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır.

2. YİD BİR ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMESİDİR

Anayasa'nın 47. maddesinde 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak, Devletin, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerini özel hukuk sözleşmesi ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırabileceğinin kanunla düzenleneceği hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeye istinaden, 20.12.1999 tarihinde

³⁵² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 69.

4493 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş, bu Kanunla, çalışmamızın "Türkiye'de YİD İle İlgili Mevzuat" kısmında daha detaylı olarak anlatıldığı üzere, ilgili kanunlarda değişiklik yapılarak, KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak akdedilmesi imkanı yaratılmıştır.

Ayrıca, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Anayasa'nın 125. maddesine "*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*" kısmı eklenerek, bu sözleşmelerde tahkime ilişkin hükümlerin yer almasının önü açılmıştır.

3. YİD'İN AMACI FİNANSMAN TEMİNİDİR

Kanun metinlerinde ve doktrinde YİD'in niteliği için kullanılan "finansman modeli" kavramı, esasen YİD'i kullanan taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi işaret etmemektedir, sadece işlem taraflarının temel amaçlarını ortaya koymaktadır³⁵³; dolayısıyla yukarıdaki açıklamalarımız da göz önünde bulundurulduğunda, YİD için, tarafların finansman amacı etrafında bir araya geldiği bir hukuki işlem (sözleşme) ifadesinin kullanılması doğru olacaktır.

Bununla birlikte, şunu da belirtmek gerekir ki, doktrinde, YİD'in bir sözleşme tipi olmadığını, sadece bir finansman modeli olduğunu ileri süren, ancak bu modelin kullanımını için niteliği ne olursa olsun, bir sözleşme yapılması gerekeceğini kabul eden görüşler de mevcuttur³⁵⁴. Nitelik, yatırım sahibi kamu ile, finansman temin ederek bu yatırımın

³⁵³ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 69.

³⁵⁴ SİRMEN, s. 11.

konusu olan tesisi inşa edecek ve sonrasında belirli bir süre işletip yatırım sahibine devredecek olan, yatırımcı proje şirketi arasında meydana gelen bu iki taraflı hukuki ilişkinin niteliği, ne 3096 sayılı Kanunda, ne 3465 sayılı Kanunda ve ne de 3996 sayılı Kanunda açıkça ortaya konulmamaktadır, sadece bir finansman modeli olduğundan bahsedilmektedir.

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

yok sayılarak, sadece bir finansman modeline (amaç unsuruna) indirgenmesi, hukuken doğru bir yaklaşım olmayacaktır³⁵⁵.

Bu nedenle, YİD'in bir finansman modeli olduğu ve kullanımını için bir sözleşme ile kurulmasının gerekli olduğu yönündeki görüşten ziyade; YİD'in, finansman temin edecek taraf ile finansman ihtiyacı olan tarafın karşılıklı olarak hedeflerinin gerçekleştirilmesi için, bir uyum yaratmak suretiyle bir araya gelmeleri üzerine kurulu bulunduğu dikkate alınmalı, yukarıda da ifade edildiği gibi, bizatihi kendisinin bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir³⁵⁶.

4. YİD SUI GENERIS BİR SÖZLEŞMEDİR

YİD sözleşmesinde, iki tipik sözleşmenin tip unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelmesinden daha ötede bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır³⁵⁷. Zaten eğer durum bu olsa idi, YİD'in bir karışık muhtevalı sözleşme olduğunun kabulü gerekirdi ki, doktrinde bu yönde görüşler olduğu gibi³⁵⁸, yüksek mahkeme Yargıtay'ın da görüşü bu şekildedir³⁵⁹. Ancak biz bu görüşe aşağıda detaylı olarak açıkladığı üzere, katılmamaktayız. Doktrinde, YİD modelinin istisna ve hasılat kirası karışımı bir sözleşme olduğunu savunan görüşler mevcuttur³⁶⁰. Her iki sözleşmede de bir tarafın inşa ediminin karşısında, para borcu yerine

m PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 69-70.

³⁵⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 70.

³⁵⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 111.

³⁵¹ BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Hukuk Münasebetleri, Ankara 1962, s. 14; KUNTALP, Kuntalp il, s. 79; OK1:AY, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, IHFM, C. 9, 1996, s. 274, s. 264-295

³⁵⁹ Y.13.HD., 24.2.1987 T., E.1986/12595, K.1987/2236, bkz. YKD., C. XIII, S. 12, Aralık 1987, s. 17671769.; Y.13.HD., 31.10.1995 T., E.1995/9907, K.1995/9429, bkz. Yasa Hukuk Mevzuat ve İctihat Dergisi, C. XV, S. 170/1, Şubat 1996, s. 120-121; Y.13.HD., 9.6.1998 T., E.1998/4614, K.1998/5241, bkz. YKD, C. 24, S. 11, Kasım 1998, s. 1655-1658.

³⁶⁰ SİRMEN, s. 12; ŞENYÜZ, Doğan, Borçlar Hukukuna Göre Yap-İşlet-Devret Sözleşmesi ve Tarafların Vergiler Karşısındaki Durumu, Ankara 1996, s.12; YERLİKAYA, s. 151.

b3şka bir tipik edimin yer aldığı, işte bu benzer yapı itibariyle, YİD sözleşmesinin, bir karışık muhtevalı sözleşme olarak kabul edilen Harsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin³⁶¹ bir benzeri olduğu, dolayısıyla, YİD'in de bir karışık muhtevalı sözleşme olduğu sonucuna varılması gerektiğinin düşünülmesi de olasıdır, ancak bu yaklaşım doğru değildir. YİD modelinin özgün yapısında, tipik edimler olan inşaat yapımı ve tesis işletilmesi karşı karşıya gelmekte, bu edimler aynı taraf (yatırımcı özel sektör) üzerinde kalmaktadır; yatırım sahibinin (kamunun) karşı edimi, sadece yatırımcıya işletme hakkı tanımak ve bu hakkın kullanılabilmesi için yatırım arazisini teslim etmektir. Şunu da belirtmek gerekir ki, burada işletme, esas itibariyle, yatırımcı açısından bir borcun konusunu teşkil eden bir edim değildir; bir hak niteliğindedir. YİD modelinde iki tipik sözleşmenin tipik edim borcunun karşı karşıya gelmesi suretiyle oluşan, karışık muhtevalı bir sözleşmenin varlığından söz edilemeyeceği açıktır³⁶². Bir an için, yatırımcının (özel sektörün) inşa ve finansman edimlerinin karşısında, yatırım sahibinin (kamunun) işletme hakkı tanınmasının "iki tipik edimin karşı karşıya gelmesi" olarak kabul edilebileceğini varsaysak bile, yatırım sahibinin (kamunun) işletme hakkı tanınması ediminin, istisna sözleşmesindeki iş sahibinin "bedel" borcunun yerine geçen, belirli bir parasal değer olmadığı ortadadır. Bu durum dikkate alındığında, yine bir karışık muhtevalı sözleşmenin söz konusu olmadığı izahtan varestedir. Buraya kadar yapılan açıklamalar-

³⁶¹ İki sözleşmenin bir araya gelmesi sonucu oluşan arsa payı kat karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesinin bileşik veya iki tipli karma sözleşme olduğu hususu tartışmalı olmakla beraber, baskın görüş, iki tipli karma sözleşme olduğu yönündedir. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir. Gerçekten, arsa payı kat karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinde, taşınmaz satımı ve eser sözleşmesi bir araya getirilerek, karma bir şekilde düzenlenmektedir. Bir araya getirilen sözleşmelerin sayısı dikkate alınarak da, karma-iki tipli sözleşme denilmektedir. **Bkz. KARTAL Bilal**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 23-26.

