T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Güzin Pekgüçlü (Karabulut)

Ankara-2005

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Güzin Pekgüçlü (Karabulut)

Tez Danışmanı
Prof.Dr.Ahmet Kılıçoğlu

Ankara-2005

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

TÜRK ÖZEL HUKUKUNDA YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof.Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Tez Jürisi Üyeleri **Adı ve Soyadı**	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) MODELİNİN

GELİŞİMİ, TANIMI VE UNSURLARI

§1. YİD MODELİNİN GELİŞİMİ.....1

I. YİD MODELİNİN EKONOMİK GELİŞİM SÜRECİ.....1

A. YİD Modelinin Genel Yapısı ve Ekonomik Gelişimi.....1

B. YİD Modelinin Günümüzde

Proje Finansmanı Modeli Kapsamında Değerlendirilmesi.....11

1. Proje Finansmanı Modeli.....11

2. Proje Finansmanı Olarak YİD Modeli.....15

II. YİD MODELİNİN HUKUKİ GELİŞİM SÜRECİ.....23

A. Anayasa Değişikliğinden Önceki Dönemde YİD Düzenlemeleri.....23

B. Anayasa Değişikliğinden Sonraki Dönemde YİD Düzenlemeleri.....38

§ 2. YİD MODELİNİN TANIMI VE UNSURLARI.....44

I. YİD MODELİNİN ÖĞRETİDE VE MEVZUATTA VERİLENTANIMLARI……..…….....44

A. Öğretide Verilen YİD Tanımları……44

B. Mevzuatta Verilen YİD Tanımları…….....47

II. YİD MODELİNİN UNSURLARI VE RİSK FAKTÖRÜ……....49

A. YİD Modelinin Unsurlarının Değerlendirilmesinde Risk Paylaşımı Faktörü.....50

B. YİD Modelinin Unsurlarının Tespiti ve Değerlendirilmesi.....62

1. Finansman Unsuru.....62

2. Eser İnşası Unsuru.....73

3. İşletme Hakkı Unsuru.....82

İKİNCİ BÖLÜM

YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

§3. YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....95

I. HUKUKİ İLİŞKİNİN GENEL YAPISI.....95

A. YİD'in Tarafları.....96

1. Yatırım Sahibi.....96

2. Yatırımcı (Proje Şirketi).....101

B. YİD'in Sözleşmesel Yapısı ve Özellikleri.....106

1. YİD'in Sözleşme Olma Özelliği.....106

2. YİD'in Amacının Finansman Temini Olması.....110

3. YİD'in Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....112

C. YİD Sözleşmesinin Unsurlarının Kanuni Sözleşme Tiplerinin Unsurları Açısından Değerlendirilmesi.....117

1. Eser İnşası Unsurunun İstisna Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi.....118

2. İşletme Hakkı Unsurunun Kira Sözleşmeleri Açısından Değerlendirilmesi.....119

3. Finansman Unsurunun Kanuni Sözleşme Tipleri Açısından Değerlendirilmesi.....124

II. YİD SÖZLEŞMESİNİN TİPOLOJİK DEĞERLENDİRMESİ.....126

A. Tipolojik Değerlendirmenin Anlamı.....126

B. Tipin Tespitindeki Esaslar.....130

C. YİD'in Tipik Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi.....134

1.YİD Tipik Bir Sözleşme midir?.....135

a. Genel Olarak.....135

b. Mevzuat Bağlamında Değerlendirme.....139

2. YİD Tipik Bir Sözleşmenin Türevi Olarak Değerlendirilmesi.....152

3. YİD'in Bileşik Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi.....157

4. YİD'in Karışık Muhtevalı Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi.....167

5. YİD'in Sui Generis Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi.....179

III. YİD'İN SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ.....183

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YİD SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ, ŞEKİL SORUNU VE TARAFLARIN BORÇLARI

§4. YİD SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ VE ŞEKİL SORUNU.....193

I. YİD SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİNİN BELİRLENMESİ.....193

II. YİD SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SORUNU.....197

§5. YİD SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI.....198

I.YATIRIMCI PROJE ŞİRKETİNİN BORÇLARI.....198

A. Finansman Temini Borcu.....200

1. Borcun Muhtevası.....200

2. Borcun Hükümleri.....202

3. Finansmanın Teminata Bağlanması.....208

a. YİD Modelinde Teminatın Önemi.....208

b. YİD Modelinde Tercih Edilen Teminatlar.....218

aa. Kredi Kurumlarına Müdahale Yetkisi Tanınması.....223

bb. Yatırım Sahibinin Sağladığı Teminatlar.....225

i.Kredi Temini Taahhüdü.....225

ii. Alım Garantisi.....227

iii. Ödeme Garantisi.....234

iv. Hammadde Garantisi.....236

v. Yatırımcı Lehine Üst Hakkı Tesisi.....238

B. İnşa (Yapım) Borcu.....245

1. Borcun Muhtevası.....245

2. Borcun Hükümleri.....247

C. Sadakat Borcu.....253

1. Borcun Muhtevası.....253

2. Borcun Hükümleri.....255

D. Özen Borcu.....260

1.Borcun Muhtevası.....260

2. Borcun Hükümleri.....266

E. İşi Yapmak veya Yaptırmak Borcu.....272

1. Borcun Muhtevası.....272

2. Borcun Hükümleri.....283

a. Alt Müteahhit Kullanılması Halinde Sorumluluk.....283

b.Yatırım Sahibinin Alt Müteahhide Doğrudan Başvurmak İmkanı.....284

c. Alt Müteahhidin Eylemlerinden Yatırımcının Sorumluluğu.....286

d. Alt Müteahhidin Yatırım Sahibine Karşı Hakları.....289

F. Malzeme Temini Borcu.....291

1. Borcun Muhtevası.....291

2. Borcun Hükümleri.....293

G. Genel İhbar Borcu.....296

1. Borcun Muhtevası.....296

2. Borcun Hükümleri.....298

H. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu.....300

1. Borcun Muhtevası.....300

2. Borcun Hükümleri.....305

I. İnşaatın Tamamlandığını İhbar Borcu.....317

1. Borcun Muhtevası.....317

2. Borcun Hükümleri.....326

a. Borcun İfasında Temerrüde Düşülmesi.....326

b.Temerrüdün Sonuçları.....329

aa. Yatırımcının Sorumluluğunun Ağırlaşması.....329

bb. Yatırım Sahibinin Seçimlik Hakları Kullanması.....331

i. Gecikmiş İfa ve Gecikme Tazminatı Talebi.....333

ii. Müspet Zarar Talep Edilememesi.....336

iii. Sözleşmenin Feshi ve Menfi Zarar Talebi.....343

İ. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....353

1. Borcun Muhtevası.....353

2. Borcun Hükümleri.....356

3. Yatırım Sahibinin Hakları.....365

a. Eseri Kabulden Kaçınma Hakkı.....367

b. Karşı Edimde İndirim Yapmak Hakkı.....373

c. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı.....378

d. Ayıp Nedeniyle Doğan Zararın Tazminini Talep Hakkı.....383

4. Zamanaşımı Sorunu.....392

K. Bakım ve Onarım Borcu.....397

1. Borcun Muhtevası.....397

2. Borcun Hükümleri.....403

L. Devir Borcu.....405

1. Borcun Muhtevası.....405

2. Borcun Hükümleri.....414

M. Yatırımcının Diğer Borçları.....417

II. YATIRIM SAHİBİNİN BORÇLARI.....422

A. Yatırım Arazisinin Teslimi Borcu.....423

1. Borcun Muhtevası.....423

2. Borcun Hükümleri.....429

B. İşletme Hakkı Tanımak Borcu.....433

1. Borcun Muhtevası.....433

2. Borcun Hükümleri.....438

C. Yatırımcıyı Engellemekten Kaçınma Borcu.....440

1.Borcun Muhtevası.....440

2. Borcun Hükümleri.....442

D. Zapta Karşı Tekeffül Borcu.....444

1. Borcun Muhtevası.....444

2. Borcun Hükümleri.....445

E. Vergileri Ödemek Borcu.....447

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YİD SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§6. YİD SÖZLEŞMESİNİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ.....449