³⁶² **PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, s. 104.

dan) İD'in, farklı tipik edimlerinin, edim-karşı edim (sinallagma) ilişkisinin bağlayıcı unsur teşkil ettiği bir karışık muhtevalı sözleşme olmadığı açıktır. YİD ile ilgili, karışık muhtevalı sözleşme bağlamında yapılacak son inceleme, YİD'in birden fazla tipik edimin aynı tarafça yüklenildiği bir karışık muhtevalı akit sayılıp sayılamayacağıdır. Örneğin, pansiyon sözleşmesinde bir taraf oda tahsisi (kira), yiyecek-içecek, erilmesi (satım) ve odanın bakımını (hizmet) üstlenirken, karşı taraf para borcu altına girmekte ve bir karışık muhtevalı sözleşme oluşmaktadır.⁶³ YİD de yatırımcı özel sektör kuruluşunun üstlendiği finansman ve inşaat edimleri nedeniyle bir tarafın "birden fazla tipik edimi aynen üstlendiği karışık muhtevalı bir sözleşme sayılabilecek midir? Finansman, YİD sözleşmesinde yatırımcı şirketin edimlerinden biridir, tipik bir edim olmadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Esasen bir hukuki amaç olan finansman, çok farklı edim tipleriyle sağlanabilmektedir. Örneğin; kanuni finansman tipleri olan; ödünç veya üçüncü şahsın fiilini taahhüt veya taksitle satım tipik edimleri gibi. YİD modelindeki finansman, kanuni finansman tiplerinin tipik edimleriyle değil, tesisin inşası ve daha sonra işletilmesi suretiyle sağlanmaktadır. Diğer yandan, tipik edim borçlarının tamamının kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait olmasının gerekmediği, bunların bir kısmının kanuna yabancı olabileceği de kabul edilmektedir. Örneğin, şoförlü araba kiralanmasında, arabanın kiralanması kanuni bir sözleşmenin tipik edimi iken, şoförün kiralanması kanunda öngörülmemiş bir edim türü olup, üçüncü bir şahsın hizmetinin sağlaması (sui generis) sözleşmenin tipik edimidir³⁶⁴. Bu nedenle, finansman ediminin kanuna yabancı olmasına dayanılarak YİD'in karışık muhtevalı bir sözleşme olmadığı söylenemeyeceği ileri sürülebilecektir. Ancak, finansman edimi, sui ge-

³⁶³ OKTAY, s.274.

³⁶⁴ KUNTALP, Kuntalp il, s. 85.

ncris bir sözleşmenin dahi tipik c:dimi olmadığı için, böyle bir itiraz sonucu etkilemeyecektir³⁶⁵. Burnyn kadar YİD'in neden karışık muhtevalı bir sözleşme olacağını açıkladık. Şimdi bizim de katıldığımız görüşü açıklıyalın ve ıktaylandırılm.

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

YİD sözleşmelerinde, inşa ile işletme hakkı unsurlarının, finansman unsurunun edim muhtevaları halini aldıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, YİD, temelde bir proje finansman modelidir. İlişkinin taraflarını YİD modeline yönlendiren belirleyici hukuki amaç da, bir tesisin inşası veya işletme hakkının alınması değil; bir taraf için, yatırım için gerekli finansmanın sağlanması, diğer taraf için ise, bu finansmanın karı ile birlikte geri alınmasıdır. Bu durum, tipik sözleşmelerin tipik edim muhtevaları veya bunların yüklenilme biçimleri değiştirilerek yaratılan, sui generis sözleşmeler ile uyumaktadır³⁶⁶.

YİD sözleşmesinde, istisna sözleşmesinin tipik edimi olan "inşn" ile hasılat kira 1 sözleşmesinin tipik edimi olan "işletme", edim-karşı edim

.111\ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 105.

ır,(PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 111.

)apısı içinde bir araya gelmemekte, bilakis bu edimler aynı tarafta kalmak-tadır, ayrıca bu edimlerin yöneldikleri amacın farklılaştığı gözlenmektedir⁶⁷: Gerçekten, inşa borcunu ifa eden yatırımcı, inşa edimini, ücretini almak üzere teslim amacıyla ifa etmemekte, finansman temini taahhüdünde bulunarak inşasını üstlendiği tesisin işletme hakkına sahip olmak suretiyle, kar elde etmeyi amaçlayarak edimini ifa etmektedir. Aynı şekilde, işletme ediminin ifa amacı da, hasılat kirasındaki nazarla farklıdır, yatırımcının işletme hakkını elde etmekteki beklentisi, mevcut bir işletmeyi kendi nam ve hesabına işleterek kar elde etmenin çok ötesindedir: Yatırımcı, harcadığı sermayeyi geri alabilmek ve aynı zamanda gerek inşada kullanılan emeğin gerek harcanan fonun karşılığı olacak şekilde bir kar elde edebilmek beklentisi içindedir. YİD için yapılabilecek en doğru hukuki nitelendirme, sui generis bir sözleşme olduğunun kabulü olacaktır; zira hukuki yapısını belirleyen finansman amacına yönelik olarak, tipik edim muhtevaları değişikliğe uğramıştır.

Doktrinde, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü tipik sözleşmelerin hiç birinde mevcut olmayan unsurları içeren sözleşmeler sui generis olarak kabul edilmektedirler³⁶⁸. YİD'de, finansman unsuru, hukuki ilişkinin tamamını etkilemekte ve diğer edimlerin muhtevalarının değişmesine neden olmaktadır, finansman unsurunun özgünlüğü, ayrıca bu özgünlüğün bütün üzerindeki esaslı etkisi itibariyle, YİD'in de sui generis sözleşmeler grubuna dahil edilmesi gerektiği muhakkaktır³⁶⁹.

Bu noktada şu hususa da muhakkak değinmek gerekmektedir ki, münferit sui generis YİD sözleşmelerinin, zaman içerisinde "YİD sözleşmesi tipi" oluşturdukları söylenebilecektir. Zira, esaslı unsurları aynı olan ve bu unsurların özgün yapılar içinde bir araya geldiği çok sayıda

⁶⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 111.

³⁶⁸ TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, 4. Basım, C. VI, Ankara 1985, s. 13.

³⁶⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 112.

YİD sözleşmesi mevcuttur. Tip sadece kanunlarla değil, sosyal hayat içinde düzenli olarak tekrarlanan hukuki ilişkilerle de yaratılabildiğinden, bir YİD sözleşmesi tipinin oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Başka bir deyişle, birbirine benzer ve uygun bir şekilde yapılan somut sözleşmelerin genel bir tanzimi olan tipin varlığından söz edilebilmesi için, belirli bir biçimde meydana gelen muhtelif hukuki işlemlerin gerçekleşmiş olması zorunludur³⁷⁰. Bu bağlamda, her ne kadar, her somut projede taraflar arasında farklı risk paylaşımları ve bu nedenle sözleşmeye eklenen muhtelif edimler olabilmekte ise de, aynı ana çatı altında, özgün yapısı değişimden tekrarlanan münferit YİD sözleşmelerinin genelleştirilmesi ve soyutlaştırılması suretiyle, bir YİD sözleşmesi tipi yaratıldığını kabul etmek yerinde olacaktır³⁷¹.

5. YİD TAM İKİ TARAF BÖRÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR

Yukarıdaki açıklamalarımız göz önünde bulundurulduğunda, YİD'in bir sözleşme olduğu ve YİD ilişkisinin taraflarının bir araya getiren ihtiyacın, finansman temini olduğu açıktır. YİD modeli, sadece bu noktadan ele alınırsa, yatırım sahibine karşılıksız bir kazandırma yapıldığı izlenimi uyandırabilecektir³⁷².

Oysa ki, modelin isminde de belirtildiği üzere, yatırımcının "yap", yani yatırımı gerçekleştirme borcunun yanında "işlet", yani yatırım konusu tesisi belirli süre işletme hakkının olduğu aşikardır. Bir başka ifade ile, bu modelin kullanılmasında, bir tarafın amacı "finansman ihtiyacının" giderilmesi iken, diğer tarafın amacının "finansmanını sağladığı

³⁷⁰ KUNTALP, Kuntalp il, s. 44-45.

³⁷¹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 113.

³⁷² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 70.

yatırımın rantından yararlanarak" olduğu açıktır³⁷³. Nitekim, yatırım bedelinin şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin satışından gelir elde edilmesi suretiyle geri ödeneceği hususu 3096 sayılı Kanunda ve 3465 sayılı Kanunda üstü kapalı şekilde, 3996 sayılı Kanunda ise açıkça, hükme bağlanmıştır.