I. SÖZLEŞME SÜRESİNİN BİTMESİ.....449

II. KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞIN DOĞMASI.....454

A. Borcun Sona Ermesi.....454

1. Genel Olarak.....454

2. YİD'te Kusursuz İfa İmkânsızlığ.....460

B. İade Borcu.....469

C. Hasarın İntikali.....471

1. Genel Olarak.....471

2. YİD Sözleşmesinde Hasar Sorunu.....475

III. YİD SÖZLEŞMESİNİN FESHİ.....478

A. Genel Olarak.....478

B. Sürekli Borç İlişkisi Olarak YİD'in Feshi.....481

1. Haklı Neden Unsurunun Gerekliliği.....481

2. YİD'in Haklı Nedenle Feshi.....486

C. Genel Hükümler Uyarınca YİD Sözleşmesinin Feshi.....491

D. Özel Hükümler Uyarınca YİD Sözleşmesinin

Feshi ve Diğer Sona Erme Halleri.....493

1. Genel Olarak.....493

2. Karz Sözleşmesinin Sona Erme Hükümleri.....495

3. İstisna Sözleşmesinin Sona Erme Hükümleri.....497

a. BK.m.358/I'in Uygulanması.....498

b. BK.m.360/I'in Uygulanması.....502

c. BK.m.365/II'nin Uygulanması.....509

aa. YİD'te Götürü Usulün Uygulanması.....510

bb. YİD'te Uyarlama Yapılması.....515

d. BK.m.369'un Uygulanması.....523

e. BK.m.370'in Uygulanması.....526

f. BK.m.371'in Uygulanması.....531

4. Hasılat Kirasının Sona Erme Hükümleri.....535

a. BK.m.272 (BK.m.249/II)'nin Uygulanması.....535

b. BK.m.274/III ve BK.m.286'nın Uygulanması.....539

c. BK.m.285'in Uygulanması.....542

d. BK.m.288'in Uygulanması.....543

e. BK.m.289'un Uygulanması.....543

f. BK.m.290 ve BK.m.291'in Uygulanması.....544

SONUÇ

KAYNAKÇA

TEZ ÖZETİ

THESIS SUMMARY

KISALTMALAR

A.Ş.	**Anonim Şirket**
Art.	**Article**
AÜHF	**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**
AÜSBF	**Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi**
AÜSBFD	**Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**
BATİDER	**Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**
BK	**Borçlar Kanunu**
BKK	**Bakanlar Kurulu Kararı**
Bkz.	**Bakınız**
BLT	**Build-Lease-Transfer**
BOO	**Build-Own-Operate**
BOOF	**Build-Operate-Own-Finance**
BOOT	**Build-Own-Operate-Transfer**
BOTAŞ	**Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi**
BTO	**Build-Transfer-Operate**
BY	**Borçlar Yasası**
C.	**Cilt**
Çev.	**Çeviren**
D.	**Daire**
DBFO	**Design-Build-Finance-Operate**
DBOM	**Design-Build-Operate-Maintain**
DCMF	**Design-Construct-Manage-Finance**

dpn.	**Dipnot**
DPT	**Devlet Planlama Teşkilatı**
DSİ	**Devlet Su İşleri**
E.	**Esas**
ESA	**Elektrik Satım Anlaşması**
ESBAŞ	**Ege Serbest Bölge Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi**
FKK	**Finansal Kiralama Kanunu**
GSA	**Gaz Satım Anlaşması**
HD.	**Hukuk Dairesi**
IFC	**International Finance Corporation**
İHFM	**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**
İİK	**İcra ve İflas Kanunu**
K.	**Karar**
KDV	**Katma Değer Vergisi**
KHK	**Kanun Hükmünde Kararname**
KİT	**Kamu İktisadi Devlet Teşekkülü**
Krş.	**Karşılaştırınız**
m.	**Madde**
MK	**Medeni Kanun**
N	**Number/Numara**
OPIC	**Overseas Private Investment Corporation**
RG.	**Resmi Gazete**
s.	**Sayfa**
S.	**Sayı**

SK.	**Sayılı Kanun**
T.	**Tarih**
T.	**Türkiye**
T.C.	**Türkiye Cumhuriyeti**
TAYSEB	**Toros Adana Yumurtalık Serbest Bölgesi Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi**
TBB	**Türkiye Bankalar Birliği**
TBMM	**Türkiye Büyük Millet Meclisi**
TEAŞ	**Türkiye Elektrik Üretim Anonim Şirketi**
TEK	**Türkiye Elektrik Kurumu**
TETTAŞ	**Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.**
TMK	**Türk Medeni Kanunu**
TTK	**Türk Ticaret Kanunu**
Unicitral	**United Nations Commission On International Trade Law**
USD	**Amerikan Doları**
vb.	**Ve benzeri**
vd.	**Ve devamı**
Y.	**Yargıtay**
Y.	**Yıl**
YHGK	**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**
Yİ	**Yap İşlet**
YİBGK	**Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu**
YİD	**Yap-İşlet-Devret**
YKD	**Yargıtay Kararları Dergisi**

GİRİŞ

Ekonomik gelişim içinde, 1980'li yıllarda, kamusal yatırımların özel sektör eliyle gerçekleştirilmesinde yeni bir imkân olarak sunulan YİD, genellikle az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerin, kendi kaynaklarını kullanmadan, büyük çaplı üretim tesislerini veya kamu altyapı yatırımlarını gerçekleştirilmesinde bir model olmuştur[1]. Uluslararası kredi kurumlarının devletlere kredi vermek yerine projeleri kredilendirmeyi tercih etmeye başlamalarıyla birlikte, dış kaynak arayışında olan ülkeler için bir zorunluluk olarak ortaya çıkan YİD modelinin, bu yolla temin edilen finansmanın kaynak darboğazı yaşayan kamuya bir külfet getirmeyeceği ve geri ödemenin üretilen mal veya hizmetlerin satın alınması suretiyle zamana yaygın olarak yapılacak olması nedeniyle de kredi kullanmaktan daha avantajlı olacağı düşünülmüştür. Bu çerçevede, özellikle gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkeler açısından, kendi döviz kaynaklarını kullanmadan, yabancı sermayeyi ülkelerine çekebilecekleri ve teknoloji transferinden yararlanabilecekleri, esas itibariyle de büyük çaplı üretim tesisleri ile altyapı yatırımlarını bu modelle gerçekleştirebilecekleri beklentisi yaratılmıştır. Ayrıca, işletme dönemi sonunda yatırım konusu tesisin bedelsiz olarak devlete intikal ediyor olması da, bu modelin tercih edilmesine bir neden olarak gösterilmiştir. Zira, yüksek mali kaynak gerektiren projelerin finansmanı için geliştirilmiş ve bu güne kadar da büyük kamu yatırımlarında kullanılmış bir model olarak ortaya çıkan YİD'in temelinde, finansman sıkıntısının ilk dönemi olan inşaat aşamasında bu sıkıntının özel yatırımcı sayesinde giderilmesi ve daha sonraki işletme döneminde de yatırım maliyetinin

[1] **Demirci Zeki**, Demirci I, s.123; **Yılmaz Osman**, s.9-11.

yatırım konusu tesisin işletilmesi suretiyle, zamana yayılarak karşılanması düşüncesi yer almıştır[2].

İşte bu yaklaşım dahilinde, Türkiye'de de YİD bir alternatif model olarak görülmeye başlanmış ve 4.12.1984 tarihli Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretim, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında 3096 sayılı Kanun[3], 28.5.1988 tarihli, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun[4] ve 8.6.1994 tarihli, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun[5] ile YİD modeline ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Bu güne kadar muhtelif projelerde uygulama alanı bulan YİD, halen yeni kurulacak enerji santrallerinde veya tüp geçit projelerinde alternatif olmaya devam etmektedir[6].

---

[2]**Coşkun İsa**, s.46.

[3]RG. 19.12.984 T., 18610 S.

[4]RG. 2.6.1988 T., 19380 S.

[5]RG.13.6.1994 T., 21959 S.

[6]Örnekler için bkz. **Etçioğlu Erkal**, s.40-63; Ayrıca yakın dönemde de, limanların rehabilitasyonu için YİD modeliyle ihaleye çıkılmış, Antalya-Kaş, Mersin-Erdemli-Kumkuyu, Alanya, Trabzon gibi, yedi adet yat limanının alt yapı eksiklikleri ile üst yapı tesislerinin inşası ve işletilmesinin bu şekilde temin edilmesi programlanmıştır. Bkz. 3.01.2005 tarihli **Cumhuriyet Gazetesi**; Bir başka örnek olarak da, İstanbul Boğazına yapılması düşünülen üçüncü köprünün 49 yıllığına işletilmek üzere YİD

Dolayısıyla, YİD'in her dönemde gündemde kalan ve kullanılabilen bir model olmak özelliğine sahip bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İşte bu özelliği nedeniyle YİD'in hukuki değerlendirmesinin ayrıntılı bir çalışma içinde yapılmasında ve bu vesileyle konunun özel hukuk boyutunun tartışmaya açılmasında yarar olduğu düşünülerek, bu tez hazırlanmıştır. Bu nedenle, çalışmamız Türk özel hukuku ile sınırlandırılmış ve YİD'in idare hukuku açısından değerlendirilmesine girilmemiş, sadece zorunluluk olan noktalarda idare hukukuna temas edilmiştir[7].

Yaptığımız tez çalışmasının ilk bölümünde, öncelikle, YİD'in ekonomik alt yapısı incelenmiş ve böylece, bir finansman aracı olarak ortaya çıkan bu modelin ekonomik süreçte hangi gelişim çizgisi içinde biçimlendiğinin ve aynı zamanda, hangi ekonomik ihtiyaçların bu yapının temel taşlarını oluşturduğunun tespiti yapılmıştır. Çalışmamızın sınırları itibariyle ekonomi alanının derinliklerine girilmemiş olsa da,

---

modeliyle yapılması düşünülmüştür. Bkz. 19.08.2004 tarihli **Cumhuriyet Gazetesi**; Onaltı adet yeni hidroelektrik santrallerinin hizmete açılması projesinde de, özel sektörün santrallerin yapımını tamamlayıp, 49 yıl işletme hakkını kullanmaları düşünülmektedir. Bkz. 24.10.2005 tarihli **Cumhuriyet Gazetesi**.

[7] Bu bağlamda, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması hususunda özel hükümler içeren 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na (RG. 22.1.2002 T.,24648 S.). dayanan bir değerlendirme de yapılmamıştır. Kaldı ki, enerji, su, ulaştırma, telekominikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler Kamu İhale Kanunu dışında tutulmuş olduğu için, YİD'in kullanılabileceği kamu yatırım alanlarının çoğu Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamı dışında kalmıştır.

edindiğimiz bilgiler ışığında, YİD'in ne şekilde bir mali kaynak sağladığı ve bu mali kaynağın kullanımında hangi menfaat gruplarının ortaya çıktığı, menfaat çatışmalarının, bir başka ifade ile finansman sürecindeki risk paylaşımının ne şekilde çözüme ulaştırıldığı anlaşılabilmiştir.

Bu amaca yönelik olarak yaptığımız ön çalışmanın üzerine, ikinci paragrafta, YİD'in hukuki değerlendirilmesi sürecine geçilmiştir. Tabii ki, bunun için de ilk önce YİD'e ilişkin mevzuatın ele alınması ve hukuki düzenlemelerde yaşanan sürecin görülmesi gerekmiştir. İşte bu sayede, ekonomik ve hukuki gelişimini tespit ettiğimiz YİD'in bir hukuki işlem olarak ele alınması için gerekli olan alt yapı tamamlanmış ve daha sonra, bu modelin mevzuat ve doktrinde verilen tanımları esas alınarak, eser inşası, finansman ve işletme hakkının devri olmak üzere üç asli unsuru belirlenmiştir.

YİD'in tanımı ve unsurlarının ortaya konulması ile birlikte, tezimizin ikinci bölümünde, bu modelin bir hukuki işlem olarak ele alınması ve hukuki niteliğinin değerlendirilmesi mümkün olabilmiştir. Yaptığımız değerlendirmede, finansman modeli üst başlığı içinde yapılanan YİD'in hukuki yapısının oluşumunda finansman unsurunun belirleyici etkisi ve buna bağlı olarak risk faktörünün önemi de, her aşamada göz önünde bulundurulmuştur. Bu yaklaşım içinde tipolojik bir inceleme yapılmış ve YİD'in hukuki niteliği üzerine bir tartışma için açılım sağlanmak hedeflenmiştir.

YİD'in bir hukuki nitelik dahilinde ortaya konulması ile birlikte, üçüncü bölümde, bu işleme uygulanacak hükümler ve işlemin tarafları ile bu tarafların borçları da tespit

edilebilmiştir. Yatırımcı ve yatırım sahibi arasında kurulan bu hukuki ilişkide, yatırımcının finansman, inşa ve devir borçları ile yatırım sahibinin işletme hakkı tanımak borcu ekseninde ortaya çıkan muhtelif borçlar ve bunların hükümleri de ayrı ayrı ele alınarak bir değerlendirme yapılmıştır. Ayrıca, bu hukuki ilişkinin kendine özgü nitelikleri ve bu niteliklerin etkileri üzerinde durularak, tipik sözleşmelerin hükümlerinin YİD'te uygulanabilirliği sorgulanmıştır.

Bu şekilde, YİD'in hukuki yapısı ve hükümleri ortaya konulduktan sonra, dördüncü bölümde, ilişkinin ne şekilde sona ereceği ve sona ermenin hükümleri ele alınmıştır. YİD ilişkisinin genel hükümler uyarınca sona ermesi ve ayrıca tipik sözleşmelerinin sona erme hükümlerinin YİD'te uygulanabilirliği sorusu üzerinde durulmuş, bu amaçla istisna, karz ve hasılat kirası sözleşmesinin sona erme hükümleri tek tek ele alınmıştır.

Bu çerçeve içinde yürüttüğümüz tez çalışmasında, hukuk ve ekonomi alanında yayınlanmış eserlerden yararlanıldığı gibi, kamu yatırımlarında kullanılan sözleşmelerden de örneklemeler yapılmıştır. Ne var ki, bu sözleşmelerin kamuya açık olmamaları nedeniyle, sadece sınırlı sayıda sözleşme metni üzerinde inceleme yapılması mümkün olabilmiştir. Ayrıca, tez içerisinde atıf yapılan sözleşmelerin çoğunlu yayınlanmamış olduğu için de, bu sözleşme metinlerinin bulunabilmesi amacıyla bir kaynağa atıf verilememiştir. Bununla birlikte, Güneş'in kaynakçamızda yer alan kitaplarında[8] bazı sözleşme örneklerinin bulunduğunu ve gerektiğinde bu metinlerin kaynak olarak görülebileceğini de ifade etmekte yarar görmekteyiz.

[8]**Güneş Cengiz**, Güneş II, s.631 vd. , Güneş III, s. 961 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

YAP-İŞLET-DEVRET (YİD) MODELİNİN GELİŞİMİ, TANIMI VE UNSURLARI

§1. YİD MODELİNİN GELİŞİMİ

I. YİD MODELİNİN EKONOMİK GELİŞİM SÜRECİ

A. YİD Modelinin Genel Yapısı ve Ekonomik Gelişimi

Günümüzde esas itibariyle büyük sermaye ve yüksek teknoloji gerektiren kamu yatırımlarının finansmanında kullanılan bir model olan YİD'in temel felsefesi 17.yüzyılda, Fransa'da, kanal ve köprülerin gerek merkezi yönetimler gerek yerel yönetimler eliyle özel şirketlere yaptırılması ve bu yatırımların özel şirketler tarafından belirli bir imtiyaz süresinde işletildikten sonra kamuya devredilmesi ile ortaya çıkmıştır. Bu başlangıcı takiben, YİD modelinin ilk örneklerinden birinin, 1782 yılında Perier Brothers'a Paris'in içme suyunun temini imtiyazının verilmesi olduğu kabul edilmektedir. Daha sonra da, Mısır devletince yetkilendirilen Süveyş Kanalı Şirketi tarafından, Avrupa ve Mısır kaynaklı finansmanla 1879'da Süveyş Kanalı'nın açılması ve bu şirket tarafından 99 yıllığına işletmesinin üstlenilmesinde, ayrıca Trans-Siberian demiryollarının yapımında da benzer bir metodun kullanıldığı bilinmektedir. Ancak, İngiltere, Almanya ve Osmanlı'da da örnekleri görülen bu uygulamaya, kapitalizmdeki gelişmeye paralel olarak altyapı yatırımlarına olan ihtiyacın arttığı ve sanayileşmiş ülkelerde temel kamu hizmetlerinin merkezi

planlama ve kontrol altında olması gerekliliği düşüncesinin yaygınlaştığı 1800'ün sonlarından başlayıp 1970'lere kadar geçen uzun dönemde, çeşitli nedenlere bağlı olarak zamanla son verilmiştir[1]. Gerçekten, 19.yüzyılda batı ülkelerinde gözlenen hızlı sanayileşmeye bağlı olarak, büyük altyapı yatırım talebi ve hızlı kentleşme nedeniyle ulaşım, haberleşme, elektrik, gaz ve su dağıtım hizmetlerine olan ihtiyaç artmış, ekonomiye devlet müdahalesinin olmaması gerektiği düşünülen bu dönemde, özel şirketler eliyle yürütülen yatırım ve hizmetler ise, rakip şirketler arasındaki yıkıcı rekabetin de etkisiyle, kaynak israfına ve verimsizliğe yol açmıştır. Bu süreçte, devletin kamu yatırımlarını kendisinin üstlenmesi gündeme gelmiştir. Nitekim, takip eden yüzyılda yaşanan dünya savaşlarının sonucunda da, büyük yıkımlar nedeniyle ortaya çıkan yatırım ihtiyacının kısa sürede karşılanabilmesi için gerekli olan finansman ve organizasyonun özel sektör eliyle sağlanması mümkün olamayınca, devletlerin ekonomiye müdahalesi ihtiyacı devam etmiştir. Bu dönemde, endüstrileşmiş ülkelerde bile yeni altyapı yatırımlarının kamu kaynaklarıyla gerçekleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmış ve özel sektörün kamu yatırımları alanına girmesi mümkün olmamıştır[2]. Ayrıca, 1929 ekonomik krizi, bu krizin aşılması ve sonrasında devletlerin ekonomiye müdahale etmeye başlaması ve sadece altyapı yatırımlarında değil, sanayide de devletin ekonomide yer alması, kapitalizmin gelişimine rağmen ekonominin özel sektör eline bırakılmasını engellemiştir ve karma ekonomi yayılmaya başlamıştır. Görülüyor ki, özellikle İkinci Dünya Savaşından

[1]**Jefferies Marcus/Gameson Rod/Rowlingson Steve,** s.353; Suveyş Kanalı gibi, daha sonraki tarihlerde, Fas'da Tangiger Limanı ve Kanada'da Vancouver limanı da YİD modeli kullanılarak yapılmıştır. Bkz. **Ece Jale Nur**, s.3.