YİD modelinde, karşı karşıya gelen taraflar arasında, her birinin karşı tarafı kendisine karşı borç altına sokmak için borçlandığı, en basit anlamda "vermek-almak" ekseninde kurulu, bir tam iki tarafa borç yükleyen ilişkinin mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekecektir³⁷⁴.

YİD ile, nakdi veya gayri nakdi bir kredi temini veya ortaklık şeklinde değil, projenin kendi kendini finanse etmesine dönük bir finansman yaratılmakta, bir proje finansman tekniği olarak kullanılmaktadır. YİD'de finansman temin eden taraf olan yatırımcının (özel sektörün) modeldeki rolü, yatırım için gerekli olan finansmanı kendisi temin etmek suretiyle yatırım konusu tesisi inşa etmek ve kendisine tanınan sürede bu tesisi işletmektir. YİD modeli, finansman ihtiyacı olan bir taraf ile finansman temin etmek imkanı bulunan bir karşı taraf arasında, finansman "verilmesi(sağlanması)" ve bu finansmanın (karı ile birlikte) "geri alınması" amacına yönelik olarak kurulan ve ilişkinin kurulduğu anda bir tarafın finansman temini ve inşa borcu altına girdiği, diğer tarafın da işletme hakkının kullanılabilmesini temin borcu altına girdiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi olup; finansmanın verilmesi ve geri alınması noktalarındaki özgün yapısı nedeniyle de farklı bir alternatif niteliği taşımaktadır³⁷⁵.

^m PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 71.

³⁷⁴ Y.İ.3.HD., 3.4.2003 T., E.2003/2417, K.2003/3948: "Davacının davalı Belediyenin açtığı ihaleye katılması sonucu aralarında ihale şartnamesine uygun olarak Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin düzenlendiği tarafların kabulüdedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin tam karşılıklı taahhütleri havi sözleşmelerden olduğu duraksamaya yer olmaksızın bellidir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.04.2021)

³⁷⁵ ŞENYÜZ, s. 15.

Yatırım sahibi kamu, ihtiyaç duyduğu finansmanı YİD modeli ile elde ederken; bir işletme hakkı tanımak suretiyle, inşa edilecek tesisin rantını da bir süreliğine yatırımcı proje şirketine bırakma borcu altına girmektedir³⁷⁶, bu yolla özgün bir finansman modeli yaratılmaktadır. YİO sözleşmesi ile, yatırım sahibi lehine bir karşılıksız kazandırma yaratılmadığı açıktır; aksine, hukuki sebep bağlamında, bir iade alacağı yaratmaya yöneliktir ve bu nedenle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ortadadır. Tarafların karşılıklı edimleri, hem doğuş, hem de ifa açısından birbirine bağlı bulunmaktadır.

Sonuç itibariyle YİD, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. YİD modelinde, hukuki ilişkinin iki tarafı, bir menfaat dengesine ulaşmıştır, karşılıklı hak ve borçlar bütünü içindedir. Yatırım sahibi kamu, finansman ihtiyacını; yatırımcı proje şirketi tarafından sağlanması suretiyle ve yatırım konusu tesisin işletme hakkının da bir süre için yatırımcı şirkete bırakılması şeklinde karşılarken; yatırımcı projenin de inşa ettiği tesise harcadığı sermayeyi geri almasını ve aynı zamanda kar elde etmesini temin eder, YİD "sinallagmatik" bir sözleşmedir³⁷⁷.

Esasen, bu durum, bir proje finansman modeli olan YİD'in, alternatif finansman araçlarına nazaran üstünlüğünün de nedenini oluşturmaktadır. Zira, diğer alternatiflerin aksine, YİD modelinde önemli olan, finansman kullanan tarafın, temelde bir geri ödeme borcu bulunmaması nedeniyle, borç ödeme yeterliliği (kredibilitesi) değil, yatırım konusu projenin borç ödeme yeterliliğidir. Böylece, klasik finansman araçlarından yararlanamayacak olan bir yatırımcı için, yeni yatırımlarını gerçekleştirme imkanı YİD sözleşmesi ile yaratılmış olmaktadır. YİD modelinin bu niteliği gereği, finansmanı temin eden taraf da, klasik yöntemlerden farklı olarak, nakit kredi veya yatırım kredisi verebilecek

³⁷⁶ POLATKAN, s. 13.

³⁷⁷ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 72.

olan bir ticari banka veya bir yatırım bankası veya bir başka finans kurumu olmamaktadır; yukarıda da açıklandığı gibi, yatırım konusu tesisin inşasını taahhüt eden yatırımcı, aynı zamanda finansman teminini de taahhüt etmektedir³⁷⁸.

6. YİD SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİDİR

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

Yukarıda, YİD taraflarının edimlerini dikkatlice inceledikten sonra, bir sui genesis sözleşme olduğunu ortaya koyduk. Özel sektörün finansman temini ve inşaa borcu ile, kamunun işletme hakkı tanıma borcu üzerine kurulu bu ilişkide, karşılıklı borçların muhtevaları dikkate alındığında, aralarındaki borç ilişkisinin edimlerinin yerine getirilme ile tükenmediği, YİD sözleşmesi ile hasıl olan amacın gerçekleşebilmesi için, edimlerin bir zaman dilimi içinde devamlılığın zorunlu olduğu, bu nedenle de sözleşmenin ani edimli değil, sürekli edimli olduğu açıktır³⁷⁹.

Alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleşmesi olarak tanımlanan, edim sonucunun zaman içinde bir süreci kapsadığı borç ilişkileri sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmekte³⁸⁰ ve YİD modelinde de, tarafların ifa menfaatleri açısından aynı yapı görülmektedir. Yatırımcı,

³⁷⁸ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 73.

³⁷⁹ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 113.

³⁸⁰ SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, s. 7-8; OGUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuk.7.1 Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 10,44.

ani edimli bir tipik borç niteliğindeki inşa borcunu³⁸¹ ifaya başladığı imda, inşa maliyetini karşılamak suretiyle, sürekli edim niteliğindeki firmmsman borcwrnn da ifasma başlamış olmakta; yatırım sahibi de sözleşmenin kurulması ile birlikte, yatırım arazisinin kullanım hakkını ve inşa edilecek tesisin işletme hakkını yatırımcıya vermiş ve yatırım arazisinin teslimi ile de, teslim borcunu ifa etmiş olduğu için, o andan itibaren, yine bir sürekli edim niteliğindeki kullandırma borcunu (buna bağlı olarak da yatırımcıya engel olacak davranışlardan kaçınma, işletmeyi engellememe borcunu) yerine getirmeye başlamış bulunmaktadır's2.

V. YİD SÖZLEŞMELERİNDE ŞEKİL SORUNU

Bilindiği üzere, bir kamın hükmü ile şekil şartı öngörüldüğü halde, bu şekle uyulmadıkça, sözleşme geçerli olmayacaktır. Bu durumda, 3096, 3456 ve 3996 sayılı kanunlar uyarınca YİD sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gereklidir, bu bir geçerlilik şartıdır³⁸³.

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

³⁸¹ SELİÇİ, s. 26; SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 78; TANDOĞAN, Haluk, "Arsa Üzerine İnşaat Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler", BATİDER, C.11, 198, s. 28-36.

³⁸² PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 114.

³⁸³ KEŞLİ, s. 274.

şekilde yapılmasının bir geçerlilik şartı olduğu şeklinde ifade edilmesi daha doğru olacak."tır.

VI. YAP İŞLET DEVRET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. SÖZLEŞMENİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ

YİD sözleşmelerinde, esas itibarıyla iki farklı şekilde süre belirlenmesi mümkündür: Bunlardan ilki, yatırım ve işletme için tek bir süre belirlenmesidir; ikincisi, yatırım (eser inşası) ve işletme dönemlerinin sürelerinin ayrı ayrı belirtilmesidir; her iki durumda, sözleşme süresinin sonunda YİD sözleşmesi kendiliğinden sona erer³⁸⁴.