[2]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.1.

sonra, hızlı büyüme ihtiyacında olan ülkelerde, özel sektörde sermaye birikimi olmadığı için, devletin ekonomideki ağırlığı ve lider rolü ön plana çıkmış ve klasik model kullanılarak kamu yatırımları gerçekleştirilmiş, bir başka ifade ile, devletler kendi bütçe kaynaklarını kullanmışlardır[3].

Ancak geçen zaman içinde, altyapı yatırımlarına olan ihtiyaç hızla artarken, devletlerin mevcut kaynakları da, çok sayıda yeni kamu yatırımlarını aynı dönemde gerçekleştirmekte giderek yetersiz kalmaya başlamıştır. Bu nedenle, ihtiyaç duyulan yeni kamu yatırımlarının gerçekleştirilebilmesi için, devletlerin kendi kaynakları dışında bir kaynak bulmak zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Gündeme gelen bu yeni zorunluluğun karşılanabilmesi için, devletten devlete uzun vadeli düşük faizli krediler ile uluslararası finans kurumlarından (Dünya Bankası, Avrupa Yatırım Bankası, Asya Yatırım Bankası, İslam Bankası, Japon Deniz Aşırı Yatırımlar Kuruluşu gibi) sağlanan kredilerden yararlanılmıştır.

Nihayet, 1970'lerin sonlarına 1980'lerin başlarına gelindiğinde, dört temel gelişim nedeniyle büyük projeler için yeni finansman modelleri arayışı başlamıştır; Nüfus artışına ve ekonomik büyümeye bağlı olarak artan altyapı ihtiyacı, üçüncü dünya ülkelerinde ortaya çıkan ve aşırı borçlanmadan kaynaklanan ödeme güçlüğünün yarattığı ekonomik kriz, büyük inşaat firmalarının içine düştüğü kârlı yeni projeler bulma zorluğu ve son olarak 1980'lerde bir çok ülkenin hükümetleri ile uluslararası kredi kurumları tarafından savunulmaya başlanmış olan özelleştirme uygulamaları,

[3]**Kumaraswamy M.M./Zhang X.Q.**,s.196; **İmre Erol**, s.3.

YİD modelinin yaratılmasını hazırlayan asli nedenler olarak kendilerini göstermiştir[4]. Gerçekten, 1970'li yılların sonlarında, özellikle batı Avrupa, Kuzey Amerika, Japonya ve Avustralya gibi endüstrileşmiş ülkelerde, gelişme hızı karşısında mevcut altyapı yatırımlarının yetersiz kalması ve yaşlı nüfusun artan sağlık ve bakım hizmeti ihtiyacının kendisini daha yoğun olarak göstermeye başlaması, Malezya, Hong Kong, Tayvan, Meksika ve Güney Afrika gibi endüstrileşmekte olan ülkelerde ise nüfus patlaması nedeniyle sınırlı mevcut altyapı yatırımlarının yetersizliği fazlasıyla hissedilir olmuştur. Buna bağlı olarak da devletlerin dış borçlanma ihtiyacı artmış ve uluslararası finans piyasasına talep fazlasıyla yoğunlaşmıştır. Bu dönemde, globalleşme rüzgârlarının etkisiyle liberal piyasa ekonomisi ağırlık kazanmış, devletçilik terk edilmeye ve özelleştirme teşvik edilmeye başlanmıştır. Bu gelişim, uluslararası finans piyasasını da etkilemiş ve devletten devlete açılan krediler, sınırlı alanlarda (askeri yatırımlar, olumlu ekolojik etkili olabilecek projeler gibi) kullanılmaya devam etse de, kamu yatırımlarının finansmanında kullanılamaz olmuştur[5].

Aynı dönemde, kamu kaynaklarını besleyen Dünya Bankası'nın, kredi vermek için özelleştirmelere gidilmesi, yerel alt yüklenicilere tanınan ayrıcalıkların kaldırılması, bütçe ayarlamaları yapılması, enflasyona karşı tedbir alınması ve birinci dünya ülkelerinin yatırımcılarının, dolayısıyla kapitalist sistemin gelişmesini destekleyen politikalar uygulanmasını şart kılması ve hatta anayasal düzene ilişkin değişiklik taleplerini çeşitli yollardan dile getirmesi neticesinde, kredi talep eden gelişmekte

[4]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.1.

[5]**Jefferies Marcus/Gameson Rod/Rowlingson Steve**, s.353; **İmre Erol**, s.2-3.

olan ülkeler bu kurumdan kredi temin etmekte güçlüklerle karşılaşmışlar ve kendilerine uygulanan subjektif standartlar karşısında, alternatif yollar aramaya başlamışlardır. Ayrıca, büyük yatırımlar için kamu kuruluşlarına fon temin eden yatırım bankaları da, kendi aralarında etkin bir planlama olmaması ve organizasyon bozukluğu nedeniyle, aynı ülke veya projeler için mükerrer kredi kullandırılması ve dolayısıyla sınırlı fon kaynaklarının verimsiz kullanılması sorunu ile karşı karşıya kalmışlardır. Belirli yatırım alanları için kaynak yaratan Agency for International Development gibi kurumlar ise, kendi faaliyet konuları olan temel insan ihtiyaçları dışında kalan yol ve haberleşme yatırımları için kredi vermeyi reddetmişler ve zaman içinde kredi vermek yerine gelişmekte olan ülkelerin kendilerine yeter bir duruma gelmelerini sağlamaya yönelmişlerdir. İşte bu gibi nedenlerle, uluslararası fonlardan kredi temin edemeyen ve aynı zamanda yüksek oranlı faizlerle borçlanma nedeniyle kamu açıkları artmış olduğu için kamu gelirlerinin çoğunu borç ödemelerine ayıran, dolayısıyla yeni yatırımlara ayıracağı kendi kaynakları olmadığı gibi, yeni kredi alacak kredibiliteye de sahip olmayan ülkeler, kendilerine başka yollar arayışında, eski imtiyaz modeline nazaran çok da yeni sayılamayacak olan ve fakat non-recourse niteliği nedeniyle özgün bir yapısı olacağı düşünülen YİD modeline yönelmişlerdir[6].

Bunlara ek olarak, liberal ekonomi rüzgârlarının şiddetlendiği bu dönemde, özel sektörün elinde tuttuğu kaynaklar ile esnek ve dinamik yapısı sayesinde kamu hizmetlerinin görülmesinde de başarılı olacağı düşüncesinin genel kabul görmesi neticesinde, bütçe dışı kaynak yaratma imkânları giderek azalmış olan devletlerin,

[6]**Sozzi J.Christopher**, s.4-5; **Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.2; **Erdoğdu Seyhan**, s.23; **Kerr M.Thomas**, s. 3-4; **Altıntaş M.Ayhan**, Altıntaş I, s. 28.

ekonomiden ve tabii ki büyük yatırımlardan yavaş yavaş çekilmeye zorlanmış oldukları da unutulmamalıdır. Nitekim bu süreçte, kamunun ekonomideki payının en aza indirilmesi ve devletin serbest piyasa düzeninin düzenleyicisi ve denetleyicisi olması gerektiği düşüncesiyle gelişen liberal politikaların sonucu olarak, devletin bir dizi faaliyetleri özel sektöre aktarılmaya çalışılırken, özelleştirmeler gündeme gelmeye başlamıştır. Özelleştirmeler ile daha çok imalat ve hizmet sektörlerindeki faaliyetlerini özel sektöre devretmeyi amaçlayan devletler, genellikle altyapı hizmetlerini YİD modeli ile özel sektöre yaptırmayı hedeflemişlerdir. Ancak gelişmiş ülkelerde YİD modelinin kullanımı, kamunun ekonomiye müdahalesinin azaltılması ve ekonomik etkinliği artırmak amaçlarıyla sınırlı kalırken, gelişmekte olan ülkelerde, finansman ve teknoloji ihtiyacının karşılanması amacına yönelik olmuştur [7].

Aynı süreçte Türkiye de, uzun yıllardan beri yaşadığı yüksek enflasyonun etkisi ile ve enflasyonu düşürmek çabası içinde, kamu gelirlerinin giderek daha az bir oranını kamu yatırımlarına ayırmış, gelirlerinin çoğunu iç ve dış borç ödemlerinde kullanmak zorunda kalmıştır. Örneğin 1960 yılında bütçe gelirlerinin 1/3'ü yatırımlara ayrılırken, bu oran 2000 yılında %3-4 düzeyine inmiştir. Ayrıca özel sektörün kullanabileceği kaynaklar, iç borçlanma nedeniyle, yatırımlar yerine hazine bonolarına yönelmiş, reel faizin yüksek olması da özel sektör için yatırım yapmamayı cazip kılmıştır[8]. Böylesine bir ekonomik açmazda kalan Türkiye, kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesi için finansman bulma çabası içinde, 1980

[7] **Coşkun İsa**, s.44-45; **İmre Erol**, s.3.