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

³⁸⁴ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 265.

etmiş olacaktır ve böylece sözleşme sona erecektir³⁸⁵. Sürenin ve dolayısıyla yap işlet devret sözleşmesinin sona ermesinin bir neticesi olarak, sözleşme kapsamında inşa edilen tesis, her türlü borç ve taahhütten arındırılmış olarak, tam ve çalışır bir halde, bir bedel karşılığında olmaksızın, kendiliğinden idareye intikal edecektir. Uygulamada, bir devir teslim komisyonu oluşturulmakta ve tesisin gerekli şartları haiz olup olmadığını tespit edilmekte, eğer eksikler var ise, sözleşme hükümleri uyarınca tanımlanmaktadır.

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

Bu noktada şunu da söylemek isteriz ki, sürenin bitimi ile sona eren YİD sözleşmesinin, zımni yenileme veya sükut ile tecdit suretiyle, uzatılması da mümkün değildir³⁸⁶. Zira, YİD sözleşmesindeki süre, sadece ilişkinin bu süre boyunca devam etmesi anlamında olmayıp, sürenin bitmesiyle birlikte hukuki ilişkinin sona ermesini de ifade etmekte, bunun doğal sonucu olarak da, süre sonunda YİD sözleşmesi sona ermektedir.

³⁸⁵ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 266.

³⁸⁶ PEKGÜÇLÜ KARABULUT, s. 267.

2. SÖZLEŞMENİN FESHİ

YİD sözleşmesinin, idare tarafından veya yüklenici tarafından fesbedilmesi, sözleşmenin sona ermesi için, bir başka olasılıktır³⁸⁷. Fesih, sözleşme taraflarından birinin kusuru nedeniyle olabileceği gibi, herhangi bir kusur bulunmamasına rağmen de söz konusu olabilir; kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararının bulunması nedenleriyle de fesih söz konusu olabilmektedir³⁸⁸.

YİD modelinde, kural olarak, tarafların farklı çözümler bulunduğu sürece fesihten kaçınması gerekir, sözleşmenin süresinden evvel sona erdirilmesi son çare olarak başvurulması gereken bir yoldur³⁸⁹. YİD sözleşmelerinde, erken sona erme hallerine ilişkin özel düzenlemeler yapılmaktadır. Taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların sorun fazla büyümeden çözümlenmesi, bu düzenlemelerin temel amacıdır. Genelde oluşturulan sistem, sözleşmenin ihlal edildiğini ileri süren tarafın, bu iddiasını ve gerekçesini karşı tarafa bildirmesi ve bir çözüm bulunmasını talep etmesi, bu yöntemle çözüm bulunamadığı takdirde, sözleşmeyi feshetmesi esasına dayanmaktadır. YİD sözleşmelerinde fesih yetkisi, çoğu zaman, karşı tarafı çözüme zorlamak için bir baskı unsuru olarak kullanılmaktadır. Ayrıca, sözleşmenin feshi durumunda, yatırımcı özel sektör kuruluşuna ödenecek tazminat kalemleri, özel hükümler ile sınırlanarak, yatırımcının mahrum kalınan karı talep hakkı ortadan kaldırılmaktadır; burada amaçlanan çok uzun süreli sözleşme

³⁸⁷ BAYAZIT, s. 309.
³⁸⁸

İN

İAKYILMAZ, Bahtiyar/

ER,

Murat İKAYA, Cemil, Türk Hukuku, 8.

Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 557- 558; GÖZLER/ KAPLAN, s. 503, 506-507; BRACONNIER, Stephane, "L'indemnisation des prejudices nes de la rupture anticipee d'un contrat public d'affaires pour motif d'interet general", AJDA, No: 37, 2009, s. 2036.

³⁸⁹ TALUS, 360; UNCITRAL, Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, New York 2001, s. 153; WB-PPIAF, Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3.0, Washington 2017, s. 157

ilişkileri kapsamında doğabilecek muhtelif riskler nedeniyle büyük tazminat taleplerinin önüne geçmek ve yatırımı sahibi devletler açısından en büyük risk niteliğindeki bu riski taraflar arasında dağıtmaktır³⁹⁰. Ne var ki ülkemizde, YİD sözleşmelerinde uygulanacak fesih sistemi, taraflar arasındaki pazarlıklara kalmış durumdadır. Zira, YİD ile ilgili özel kanunlarda, belirli bir fesih usulü veya bir başka sistem, öngörülmemiştir. Bu hususun sözleşmede düzenleneceği hüküne bağlanmıştır. Bir sonuca olarak; yatırımcı proje şirketinin kusurlu ihlallerinde, ihlalin giderilmesi için verilecek süreler ve ihlallerin sonuçları, inşaat dönemindeki gecikmeler ve diğer ihlaller nedeniyle tahakkuk edecek cezalar ve tesisin üzerindeki kredi borçlarının tasfiyesi ve yukarıda bahsedilen tazminatlar hususu da dahil olmak üzere, fesih ile ilgili diğer tüm hususlar, tarafların pazarlıkla ulaştıkları ortak noktaya bağlı olarak belirlenecektir.

VII. YİD MODELİNDE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

1. GENEL OLARAK YAP İŞLET DEVRET MODELİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR

Yap işlet devret uygulamalarında, uyuşmazlıkların çözümü noktasında, uyuşmazlığın hangi aşamada çıktığı önem taşımaktadır. Zira yap işlet devret modeli uygulamalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü yönünden en önemli sorun uyuşmazlıkların çözüm yeridir³⁹¹. Bu uyuşmazlıklar ve bu uyuşmazlıkların çözümü aşamasında uygulanacak hu-

³⁹⁰ PEKGÜÇÜLÜ KARABULUT, s. 281.

³⁹¹ NOMER, Ergin/ EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN, Günseli, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2003, s. 109; DURAN, s. 163-164.

kuk kuralları ile çözüm mercileri bakımından, birbirinden tamamen ayrılan iki aşama mevcuttur. Bunlardan ilki, sözleşme yapılmadan önce çıkan uyuşmazlıklar; ikincisi, sözleşmenin yapılmasından sonra çıkan uyuşmazlıklardır.

A. SÖZLEŞME YAPILMADAN ÖNCE ÇIKAN UYUŞMAZLIKLAR

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

Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde yaptığımız açıklamalardan şu açıkça anlaşılacaktır ki; yap işlet devret modeline ilişkin sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesidir. Ancak, sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada, idare tarafından tek taraflı olarak yapılan işlemlerden dolayı, örneğin bir imar değişikliğinden dolayı, ortaya çıkan uyuşmazlıkları, ayrı değerlendirmek gerekecektir: Sözleşmeden ayrılabilen bu tür işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar "ayrılabilir işlem kuramı" gereği idari yargıda çözümlenmelidir³⁹². İdari nitelikte olan bu tür işlemlere karşı dava açma hakkına, Anayasa'nın 36'ncı ve 125'inci maddeleri gereği, menfaati olan herkes sahiptir³⁹³.

³⁹² GENÇOĞLU, s. 88.

³⁹³ POLATKAN, Vahit, Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, s. 136.

B. SÖZLEŞMENİN UYGULANMASINDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM YOLLARI

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

Çalışmamızın önceki kısımlarında da bahsedildiği üzere, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun ile Anayasa'nın 125. maddesinde "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" yönünde bir düzenleme yapılarak, YİD sözleşmelerinde tahkime ilişkin hükümlerin yer almasının önü açılmıştır. Bu usulden yararlanmak, tamamen tarafların iradesine bağlı olmakla birlikte, uygulamada YİD sözleşmelerinin hemen tamamına tahkim kaydı konulduğu söylenebilir. Bu kaydın konulmadığı durumlarda, sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak yöntem, herhangi bir özel hukuk sözleşmesi ile aynı olup; görevli ve yetkili mahkemede açılacak bir dava ile uyuşmazlık çözülecektir.