[8] **İmre Erol**, s.3.

sonrasında, altyapı yatırımlarında özel sektörün ve yabancı sermayenin finansman ve teknoloji imkânlarından yararlanmaya yönelmiştir[9]. Zira, bu dönemdeki borçlanmaya dayalı kamu finansman politikasının yol açtığı bütçe kısıtları, zamanla toplam sabit sermaye yatırımları içinde kamu kesimi payının azalmasına neden olmuş, ayrıca artan personel harcamaları ve biriken faiz yükü, kamu yatırımlarını da etkilemiştir[10]. Bu açmazdan çıkmakta bir yol olarak, 1980 sonrasında uygulanan liberal ekonomik politikalarla yabancı sermayenin ülkeye gelişinin özendirilmesi tercih edilmiş, bu kapsamda yabancı sermayeyi teşvik hususunda yeni yasal düzenlemeler ve çeşitli ülkelerle yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki anlaşmaları imzalanmıştır[11]. Nitekim, bu dönemde, liberal ekonomi stratejisi çerçevesinde, endüstri, ticaret ve finans sektörleri dış rekabete açılmış, rekabetteki bu gelişmelere paralel olarak,

---

[9]**Altıntaş M.Ayhan**, Altıntaş II, s.32.

[10]**Karaca Yüksel**, s.57; 1983 seçimlerinden sonra uygulanan politikalar kapsamında, altyapı ve konut yatırımlarının finansmanında fonların kullanılması, enflasyon baskısını arttırmıştır. Bu dönemde ulusal tasarrufun ve finansman kaynaklarının önemli bir bölümü kamu kesimi tarafından kullanılmış ve böylece özel sektörün finansman alanı daralmıştır. Ayrıca, kamu finansmanında kullanılan fon kesintileri, ekonomik faaliyetlerde bir maliyet unsuru olmuş ve nihai alıcının karşısına yüksek fiyat olarak çıkmıştır. Bkz. **Kılıçbay Ahmet**, s.342-345.

[11]**Cömert Faruk**, s.13; Yabancı sermaye, dış yardımlar, askeri anlaşma ve örgütlere bağlı yardımlar, kısa ve uzun vadeli (IMF, Dünya Bankası) kredileri, özel yabancı bankalardan alınan krediler, yabancıları Türkiye'deki ekonomik faaliyetleri vasıtasıyla gelebilmekte ve her durumda döviz ve tasarruf açığını kapatmaya hizmet etmektedir. Bkz. **Kılıçbay Ahmet**, s.347-353.

sermaye yoğunlaşmış, firmaların ölçekleri büyümüş, modern yönetim teknikleri ve teknoloji önem kazanmış, maliyetlerin kontrolü ve verimlilik ön plana çıkmış, yabancı sermaye girişi artmış, başta enerji, haberleşme, karayolları olmak üzere altyapı yatırımlarında hızlı bir artış gözlenmiştir. İşte bu yeni ortamda, Turgut Özal tarafından ilk kez YİD terimi telaffuz edilmiş ve kendisi literatürde bu modelin isim babası olarak anılmaya başlanmıştır[12].

Bu dönemde özellikle enerji üretimi alanında yeni kamu yatırımlarına ihtiyaç duyan Türkiye, özel sektörü teşvik ederken üç temel unsur üzerinde durmuştur; bunların ilki, öngörülen enerji ihtiyacının karşılanabilmesi için, mümkün olan en düşük maliyetle ve en kısa zaman içinde, aynı zamanda enerjinin kullanım alanına en yakın mesafede güvenli bir üretim sağlanması, ikincisi, sınırlı sermaye birikimini, hazineyi en az düzeyde borçlandıracak şekilde, yeni enerji yatırımlarında kullanmak, üçüncüsü de, en az işletme maliyetiyle yüksek verim elde edilmesiydi. Kendi iş piyasasındaki durgunluk nedeniyle bunalım içinde olan özel sektör de, bu yeni yatırımlarda rol almayı istemekteydi. Nihayet 1984'de, Özal'ın öncülüğünde, ilk yasal düzenleme yapılarak enerji üretim tesislerinin yapımı ve işletilmesi hakkının en fazla 99 yıl süre ile özel sektöre verilmesine imkân yaratılmıştı. Bu yeni yasal düzenleme, yatırım ve işletme maliyetinin tamamının yatırımcı şirket tarafından karşılanmasını öngörmekte, bu şekilde özel sektörün özellikle enerji sektörüne girişi desteklenmekteydi[13]. Bununla birlikte, YİD'in ilk uygulaması enerji sektöründe

[12]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.2; **Levy David A.**, Levy I, s. 3.

[13]**Farncis H.Katherine/Stevenson William E./Perry III. Adams P./Wiss Marcia/Osakwe Christopher/ Wells Linda**, s. 4; **Kerr M.Thomas**, s. 5-6.

değil, alış-veriş merkezi yapımında gerçekleşmiş ve 2.8.1985 tarih, 1135/1633 sayılı Ankara Büyükşehir Belediyesi Encümen Kararına dayalı olarak Belediye ile Anıtsal Yapılar Sanayi Ticaret ve Turizm Şirketi arasında Atakule'nin yapımı ve işletilmesine ilişkin YİD sözleşmesi imzalanmıştır.

Böylece, Osmanlı döneminde örnekleri[14] fazlasıyla mevcut olan, Cumhuriyet döneminde ise, 1930 yılından itibaren KİT'lerin kurulması suretiyle, karma ekonominin uygulanmaya başlaması ve kamu hizmetlerinin görülmesinin kamu kurumlarına bırakılmasıyla sona erdirilen imtiyaz sisteminin geliştirilmiş yeni modeline, devlet bütçesinin aşırı borç yükü altında kalması nedeniyle geri dönülmüştür[15]. Yaşanan süreç sonucunda bu noktaya gelinmesinde, kayıt dışı ekonominin büyük bir paya sahip olduğu Türkiye'de vergi yükünün nüfusa oranlanması halinde kişi başına düşen miktarının çok düşük olduğu görülmesine karşın, ödenen verginin mükelleflere oranlanmasıyla bulunan rakamın normalden yüksek olduğu da bilindiği için, vergi gelirlerinin artırılması suretiyle kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinin mümkün olamayacağı düşüncesi de etkisini göstermiştir[16]. Ayrıca globalleşmenin etkisi altında kalan ülkemizde altyapı

[14]İstanbul'da Tramvay, Tünel İşletmeleri, Elektrik, Gaz İdaresi, Haydarpaşa Liman İşletmesi, Göztepe Tramvay İşletmesi gibi kamu hizmetleri yabancılara imtiyaz olarak verilmiştir. Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki imtiyaz örnekleri hakkında bkz. **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.53-62.

[15]**Duran Lütfi**,s.151-152; **Tan Turgut**, Tan I, s.308; **Deveci Hıfzı**, s.37-39; **Altıntaş M. Ayhan**, Altıntaş I, s. 28.

[16]**Varlıer Oktay**, Varlıer I, s.3.

yatırımlarına olan ihtiyacın artması ve bu yatırımların giderek daha kapsamlı ve karmaşık bir yapı kazanması, büyük sermaye ve yüksek teknoloji ihtiyacını artırmış, bu nedenlerle yeni bir model arayışı kaçınılmaz olmuştur. Bu yatırımların tekel niteliğinde olmaları da, yabancı sermaye için Türkiye'yi cazip hale getirmiştir[17]. Zira, 1984'ten önce de batı ülkelerinde uzun süreden beri ve fakat sınırlı şekilde uygulanan YİD modelinin Türkiye ve benzeri ülkelerde uygulanmaya başlanmasının önemli bir nedenini, kamunun finansman sıkıntısı yanında, devlet kontrolünde bulunan alanlarda yatırım yapmak isteyen girişimcilere belirli imtiyazların tanınması gerekliliği düşüncesi oluşturmuştur[18]. Kamu yatırım ve hizmetlerinin özel sektör eliyle gördürülmesi, daha önceki dönemde, kamu hizmeti imtiyazı usulüyle gerçekleştirilmekte iken, kamu hizmeti kavramının tartışmaya açılması ve bu kavramın belirsizliğinin tespit edilmesiyle oluşan yeni yaklaşımlar, yeni bir model olarak YİD'in uygulanmasına ortam hazırlamış ve bu yeni model sayesinde kamu hizmeti imtiyazı usulünde devlet lehine mevcut olan özel yetkilerin sınırlandırılması ve yatırımcı ile devlet arasında eşitler arası bir ilişki kurulması hedeflenmiştir.

Bu arada, her ne kadar YİD'in ekonomik gelişimi kamu yatırımları aracılığı ile olmuş ise de, özel yatırımlarda da YİD modeli kullanılmıştır. Zira, bir finansman modeli olan YİD ile, devletler kadar, özel kişilerin de finansman ihtiyacının karşılaması mümkün bulunmaktadır[19].

---

[17]**Erdoğdu Seyhan**, s.23.

[18]**Uludağ Ramazan**, s.83.

[19]**Sirmen Lale,** s.11; **Cokun İsa**, s.45; **Çal Sedat**, s.42; **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.30; **Yılmaz Osman**, s.9; **Günday Metin**, s. 307; **Baytan İlhan**, s. 351.

B. YİD Modelinin Günümüzde Proje Finansmanı Modeli Kapsamında Değerlendirilmesi

Genellikle büyük ve yeni kamu yatırımlarında kullanılan YİD modeli, esas itibariyle yatırım sahibi devletlerin finansman ihtiyaçlarına bir cevap oluşturmakta ve bu asli özellik de YİD modelinin günümüzde bir ‘’*proje finansman modeli*’’ olarak ele alınmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle öncelikle proje finansmanı modelinin ne olduğu, bunun için de büyük yatırımların gerçekleştirilmesinde kullanılan bu modelin yatırım kavramı ile birlikte açıklanması zorunlu olmaktadır.

1. Proje Finansmanı Modeli

Geniş anlamda ‘’*yatırım*’’, belli bir dönemde üretilen ve ithal edilen malların o dönemde tüketilmeyen ve ihraç edilmeyen kısmı olup, gelecekte yatırım yapmak amacı ile içinde bulunulan dönemde üretilmiş dayanıklı mallar ile aynı dönemdeki ara ve nihai tüketimin geleceğe ertelenmesinden (stok değişimi) ibarettir. YİD projelerinin de konusunu oluşturan altyapı yatırımları ise, ekonominin öteki üretim kollarına girdi sağlayan, fakat onlardan girdi almayan veya az sayıda girdi alan bir yatırım kolu olarak tanımlanmaktadır[20].

[20]**Kılıçbay Ahmet**, s.10; Ancak, kişi ve firma bazında yatırım olarak kabul edilen bazı işlemler, ulusal boyutta yatırım kavramının kapsamına girmediği gibi, toplumun sahip olduğu mevcut sermaye stokunun üzerindeki haklarını gösteren mali aktiflerle ilgili işlemler (hisse senedi, tahvil vb. menkul kıymetlerin alınıp satılması gibi) yatırım olarak kabul edilmemektedir. Buna ek olarak, daha önceki yıllarda üretilerek

Yatırımların gerçekleştirilmesinde ilk adım, bir proje yaratılması olmakta ve *yatırım projesinin*, bir toplumda belirli bir zaman içinde, mal ve hizmetlerin üretimini arttırmak için bazı olanakları yaratma ve geliştirmeye yönelik bir öneri olduğu ifade edilmektedir[21].

Yatırım projelerinin finansmanı noktasında, ‘’*proje finansmanı*’’ kavramı ortaya çıkmaktadır. Genellikle altyapı ve doğal kaynaklar için gerekli yatırım projelerinin gerçekleştirilmesini sağlayacak sermayenin temininde bir yöntem olarak kabul edilen proje finansmanı, projenin gerçekleştirilmesi için özsermaye koyan veya kredi veren kişilerin harcadıkları fonun geri dönüşü için, kural olarak sadece, bu fonun kullanıldığı ekonomik ünitenin (projenin) kazancını ve nakit akışını esas aldıkları, bir başka anlatımla, kârlılık veya kredibilite değerlendirmesinin proje üzerinden yapıldığı bir yatırım finansmanı olarak tanımlanmaktadır[22]. Esas itibariyle, kredi borçlusu yatırımcının şahsi sorumluluk altına girmemesi ilkesine dayanan *proje*

---

sermaye stokuna eklenmiş bulunan reel varlıkların cari dönemdeki el değiştirmeleri de yatırım sayılmamaktadır. Bu sınırlar içinde ele alınan yatırım kavramı, yatırım projeleri, yeni yatırımlar, tevsii yatırımları, idame ve yenileme yatırımları, tamamlama ve darboğaz giderme yatırımları, modernizasyon ve iyileştirme yatırımları ile araştırma-geliştirme yatırımları olarak yedi alt gruba ayrılmaktadır. Bkz. **Erkan Volkan**, s.6

[21] **Erkan Volkan**, s.7.

[22]Nevitt P., Project Financing , Euromany Publications 1983, naklen **Erkan Volkan**, s.14.

finansmanı, ulusal politikalar kapsamında özelleştirmenin veya imtiyaz vermek suretiyle kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesi sürecinde özel sermayenin teşviki için kullanılan bir araç olarak ortaya çıkmış olup, proje finansmanı kapsamında belirli bir yatırımın gerçekleşmesi için kaynak yaratma sorumluluğunun yatırımcı üzerinde bırakılması ilkesine dayanmaktadır. Proje finansmanının uygulaması da, tek bir şekilde olmamakta, yatırımın gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve yatırım sahibine devri unsurlarının farklı şekillerde organize edilmesi ile ortaya çıkan muhtelif proje finansman modelleri bulunmaktadır. Gerçekten, yatırım konusu bir işletmenin özel sektördeki bir şirket tarafından inşa edilmesi, uzun bir süre işletilmesi ve neticede kamu sektörüne devredilmesi esasına dayanan ve genel olarak *greenfield* üst başlığı altında toplanan çok değişik proje finansman modelleri mevcuttur. Bunlara örnek olarak, Yap-İşlet-Devret (BTO, Build- Transfer-Operate) üst model olarak ele alındığında, Yap-Sahip Ol-İşlet-Devret (BOOT, Build-Own-Operate-Transfer), Yap-Sahip Ol-İşlet (BOO, Build-Own-Operate), Yap-Kirala-Devret (BLT, Build-Lease-Transfer), Devret-İşlet-Devret, Tasarla-Yap-İşlet (DBOM, Design- Build-Operate-Maintain), Yap-Devret-İşlet, Tasarla-Yap-Finanse Et-İşlet (DBFO, Design-Build-Finance-Operate veya DCMF, Design-Construct-Manage-Finance),Yenile-Sahip Ol-İşlet-Devret, İyileştir-İşlet-Devret[23], İyileştir-İşlet-Sahip Ol, Yap-İşlet-Sahip Ol-

[23]Atatürk tarafından kullanılmış olan TCG Savarona yatırının geçen zaman içinde yıpranması ve bakım masraflarının çok artması nedeniyle, restore edilerek turizm alanında kullanılması amacıyla YİD modeliyle (restore et- işlet-devret) özel teşebbüse ihale edilmesi işleminin iptali istemiyle açılan dava, işlemin mevzuata uygunluğu gerekçesiyle reddedilmiş, Danıştay tarafından da karar onanmıştır.

Finanse Et (BOOF, Build-Operate-Own-Finance)[24] gibi alt modeller de birer türev model olarak sayılabilecektir[25]. Ayrıca Hong Kong'da son otuz yılda inşa edilen beş büyük tünel projesinde kullanılan YİD modeli, *franchise* olarak adlandırılmıştır[26]. Bu şekilde, proje finansmanının çok çeşitli uygulama teknikleri arasında yer alan YİD, yabancı sermayenin de katıldığı yatırımcılar konsorsiyumları tarafından finanse edilerek, işletme süresinin bitiminde devletin hâkimiyetine bırakılan ve yeni olan yapım işlerinde kullanılan bir finansman modeli olmakta ve sayılan bütün bu türev modeller YİD üst başlığı altında incelenebilmektedir[27].

Danıştay 10.D., 28.6.1994 T., E.1992/3614, K.1994/1901, Danıştay Dergisi, S.90,s.1074.

[24]Yap-İşlet-Sahip Ol-Finanse Et (BOOF) modeli özellikle sosyalist ülkelerde uygulanan bir YİD türevidir. Bu modelde sosyalist devletin bir kurumu ile yabancı yatırımcılar joint ventures oluşturmaktadır. 1967-1987 tarihleri arasındaki süreçte Yugoslavya, Macaristan, Polonya, Romanya, Bulgaristan ve Rusya'da bu nitelikte joint ventures kurulmasına yönelik yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bkz. **Francis Hope Katherine/Stevenson E.William/Perry R. III. Adams/Wiss Marcia/Christopher Osakwe/Wells Linda,** s.13.

[25]**Deane Jennifer**, s.59;**Badawi M.Ibrahim**, s.61.

[26]**Kumaraswamy M.M./Zhang X.Q.**, s.203-204.

[27]**Sozzi J.Christopher**, s.9; **Kumaraswamy M.M./Zhang X.Q.**, s.196.