Bununla birlikte, YİD sözleşmelerinin çoğunda tahkim şartı yer almaktadır. Tarafların tahkim şartı koyarken kararlaştırmaları gereken bir konu da, tahkimin ad hoc (özel seçilmiş) hakemlerce mi yoksa bir kurumun himayesinde mi görüleceğidir. Bir yatırım ihtilafı, Dünya Bankası bünyesindeki ICSID tahkim divanına götürülebilir veya UNCIT-

RAL ad hoc tahkim kurallarına göre de gördürülebilir, yatırımdan kaynaklanan ticari ihtilatların görülmesinde önemli tahkim merkezlerinden biri de ICC tahkiidir³⁹⁴. Bu kurumlara ait kurallar tahkim mahkemesinin yargılama usulünü düzenlemektedir. YİD uygulamalarında en çok tercih edilen iki tahkim; ICSID³⁹⁵ ve ICC'dir. Tahkim süreçleri çoğu zaman birbirine oldukça benzerdir. Aşağıda YİD sözleşmelerinde çokça uygulama alanı bulan, ICSID tahkim süreci detaylı olarak anlatılacaktır.

a. ICSID TAHKİM YARGILAMASI

Uyuşmazlığa düşmüş tarafların, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakması, yani uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması yönünde yaptıkları anlaşmalara, tahkim anlaşması denir³⁹⁶.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların, ICSID tahkim ile görüleceğine dair kayıtlar, günümüzde iki taraflı yatırım anlaşmalarında çokça yer almaktadır. Tarafların aralarındaki yatırım ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü hususunda bu yöntem başvurulabilmeleri

³⁹⁴ **YILDIZ, Emine Merve**, "KÖİ Modelinin Uygulanmasında Uyuşmazlıkların Çözümü Yöntemlerinin Analizi", Teoriden Uygulamaya Türkiye Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara 2019, s. 300-301.

³⁹⁵ **YILDIZ**, s. 305-307: "Bu konuda verilebilecek örneklerden bir tanesi, Amerikan hukucuma göre kurulmuş, "Mihaly International Corporation" isimli şirket tarafından 1999 yılında Sri Lanka Cumhuriyeti 'ne karşı açılan ICSID tahkim davasıdır. Söz konusu davaya konu yatırım Sri Lanka'nın en büyük enerji projesi olarak nitelendirilen, 300 megawatt kurulu gücündeki termal enerji santralidir. Diğer bir örnek ise İngiliz ve Kuzey İrlanda menşeli ortaklık yapısına sahip "Malicortp Limited" isimli şirket tarafından, 2009 yılında Mısır Cumhuriyeti aleyhine açılan ICSID tahkim davasıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık 1999 yılında Mısır Cumhuriyeti tarafından YİD modeli ile ihale edilen RasSudr Uluslararası Havaalanı Projesi'nden kaynaklanmıştır."

³⁹⁶ **GÜNEŞ**, s. 195; **KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1991, s. 3465; **KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s. 1068.

1
1

için devletlerin, "*Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme*"ye taraf olmaları gerekmektedir. Türkiye bu sözleşmeye taraftır, söz konusu anlaşma, 1988 tarih ve 3460 sayılı "*Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun*" ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun görülmüştür. Başka bir deyişle, Türkiye ICSID Sözleşmesini imzalamıştır ve yatırım anlaşmalarından çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde bu tahkim usulünün uygulanabileceğini kabul etmiştir. ICSID'in amacı, yatırım anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, bütün tarafların çıkarını dengeleyen, hızlı, uygulanabilir çözümler üretmektir. Bir uyuşmazlıkta çözüm yolu olarak, ICSID tahkiminin uygulanabilmesi için, gerekli olan bir diğer şart, tarafların aralarında yazılı olarak, ICSID tahkimine gitmek konusunda anlaşmalarıdır. Bir toparlama yapmak gerekirse, bir uyuşmazlıkta ICSID tahkim uygulanabilmesi için:

- Bu uyuşmazlık bir akit ülke ile diğer bir akit devletin kişisi arasında olmalıdır.

Taraflar ICSID tahkimine gitme konusunda yazılı anlaşma yapmış olmalıdırlar.

- Yatırımdan kaynaklanan hukuki bir uyuşmazlık olmalıdır.

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

b. ICSID TAHKİM SÜRECİ

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

b.a. Tahkim Başvurusu

Devlet ya da yatırımcı, ICSID tahkimi için, ICSID Anlaşması m. 36 kapsamında, Merkez Genel Sekreterliğine yazılı olarak başvuru yapar ve 25.000 USD maktu başvuru ücretini merkez hesaplarına yatırır³⁹⁷. Yapılan bu başvurunun ardından, genel sekreter, başvuruyu karşı tarafa iletir³⁹⁸. Tahkim talebi, genel sekreter tarafından, uyuşmazlığın ICSID merkezinin yargı yetkisinde olup olmadığının tespiti için incelenir; tahkim talebinin merkezin yetkisi dışında kaldığı saptanmazsa başvuru kaydedilir. Gerekli görmesi halinde genel sekreter, başvurunun yetki dışında olup olmadığını belirleyebilmek için, başvuru kaydedilmeden önce, başvuruda bulunan kişiden ilave belge ve bilgi talep edebilir. Başvurunun, ICSID yargı yetkisinin dışında olduğunun tespit edildiği durumda, genel sekreter, başvuruyu reddeder ve bu durumu taraflara bildirir. Genel sekreterin bu yetkisine, "eleme yetkisi" derur. Tahkim talebinin, ICSID Merkezi'nin yetkisi dahilinde olup olmadığı konusunda net bir karar veremediği durumda, genel sekreter, tahkim talebini kaydedip nihai kararı hakemlere bırakmalıdır³⁹⁹.

³⁹⁷ **TUYGUN, Salih**, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007, s. 91.

³⁹⁸ **NEVA, Övünç Öztürk**, ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2000, s. 18.

³⁹⁹ **TUYGUN**, s. 90,91; **DOST, Süleyman**, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Isparta 2006, s. 163-164; **ERTEN, Rıfat**, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara 2005, s. 208; **ERDOĞAN, Feyiz**, Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 174.

b.b. Uygulanacak Hukuk

Uyuşmazlık, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hukuk kuralları çerçevesinde çözülecektir. Zira, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusunda irade serbestisi mevcuttur. Taraflarca uyuşmazlığa uygulanacak hukuka ilişkin bir anlaşma yapılmamış ise, taraf olan akit ülkenin hukuku, kanunlar ihtilafı da dahil olmak üzere, uyuşmazlığa uygulanacaktır⁴⁰⁰.

Uyuşmazlığa ilişkin tahkim yargılamasında, hakein heyetince uygulanacak usul kuralları da, taraflarca serbestçe belirlenebilir. Bu konuda taraflarca yapılmış bir anlaşmanın bulunmadığı duruma, ICSID tarafından düzenlenmiş olan tahkim kuralları uygulanır⁴⁰¹.

b.c. Tahkim Yeri

Tahkim yeri konusunda taraflar anlaşamazlarsa, tahkim Washington'daki Merkezde yürütülür; tarafların anlaştığı durumda ise tahkim, Merkezin de uygun göreceği herhangi bir resmi veya özel kuruluşta veya daimi hakemlik divanında yürütülür⁴⁰².

b.d. Hakem Heyetinin Seçimi

Tahkim başvurusunun, ICSID Sözleşmesinin 36'ncı maddesi kapsamında kaydedilmesinden sonra, Sözleşmenin 37 - 40 maddeleri kap-

⁴⁰⁰ GENÇOĞLU, s. 96-97.

⁴⁰¹ ERDOĞAN, s. 175.

⁴⁰² TUYGUN, s. 92; KARAYEL, İsmail Emrah, ICSID Tahkimi ve ICSID Tahkiminin Kö-
tüye Kullanılması Bakımından Türkiye Örneği, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ka-
seri 2020, s. 98.

samında hakenl atanması süreci başlayacaktır. Hakem heyeti tek kişiden olabileceği gibi, tarafların üzerinde anlaştığı tek sayıdaki birden fazla kişiden oluşabilir. Tarafların hakem sayısı üzerinde anlaşamadıkları durumlarda ise, hakem heyeti üç kişiden oluşur; hakemlerin tabiiyetlerinin (vatandaşlıklarının) farklı olması gerekir. Ancak başhakem konusunda tarafların anlaştığı durumlarda, bu husus engelleyici bir kısıt oluştuktan çıkar. Hakem heyetinin, tahkim talebinin genel sekreter tarafından kaydının ardından, 90 gün içerisinde atanmaması durumunda, genel sekreterin kendisi, tarafların görüşünü de alarak, taraflardan hiçbirinin tabiiyetinde olmayan hakemler arasından, hakem atayacaktır.⁴⁰³

Hakem heyetinin oluşturulmasının ardından heyet; taraflar, uyuşmazlık konusu, tarafların iddiaları, çözüme kavuşturulması gereken hususlar, uygulanacak hukuk ve sürece ilişkin muhtemel takvimin yer aldığı görev belgesini düzenler. Bu belgenin düzenlenmesi aşamasında ihtiyaç hasıl olur ise, duruşma yapılabilir. Görev belgesi taraflarca imzalanır ve bundan sonraki süreç bu belgede anlaşılan çerçevede devam eder. Yargılama yazılı ve sözlü olarak gerçekleştirilir. Tarafların karşılıklı ilk dilekçelerinden sonra taraflar, aralarındaki anlaşmaya göre, ikinci dilekçelerini sunabilirler. Tüm bu dilekçeler, görev belgesinde belirtilen süre içerisinde sunulur. Sürelerin, hakem heyeti tarafından, taraflardan birinin talebi ve diğer tarafın muvafakati ile uzatılması mümkündür. Ayrıca hakem heyetinin ihtiyaç duyması halinde, çeşitli konularda ilave açıklama istemesi mümkündür; heyet, bir tarafın talebi üzerine de diğer taraftan ilave açıklamada bulunmasını da talep edebilir.⁴⁰⁴

⁴⁰³ ERDOĞAN, s. 174.

⁴⁰⁴ GENÇOĞLU, s. 98.

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

b.e. Karar

Yukarıda, hakem heyeti tarafından, düzenlenen görev belgesinde tahkim sürecinin gösterileceğini belirtmiştik. Hakem heyeti, uyuşmazlığa ilişkin kararını, tahkim sürecinin sona ermesini takip eden 60 gün içinde düzenler ve imzalar; bu süre içinde kararın düzenlenememesi durumunda, 60 günlük süre, hakem heyeti tarafından, 30 gün daha uzatılabilir. Heyet, kararlarını oybirliği ile verebileceği gibi tüm üyelerin oy çokluğu ile de verebilir⁴⁰⁵.

Kararda, verilen hükmün ve gerekçesinin yanında, taraflar, sözleşme kapsamında oluşturulan heyetin kuruluş yöntemi, hakem heyetinin her bir üyesinin ismi ve kimin tarafından atandığı, tarafların temsilcileri, danışmanları ve avukatlarının isimleri, heyet oturumlarının tarih ve yerleri, işlemlerin özeti, heyetçe belirlendiği kadarı ile olaylar, tarafların sunumları ve heyetin ücretlere ilişkin kararı açıkça yer alınalıdır⁴⁰⁶. Hakem kararları yazılı olarak alınır, oy kullanan hakemlerce imzalanır, imzaların tarihi belirtilir. Kararda heyet, önündeki uyuşmazlıkla ilgili sorulara cevap verecek ve cevapların dayanağı olan gerekçeler de kararda belirtilecektir. Hakem heyeti üyeleri, şahsi görüşlerini,

⁴⁰⁵ ÖZSUNAY, Ergun, Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararları, Uluslararası Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul 2004, s. 157.

⁴⁰⁶ TUYGUN, s. 145.

çoğunluğa karşı olup olmadığını veya karşı görüşünü karara ekleyebilir. Kararların yayınlanması için tarafların rızası olmalıdır⁴⁰⁷.

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

Heyet tarafından verilen karar kesinleşir. Ancak, şartların varlığı halinde, taraflardan birisinin başvurusu ile düzeltilebilir⁴⁰⁷ yorumlanabilir veya geçersiz kılınabilir. Taraflardan biri, kararın verilmesinden itibaren 45 gün içinde, heyete başvurabilir ve kararda hakkında karar verilmesi wmtulan bir problemle ilgili karar verilmesini, kararda bulunan yazım hataları ve matematiksel hatalar gibi yanlışlıkların düzeltilmesini talep edebilir. Heyet, diğer tarafa da bildirerek, kararda hakkında karar verilmesi unutulmuş husus hakkında karar verebilir, kararda bulunan yazım hataları ve matematiksel hatalar gibi yanlışlıkları düzeltebilir.

Karan kesin olarak etkileyecek nitelikte unsurların ortaya çıkması durumunda, unsurun ortaya çıkmasından itibaren 90 gün ve her halde kararın verilmesinden itibaren 3 yıl içinde, taraflardan her biri, genel sekreterliğe yazılı başvuruda bulunarak; başvuru sırasında heyet ve başvuruda bulunan tarafından bilinmeyen durumu ve başvuruda bulunanın bu durumu bilmemesinde kusuru bulunmadığını bildirerek, kararın düzeltilmesini isteyebilir⁴⁰⁸. Bu başvuru eğer mümkünse ilk kararı veren heyetçe karara bağlanmalı; eğer bu mümkün değilse, ICSID Sözleşmesinde hakem seçimine ilişkin düzenlemeler kapsamında yeni bir hakem heyeti oluşturulmalıdır.

⁴⁰⁷ DOST, s. 170-171.

⁴⁰⁸ ERTEN, s.212.; ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 393.

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

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

- Hakem heyetinin ICSID Sözleşmesine, tahkim kurallarına veya tarafların anlaştıkları düzenlemelere uygun şekilde kurulmaması,
- Hakem heyetinin açıkça yetkisini aşması,
- Hakem heyetinin üyelerinden birinin yolsuzluk yapması,
- Temel usul kurallarından ciddi bir sapma alınması,

Kararın dayandığı gerekçelerin bildirilmemiş olması.

Talebin ulaşması üzerine, üç kişilik bir hakem komitesi kurulur⁴⁰⁹. İptal talebine ilişkin karar, bu komite tarafından ICSID Sözleşmesindeki ve Tahkim Kurallarındaki hükümlere uyularak verilir⁴¹⁰.

İptal talep eden tarafın, bu yönde bir talebi de var ise komite, iptali istenen kararın icrasını yeni karar verilinceye kadar erteleyebilir. Komite tarafından yapılacak inceleme sonrasında, kararın iptaline karar

⁴⁰⁹ ŞA.1'ILLI, s. 393.

⁴¹⁰ ÖZTÜRK, s. 114.

Verilebilir. Bu durumda uyuşmazlık, tarafların birinin talebine binaen yeni bir hakem heyeti oluşturularak çözümlenebilir.

b.g. Tenfiz

Akit devletlerden birinde, ICSID tahkim kararının tenfizinin sağlanması için yapılması gereken, akit devletlerin bu amaçla belirlediği mahkeme veya otoriteye, ICSID Genel Sekreterliği tarafından onaylanmış olan tahkim kararını ibraz etmektir⁴¹¹. ICSID tahkimin en büyük avantajlarından biri şudur ki; ICSID tanıma ve tenfiz metodunda milli mahkemelere bir yetki ve görev bırakılmamaktadır. Akit devletler, sözleşmenin 54'üncü maddesi uyarınca, kararın parasal yükümlülüklerini yerine getirmekle, sözleşmeye uygun olarak alınmış her kararı kabul etmekle, yükümlüdürler. Diğer bir deyişle, milli mahkemelerin, ICSID hükümleri kapsamında alınan hakem kararının tenfizi konusunda, herhangi bir müdahale yetkisi bulunmamaktadır.

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

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

⁴¹¹ NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN, s. 82.

SONUÇ

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

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

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

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

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

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

Kamu özel işbirliğinin olumlu ve olumsuz yönleri, çalışmamızın Birinci Bölümünde detaylı olarak anlatılmıştır. Kamu özel işbirliği modellerinin belirtilen bütün yararları sağlanması mümkün olmadığı gibi, mutlak suretle sayılan bütün olumsuz sonuçları doğuracağı şeklinde bir

kabul de mümkün değildir. Hazırlık aşaması oldukça karmaşık olan KÖİ projeleri, bilgi ve deneyim gerektirir. Bu nedenle projelerden istenen sonuçların alınabilmesi için, iyi eğitilmiş kamu görevlileri yanında, iyi bir mevzuat, şeffaf ihale süreçleri, düzgün işleyen denetim yolları, kişisel amaçlarla hareket etmeyen idareciler, doğru yapılmış bir risk dağılımı, gereksiz garantilerin verilmemesi, düzgün hazırlanmış fizibilite raporları ve zaman gerekir.