2. Proje Finansmanı Olarak YİD Modeli

Finansmanın özel yatırımcı tarafından sağlanması gereken bütün bu modellerde ve tabii ki YİD'te yatırımcı, gerek kendi öz kaynaklarını gerek kredi kurumlarından temin ettiği dış kaynakları kullanmak suretiyle bu sorumluluğunu yerine getirmektedir. İşte bu noktada, proje finansmanının asıl önem arz eden özelliği kendini göstermektedir. Zira yatırım için kaynak aktaran yatırımcı ve ona kredi veren finans kurumları, özsermayenin ve kredinin geri ödemesinin yatırım konusu ekonomik işletmenin gelirlerinden sağlanacağını öngörmekte ve dolayısıyla kredi verirken de finansman ihtiyacının konusunu oluşturan yatırımı asli unsur olarak değerlendirmektedirler[28]. Nitekim, yatırımcı olan proje şirketi, proje finansmanı sistemi dahilinde kendisine tanınan tahsilat yetkisi sayesinde tesis gelirlerini doğrudan toplayarak özsermayesini geri alıp, kredi borcunu ödemeye çalışırken, yatırım sahibi de, yatırımcı tarafından sağlanan finansman sayesinde, yatırım maliyetini karşılamak için finansman yaratmak külfetinden kurtulmaktadır. Dolayısıyla, iyi bir projeye sahip olan özel yatırımcı için, klasik inşaat sözleşmesi yapmak yerine proje finansmanını tercih etmek, hem kredi bulmakta hem de ihaleyi

[28]**Nassar Nagla**, s.2-3; **Sozzi J.Christopher**, s.8; Diğer taraftan ulusal güvenlikle ilgili kamusal yatırımlarda (sınır kapılarının yapımı gibi) YİD modeli tercih edilmemektedir. Zira uzun süreli işletme döneminde tesisin yabancı yatırımcıların kontrolü altında bulunacak olması devletlerin menfaatleriyle bağdaşmamaktadır. Bkz. **Kumaraswamy M.M./Zhang X.Q.**, s.200.

kazanmakta kendisine bir avantaj sağlamış olmaktadır[29]. Ancak, bu nitelikteki ihalelere teklif veren yatırımcılar arasındaki rekabette tabii ki mali teklif büyük önem kazanmakta ve projenin teknik sorunlarının çözümlenmiş olması kaydıyla, teknik projenin üstünlüklerinden ziyade sunulan finansman paketinin avantajları dikkate alınmaktadır. İhalelerin bu özelliği, teklif veren şirketleri, düşük faizli kredi sağlamaya, muteber kredi kurumlarını projeye dahil etmeye, yatırım sahibine en az riski yüklemeye ve proje gelirlerine en az borç yükü getirecek bir teklif sunmaya mecbur etmektedir[30].

Yatırım sahibine en uygun finansman paketinin sunulabilmesi ise, proje finansmanındaki belirleyici unsurun sağlanması ile mümkün olmakta, yani projenin kendisinin hayata geçirilebilir olması bir ön şart haline gelmekte ve bu da, dört temel yapısal öğenin değerlendirilmesinde olumlu sonuç alınmasına bağlı olmaktadır; yatırım şekilleri, katılımcılar, faydalar ve riskler. Bu temel öğelerin değerlendirilmesi

[29]**Jefferies Marcus/Gameson Rod/Rowlinson Steve**, s.352; YİD, yüzde yüz kredili sistemden farklı bir yapıda olduğu için, yatırım projesinin karlılığı (feasible olması) büyük önem taşıyor. Zira, bu modelde yatırımda kullanılan kredinin geri ödemesinden devlet sorumlu olmadığı için Hazinenin borç yükü artmamakta, yatırımcı işletme gelirinden projeye yatırdığı parayı çıkartmak ve kâr etmek amacıyla ilişkiye girmektedir. Bu nedenle de, ancak özel sektörün kârlı bulduğu yatırımlar için YİD modeli uygulanabilmekte, dolayısıyla sulama sistemleri veya otoyol yatırımlarında fazla başarılı olunamamaktadır. Bkz. **Varlıer Oktay**, Varlıer I, Tartışmalar, s.62-63.

[30]**Tiong Robert L.K.**, Tiong II, s.304- 306.

suretiyle, projenin finansmanında kullanılan sermayenin kaynağı (özsermaye ile borçlanma dengesi ve sermaye risklerine karşı temin edilen garanti ve sigortalar), projeye katılan özel sermayenin (proje sahibi, tedarikçi, alıcı gibi) üstleneceği roller, kamu sektörünün (özsermaye sağlamak, kredi veya garanti vermek, girdi temin etmek veya çıktı satın almak gibi yollardan) projeye katılım şekli, kalkınma bankalarının (teknik yardım veya kredi temini şeklinde olabilen) katkıları tespit edilmektedir. Bu bağlamda, kredi kuruluşları tarafından bizatihi projenin finansal ve ekonomik yapısı incelenmekte ve işte bu noktada proje finansmanının faydaları ortaya çıkmaktadır. Zira, kendi kendini finanse edebilecek nitelikte bir projenin varlığı halinde, proje sahibi kuruluşun mali bünyesi yeterince iyi olmasa dahi, proje için finansman yaratılabilmekte, bu kapsamda, daha uygun kredi koşulları, faiz oranları ve garantiler elde edilebilmektedir[31]. Diğer taraftan, proje finansmanı modeli olarak YİD'in tercih edilmiş olması, yatırım sahibi devletin kredibilitesinin önemini tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Her ne kadar, bu modelde projenin kendi

[31]Örneğin Çin'de gerçekleştirilen YİD projelerine teklif veren Hopewell firmasının başarıları, YİD modelinin özelliğini ortaya koymaktadır. Gerçekten, bir enerji santralinin yapımı ve işletilmesi içinde teklif veren bu firma, bu sektörde hiç tanınmadığı ve yeterli tecrübeye sahip olmadığı için kendisine fazla bir şans tanınmadığı halde, ihaleyi kazanmıştır. Bu başarının temelinde ise, projenin zamanında ve maliyet artışı olmaksızın bitirileceği garantisinin devlete verilmiş olmasının yanında, yatırım için kullanılacak kredilerin tamamının üretilecek enerjinin, ithal elektrikten daha ucuz bir fiyata satışından elde edilecek gelirle ödeneceğinin taahhüt edilebilmesi, yani projenin kendi kendini finanse edebilecek düzeyde olması yatmaktadır. Bkz. **Tiong Robert L.K.**, Tiong I, , s.185.

kendini finanse etmesi ilkesi geçerli ise de, özellikle az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerdeki istikrazsız yapı ve yetersiz sermaye piyasası nedeniyle devletin yatırımcı proje şirketine belirli imkânlar yaratması (köprü krediler, alım taahhütleri, garantiler gibi) istenmekte, buna bağlı olarak da verilen taahhütlerin değerinin tespitinde, uluslararası kredi kurumlarının ülkelere verdikleri kredi notlarından hareketle, devletin kredibilitesi dikkate alınmaktadır[32].

Gerçekten, projenin gerek yapım gerek işletme aşamasında ortaya çıkacak ve projenin kârlılığını olumsuz etkileyecek politik riskler her zaman mevcut olduğu gibi, proje sahibi şirketin mali bünyesinin bozulması nedeniyle projenin yarım kalması, maliyet artışları, girdi temininde zorluk yaşanması veya üretime alıcı bulunamaması gibi ticari riskler ve tabii ki doğal riskler söz konusu olabilmektedir[33]. Ayrıca, özellikle yatırımcının, işletme dönemindeki proje gelirini tüketicilerden tahsil edebilecek olması da, çok büyük bir işletmecilik mücadelesini ve başarısını zorunlu kılmakta ve bu da yatırımcının önemli bir riski olmaktadır[34]. Nitekim, bütün bu riskler nedeniyle, proje finansmanı modeli kullanılarak bir yatırımın gerçekleştirilmesi, klasik anahtar teslimi inşaat sözleşmesine nazaran daha maliyetli olmaktadır[35]. Ne var ki, devletlerin doğrudan borçlanma imkânlarının daralması ve

[32]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.31-32.

[33]**Erkan Volkan**, s.14-18.

[34]**Taylor B.Antony**, s.23.

[35]**Şahin Bahri**, s.163; **Yılmaz Osman**, s.17-18; **Coşkun İsa**, s.53; **İmre Erol**, s.6; Kredibilitesi yüksek bir devletin bizzat borçlanması durumunda uygulanacak faiz oranı, proje şirketine verilecek orana nazaran daha düşük olacağı gibi, proje riskini

aynı zamanda uluslararası finans kurumlarının da, devletlere borç vermek yerine, projeleri kredilendirmeyi tercih etmeye başlamaları, proje finansmanı modelinin kullanımını zorunlu kılmıştır. Bu noktada, YİD gibi daha maliyetli bir modelle