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

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

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

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

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

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

nulacağı tesisi inşa ettiği, belirli süreliğine yapılacak risk dağılım çerçevesinde bu tesisi işlettiği ve süre bitiminde tüm yatırım ve tesislerin her türlü borçtan ari olarak, çalışır vaziyette ve bedelsiz şekilde ilgili **kamu** idaresine devrini sağladığı bir model, olarak tanımlanabilir.

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

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

Yap işlet devret modeline ilişkin sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesidir. Ancak, sözleşmenin yapılmasından önceki aşamada, idare tarafından tek taraflı olarak yapılan işlemlerden dolayı, örneğin bir imar değişikliğinden dolayı, ortaya çıkan uyuşmazlıkları, uyuşmazlıkların çözümü noktasında, ayrı değerlendirmek gerekecektir. Sözleşmeden ayrılabilen bu tür işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar, "ayrılabilir işlem kuramı" gereği idari yargıda çözümlenmelidir. İdari nitelikte olan bu tür işlemlere karşı, Anayasa'nın 36'ncı ve 125'inci maddesi gereği, dava açmakta menfaati olan herkes dava açma hakkına sahiptir.

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

KAYNAKÇA

ACARTÜRK, Ertuğrul / KESKİN, Sabiha: "Türkiye'de Sağlık eli.1öründe Kamu Özel Ortaklığı", SDÜİİBFD, C. 17, S. 3, 2012, s. 25-51.

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

AKDOĞAN, Muzaffer: "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi", İÜHFM, C. 72, S. 2, 2014, s. 683 - 701.

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

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara 2017.

ALBALATE, Daniel / BEL, Germa / GEDDES, Richard R.: Do Public Private Partnership Enabling Laws Increase Private Investment in Infrastructure, http://www.chaire-eppp.org/files_chaire/albalate_et_al.pdf

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

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

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

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

Asian Development Bank (ADB): "Public-Private Partnership Handbook", **Hata! Köprü başvurusu geçerli değil.**

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

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

BAYAZIT, Bahar: Kamu Özel İşbirliklerinde Kamu Yaran, Ankara 2018.

BAYTAN, İlhan: Özelleştirme Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2009.

BERGERE, François / BEZANÇON, Xavier / DERUY, Laurent / GOULARD, Guillaume / FORNACCIARI, Marc: Le guide opérationnel des PPP, Paris 2010.

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

BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Hukuk Münasebetleri, Ankara 1961.

BOARDMAN, Anthony E. / POSCHMANN, Fino/ VINING Aidan R.: "North American Infrastructure P3s: Examples and Lessons Learned", The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience, Cheltenham & Massachusetts 2005, s. 162-190.

BOZ, Selman Sacit: "Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4., Ankara 2013, s. 277-332

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

BUDAUS, Dietrich / EICHORN, Peter: Public Private Partnerships, Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997.

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

CARMONA, Jose: "Stimulus packages, PPP could spearhead construction industry's recovery", Caribbean Business, Porto Riko 2009.

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

COGHILL, Ken / WOODWARD, Dennis,: "Political Issues of Public Private Partnerships", The Challenge of Public-Private Partnerships: Learning from International Experience, Cheltenham & Massachusetts 2005, s. 81 - 94.

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

CORNER, David: "The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk", OECD Journal on Budgeting, Volwne 5, 2006, s. 37 - 55.

COŞKUN, İsa:"Yap İşlet Devret/ Yap İşlet Modelleri ve Yabancı Sen11aye", Yaklaşım Dergisi, Y.6, S.67, 1998.

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

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

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

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

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

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

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

DOST, Süleyman: Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Isparta 2006.

DURAN, Lütfi: "Yap-İşlet-Devret", AÜSBF Dergisi, C. 46, S. 1, Ankara, 1991, s 147-170.

EIC: EIC \White Book on BOT/ PPP, Germany 2003.

EIB: he EIB's Role in Public-Private Partnerships (PPPs), European Investment Bank, 2004, https://www.eib.org/attachments/thematic/eib_ppp_en.pdf

EKER, Ali Yıldırım: "Kamu Özel Sektör Ortaklıkları", Bütçe Dünyası Dergisi, 2007, C. 2, S. 25, s. 59 - 67.

EKEK, Uğur: Alt Yapıda Kamu Özel İşbirliği Yöntemleri, İstanbul 2010.

EU Comission: Green Paper On Public Private Partnerships and Community Law On Public Contracts and Concessions, 2004.

EPEC: France: PPP Units and Related Institutional Framework, 2012.

ERBAŞ, Özgür/ YAVUZ, Cavit Işık/ İLHAN, Bayazıt: Soru ve Yanıtlarla Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı, Ankara 2012.

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

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

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

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

EVREN, Çınar Can: Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara 2016.

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

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

GARSSE, Steven van: "Public Private Partnerships, Concessions and Public Procurement Law", 3rd International Public Procurement Conference Proceedings, 2008, s. 221-240.

GEDDES, Richard R. / WAGNER, Benjamin L.: Why Do US States Adopt Public - Private - Partnership Enabling Legislation, <http://www.ub.edu/graap/Final%20Papers%20PDF/Geddes%20Wagner.pdf>

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

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

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

GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2012.

GRIMSEY, Darrin / LEWIS Mervyn: "Developing a Framework for Procurement Options Analysis", Policy, Finance & Management for Public Private Partnerships, New York 2009, s. 398 - 413.

GROMITSARIS, Athanasios: "Where is the Public Law Element in Public Sector Contracts? : A Comparison of the British, French and

Genuan Points of View", The Public Private Law Divide: Potential for Transformation?, Londra 2009, s. 245 - 283.

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

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

GÜRKAN, Mehmet Fatih: Kamu Özel Ortaklığı, Ankara 2014.

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

HARTMANN, David: "Public Private Partnerships in France -The Principles and the Legal and Policy Frameworks", European Public Private Partnership Law Review, Vol. 1, Issue:1, 2006, s. 36-42.

HALL, David / DE LA MOTTE, Robin / DAVIES, Steve: "Terminology of Public-Private Partnerships (PPPs)", Working Paper of Public Services International Research Unit, 2003, <https://www.epsu.org/article/terminology-public-private-partnerships-ppp>, (Erişim Tarihi: 15.05.2021).

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

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

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

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

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

International PPP Platform Turkey: Açılış Töreni Konuşma Metinleri, İstanbul 2008.

İMRE, Erol: Türkiye'de Yap İşlet Devret Modeli Yasal atısı Uygulaması, Yüksek Denetleme Kurulu, 2001<https://archive.is/N8avl> (Erişim Tarihi: 27.5.2021).

İNSEL, Ahmet: Neo - Liberalizm Hegemonyanın Yeni Dili, İstanbul 2011.

JALE, Ece Nur: "Denizcilik Sektörünün Özelleştirilmesi", <https://WW\v.denizhaber.com/denizcilik-sektoru-ve-ozellestirme-makale,30.html> (Eşirim Tarihi: 20.04.2021).

JAMIL, Saralı: The Miscellaneous Desirability of Public-Private Partnerships and an Approach to Design an Appropriate Constitution, https://www.wipo.uni-freiburg.de/dateien/tagungen/reformen/the_miscellaneous_desirability_of_public.pd, (Erişim Tarihi: 11.05.2021), 2008.

JEFFERIES, Marcus / GAMESON, Rod / ROWLINSON, Steve: "Critical Success Factors of The BOOT Procurement System; Reflections From The Stadium Australia Case Study", Engineering Construction Architectural and Management, 9/4, 2002, s. 352-361.

JOYNER, Kate: "Dynamics Evolution in Public-Private Partnerships, The Role of Key Actors in Managing Multiple Stakeholders", Managerial Law, Volume 49, 2007, s. 205 - 217.

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

KALÇA, Adem: "Yap İşlet Devret (YİD) Modeli ve Türkiye Uygulamaları", Banka ve Ekonomi Yorumları Dergisi, Y. 35, S.5, 1998, s. 3 - 27.

KAPLAN, İbrahim: "Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", BATİDER, C. 19, S.4, Aralık 1998, s. 9-41.

KARACA, Yüksel: "Yap İşlet Devret Modeli", Yaklaşım Dergisi, S34, 1995, S. 57-64.

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

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

KARAHANOĞULLARI, Yiğit: "Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi", AÜSBFD, C. 67, S. 2, 2002, 195 -225.

KARASU, Koray: "Sağlık Hizmetlerinin Örgütlenmesinde Kamu-Özel Ortaklığı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 66, Ankara 2011, sf. 217-262 (Sağlık).

KARASU, Koray: "Yeni Kamusal" Örgütler: Kamu Yararı Şirketleri", AÜSBFD, C. 64, S. 3, s. 117 - 147.

KARTAL, Bilal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

KERR, M. Thomas: "Supplying Water Infrastructure to Developing Countries via Private Sector Project Financing", (*Cite as: 8 Geo Jnt'l Envtl.L.Rev.91*), Georgetown International Environmental Law Review, V.8, 1995, s. 91 -108.

KERSCHBAUMER, Katja: "Public Private Partnerships in Eastern Europe: Case Studies From Lithuania Republika Srpska And Albania", Eurohealth, Volume 13, London 2007.

KEŞLİ, Ahmet Teyit: Kamu Özel Sektör İşbirliği PPP Projelerinin Hukuki Rejimi (Yayımlanmış Doktora Tezi), TC Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.

KOCAĞA, Köksal: Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999.

KOENIG Christian / WETZEL, Julia: "The Relevance Of EC State Aid Control For PPP Infrastructure Funding", (EPPL) European Procurement and Public Private Partnership Law Review, Berlin 2007, s. 5-11.

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

KUMARASWAMY, Moham / ZHANG, Xue Qing: "Governmental Role in BOT-led Infrastructure Development", International Journal Project Management, 2001, s. 195-205.

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

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

KURU, Baki: Hukuk Mahkemeleri Usulü, İstanbul 1991.

KURU, Baki: Hukuk Mahkemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul, 1995.

LINDER, Stephen H.: "Coming to Terms With the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings", *The American Behavioral Scientist*, 43/1, 1999, 35-51.

AUEL, John G.: "Common Contractual Risk Allocations in International Power Projects", *Columbia Business Law Review*, V. 37, s. 37-59.

UNOGUE, Maïlin: "Changing the State: Concepts and Practice in the Reform of Public Sector", *Beyond the New Public*, 1998, s.17-137.

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

NASSAR, Nagla: "Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns; A Practitioner's Perspective", *Fordham International Law Journal*, V 23, Issue 6, 1999, 60 - 85.

NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN, Günseli: *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2003

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

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, İstanbul 2005.

OKTAY, Saibe: "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İHFM*, C. 9, 1996, s.264-295.

ÖNDER, Tekin M.: *Özelleştirme Uygulamalarına ilişkin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararları*, Ankara 2006.

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

ÖZER, Kadir: Yap İşlet Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları", Ziraat Mühendisliği Dergisi, S. 358, s. 30-35.

ÖZSUNA Y, Ergun: "Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararları", Uluslararası Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul 2004, s. 147-188.

ÖZTÜRK, Neva Övünç: ICSID Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2000.

ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1972-1973.

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

PİLETİC, Jana Habian: "The Public-Private Partnership Act of the Republic of Slovenia", European Public Private Partnership Law Review, Yol. 3, 2008, s. 171 - 174.

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

POLATKAN, Vahit: Yap İşlet Devret, Ankara, 1997.

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

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

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

PPIAF: Toolkit for Public - Private Partnerships in Roads & Highways, Module 1: Overview & Diagnosis, 2009,

<https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaystoolkit/1/index.html>, (Erişim Tarihi: 25.05.2021), s. 30.

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

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

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

Simmons - Simmons & Grup Law Office: İngiltere ve Galler PPP Huk'U'U ve Sözleşmeleri/ England and Wales PPP Law & Contracts , London & İstanbul, 2008.

S001EN, Lale: "Sözleşme Hukuku Açısından Yap İşlet Devret Modeli", Yap İşlet Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, Ankara, 1996, s. 11-17.

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

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

ŞAHİN, Mehmet / UYSAL, Özge: "Kamu Maliyesine Etkileri Açısından Kamu Özel Sektör Ortaklıkları Üzerine Bir Değerlendirme", Maliye Dergisi, 2012, S. 162, Ankara 2012, s. 155 - 174 (Değerlendirme).

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

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Unısmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016.

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

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

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

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

TC Cumhurbaşkanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı: Dünyada ve Türkiye'de Kamu- Özel İşbirliği Uygulamalarına İlişkin Gelişmeler Raporu, 2018.

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

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

TIONG, Robert L.K. / ALUM, Jahidul: Final Negotiation in Competitive BOT Tender", Journal of Construction Engineering and Management, V.123, Issue 1, 1997, s. 83 - 94.

TORRES, Laurdes / PİNA, Vicente / ACERETE, Basilio: "Public-Private Partnerships in Spanish Local Governrnents", European Business Organization Law Review 4, 2003, s. 429 -452.

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

Türk Tabipler Birliği: "Dünyada Sağlıkta Kamu-Özel Ortaklığı: Kamu Özel Ortaklığı Değişimleri", Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu. Ankara 2011, s. 13 - 29.

Türkiye Bilişim Derneği: Kamu Özel Sektör İşbirliği Çerçevesinde BT Alım Yöntemleri Nihai Rapor, 2011, https://www.tbd.org.tr/usr_img/cd/kamubib17/raporlarPDF/RP3-11.pdf, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

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

UĞUR, Oktay: Yap-İşlet-Devret Girişim Modelinin Hukuksal ve Ekonomik - Mali Etkileri", 1993 yılı Hesap Uzmanları Kurulu Konferansları IV, Ankara 1993.

ITHTCE: Guidelines on Private Public Partnerships for Infrastructure Development, New York 2000.

UNCITRAL: Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, New York 2001.

URYAN, Yıldırım / KAPTI, Alican: "Güvenlik Hizmetlerinde Devlet-Özel Sektör İşbirliği: Metodoloji ve Kriterler ", Polis Bilimleri Dergisi,C.13,2011,s.155-178.

US House of Representatives Committee on Ways and Means Subcommittee on Select Revenue Measures: Hearing on The Use of Tax - Preferred Bond Financing, Washington 2006.

UYSAL, Yusuf: "Yerel Yönetimlerde Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Uygulamalarının İki Yönü: Avantajlar ve Dezavantajlar", Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C. 10, S. 2, 2017, s. 169-199.

VAN de VYVER, Pierre / REFALO, Marie: "Extending the Scope of Public-Private Partnerships in France", European Public Private Partnership Law Review, Vol. 4, Issue: 1, 2009, 42 -48.

YALÇIN, Bilge: Karşılaştırmalı Hukukta Kamu Özel Sektör İşbirliği Uygulamaları - Türkiye'de Yapılacak Hukuki Düzenlemelere İlişkin Öneriler, (Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi), Ankara 2008. (Hukuki Düzenlemeler)

YALÇIN, Fatma Ceren: Kamu Özel İşbirlikleri (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014.

YERLİKA YA, Gökhan Kürşat: Yap İşlet Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirme, Ankara 2002.

YESCOMBE, E. R.: Public-Private Partnerships, Elsevier 2007.

YILDIRIM, Turan: "Kamu Hizmeti ve Kar Amacı", Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara 2001.

YILDIZ, Emine Merve: "KÖİ Modelinin Uygulanmasında Uyuşmazlıkların Çözümü Yöntemlerinin Analizi", Teoriden Uygulamaya Türkiye Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara, 2019, s. 295, 327.

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

YILMAZ, Ferimah Yusufi / GÜLTEKİN KARAKAŞ, Derya: "Sağlıkta Kamu Özel Ortaklığı'nın Yapısal/Konjonktüre! ve Türkiye'ye Özgü Nedenleri ", Sağlık Alanında Kamu Özel Ortaklığı Sempozyumu, Ankara 2011, s. 29 - 84.

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

WISS, Marcia / FARÍA, Teresa Maurea: "Public-Private Partnerships in Latin Amerika: Governmental Salvation or Deception?", Business Law International, Vol. 8, 2007, 186 - 206.

ÖZET

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

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

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

ABSTRACT

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

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

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