---

üstlenmesi nedeniyle mümkün olan en yüksek kâr oranını hedefleyen yatırımcıların tatmin edilmesi ihtiyacından doğan maliyet artışı da, klasik yöntemde söz konusu olmamaktadır. Buna ek olarak, proje finansmanında yıllarca sürebilen ve çok karmaşık bir yapısı olan sözleşme görüşmelerine karşın, yatırım sahibi devletin, doğrudan borçlanmak suretiyle yaratacağı fonu kullanarak, yatırım konusu işi bir müteahhit firmaya ihale etmesi halinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkiler de daha basit bir hukuki yapı içinde biçimlenmekte ve dolayısıyla uzman danışmanlık hizmetleri nedeniyle oluşan maliyet artışı da gündeme gelmemektedir. Proje finansmanının ve bu bağlamda YİD modeli ise, yüksek faiz oranları, yatırımcının kâr beklentisi ve diğer tali unsurlar nedeniyle daha pahalı bir model olmakta ve bu maliyet artışı da, her durumda devlet ve dolayısıyla vergi mükelleflerinin üzerinde kalmaktadır. Zira, devlet desteği kapsamında verilen taahhütler ile tarife tespitinde esas alınan toplam maliyet rakamı, proje finansmanı olan YİD'in yarattığı ilave maliyeti devletin vatandaşları üzerinde bırakmaktadır. Görülüyor ki, yatırımcıların ve kredi kurumlarının risk üstlenmekteki isteksizlikleri ve projelerin çok uzun bir sürede gerçekleşebilecek muhtelif riskleri kapsıyor olması nedeniyle, yatırım sahibi devletten çeşitli garantiler alınmakta, bu da YİD projelerini büyük bir *beyaz fil* (white elephant) haline getirmektedir. Bir başka ifade ile aşırı garantiler, YİD projesinden beklenen faydaları ortadan kaldırdığı gibi zarar verici etki yapar hale gelmektedir. Bkz. **Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.43; Aksi görüş için bkz. **Etçioğlu Erkal**, s.31-38.

yatırım yapacak olan devletlerin maliyet analizine daha fazla önem vermelerinin gerekliliği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, YİD modelinin özünde var olan bu yüksek maliyetin azaltılabilmesi için muhtelif imkânlar da bulunmaktadır. Her şeyden önce, proje şirketinin temin edeceği ana kredinin düşük faizli olabilmesini teminen, ihracat kredi kurumlarından kredi temini ve hazine garantileri kullanılabilmektedir. Bundan başka, yatırım sahibi devletin proje şirketinde pay sahibi olması da, elde edilecek kâr payı nedeniyle, maliyeti düşürecek bir imkân olarak değerlendirilmektedir. Aynı şekilde, projenin beklenmeyen maliyet artışları nedeniyle ihtiyaç duyulan ek finansmanın devlet tarafından sağlaması da, YİD modelinde maliyet kontrolü sağlamaktadır[36].

Esasen, bütün risklerine ve yüksek maliyetine rağmen, proje finansmanı modeli, büyük kamusal yatırımlarda ve özellikle de finansman sıkıntısında olan az gelişmiş

[36]Şöyle ki, proje şirketinin kusuru dışındaki bir nedenle oluşan maliyet artışının karşılanmasının proje şirketinin sorumluluğuna bırakılması, hem yüksek faizli kredi temini, hem de kâr oranının artırılması anlamına gelmektedir ki, bu da önemli bir maliyet yaratmaktadır. Buna karşın devletin kendi kaynaklarından veya doğrudan borçlanma suretiyle köprü kredi temin etmek suretiyle ek finansman ihtiyacını karşılaması halinde faiz ve kâr oranlarının yükselmesi önlenmektedir. Tabii ki, yatırımcının proje için kendi özsermayesini de kullanıyor olması ve işletme gelirinden kâr elde etmek beklentisi, ayrıca yatırım sahibinin teknoloji transferinden ve modern işletme tekniklerinden sağlayacağı menfaat de YİD modelindeki yüksek maliyeti dengeleyici hususlar olarak ortaya çıkmaktadır**.** Bkz. **Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s. 35-38,42-44.

ülkelerde tercih edilmektedir. Her şeyden önce, bu model sayesinde devletler, yatırım maliyetlerini bütçelerinden karşılamak borcu altına girmeden, özel sektörü kamu yatırımlarına çekebilmekte ve bunu yaparken de doğrudan özelleştirme politikasını uygulamaya nazaran, daha sınırlı ekonomik ve yasal düzenlemeler yapmakla yetinebilmektedirler. Ayrıca, proje finansmanı modelini tercih eden devletler, kamu hizmetlerinin sağlanmasında bizzat hizmet üreticisi olmaktan kurtulmakta, bunun yerine, başkaları tarafından üretilen hizmetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi görevini üstlenebilmek için gerekli olan ekonomik imkâna kavuşmaktadırlar. Kredi kurumları açısından da, normal şartlarda kredi vermeyi uygun görmeyecekleri, kredi riski yüksek veya politik, ekonomik şartları olumsuz olan az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelere, münferit yatırım projelerinin finansmanı yoluyla girmek imkânı doğmaktadır[37].

[37]Bu noktada, yatırımı üstlenen yatırımcı proje şirketinin yönetimsel ve finansal disiplininin temini amacıyla da bu model, gerek kredi kurumları gerek yatırım sahibi devletler tarafından tercih edilmektedir. Zira, münhasıran bir projenin yapımı için kurulmuş olan proje şirketleri, bu yapıları nedeniyle, bizzat kendilerine ait bir kredibilite ve tecrübeye sahip olamamaktadırlar. Bu durum nedeniyle de, proje şirketinin yetersizliğinin yol açabileceği ticari risk yükselmektedir. İşte bu riske karşı, proje şirketinin kâr elde edebilmek için projesini en kısa zamanda tamamlayıp, verimli bir şekilde işletmek zorunda olması bir güvence yaratmaktadır. Gerçekten, proje finansmanının yapısı gereği, yatırımcı gereksiz maliyet artışlarından kaçınmak ve tesisi en kârlı şekilde işletmek durumundadır. Buna ek olarak finansör kuruluşun denetim yetkileri de, proje şirketinin işi zamanında ve gerektiği gibi yapmasını

Yukarıda açıklanan şekilde işleyen proje finansmanının ve bu anlamda YİD'in uygulanabilmesi için ihtiyaç duyulan ortam da belirli özellikler taşımaktadır. Gerçekten, projenin yapılacağı ülkede özellikle kamu hizmetinin özel kişiler eliyle görülmesine ve kamu tesislerinde özel mülkiyete imkân veren yasal düzenlemelerin tamamlanmış olması, yatırımcılar için uluslararası tahkim imkânının tanınması[38], ülkenin ekonomik yapısının istikrarlı olması, proje döneminde görev yapacak güçlü bir siyasi iktidarın bulunması, gelişmiş bir yerel sermaye piyasasının mevcudiyeti, ihale aşamasında rekabetçi ve şeffaf bir sistem uygulanması, ayrıca kazanan şirketin işe başlamasına izin verilmemesi halinde ihaleye katılım masraflarının talep edilebilmesi imkânı, projenin inşa edileceği arazinin temininde özel kolaylıklar sağlanması, mevcut altyapının yeterli olması, hazine garantileri (asgari gelir, kur riski, yurt dışına döviz transferi, enflasyon, riski vb. riskler için), proje şirketine bir kamu kurumunun da iştiraki, ek finansman imkânları ve yakıt temini garantisi gibi hususlarda yapılan değerlendirmelerin olumlu sonuç vermesi halinde YİD modelinin uygulanması ihtimali de artmaktadır[39].

---

sağlayacak önemli bir güvence sayılmaktadır. Bkz. **Stewart/Smith Martin**, s.9; **Sozzi J.Christopher**, s.8.

[38]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.30; **Günay Tarhan**, s.148.

[39]**Kumaraswamy M.M./Zhang X.Q.**, s.198-200; **Jefferies Marcus/Gameson Rod/Rowlinson Steve**, s.354-355; Ayrıca, işletme döneminden sonra tesisi çalıştıracak idari personelin eğitimi gibi önemli hususlarda da yatırımcı, yatırım sahibi idareye taahhütlerde bulunarak, kendi teklifinin cazip bulunmasını sağlamaya çalışmaktadırlar. Buna karşılık, proje gelirine bir an önce kavuşabilmek için mümkün olduğu kadar, kısa bir inşaat dönemi ve bunu takip eden uzun bir işletme

II. YİD MODELİNİN HUKUKİ GELİŞİM SÜRECİ

Ülkemizde YİD modeline ilişkin hukuki düzenlemeler, özelleştirme çalışmaları paralelinde yapılmış, ancak bu süreçte, Anayasa'ya aykırılık nedeniyle ard arda iptal davaları gündeme gelmiş ve Anayasa'nın 47.maddesinde 13.8.1996 tarihinde yapılan değişikliğe kadar, özel hukuka tâbi bir sözleşme ile YİD modelinin uygulanması imkânı yaratılamamıştır. İşte bu süreçte, çok sayıda kanun yayınlanmış olup, bu nedenle hukuki sürecin Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası olmak üzere iki döneme ayrılarak incelenmesinde yarar görmekteyiz.

A. Anayasa Değişikliğinden Önceki Dönemde YİD Düzenlemeleri

Yukarıda anlatılan ekonomik gelişim süreci içinde ortaya çıkmış olan YİD'in Türkiye'de uygulanması ancak 1980'li yıllarda gündeme gelmiştir. Zira, Osmanlı Döneminde çıkartılan 1910 tarihli Menafi-i Umumiyeye Müteallik İmtiyazat

---

dönemini içeren bir sözleşmeye imza atmak yatırımcı için hayati olmaktadır. Buna ek olarak, proje finansmanı modeli genellikle büyük kamu yatırımlarında kullanıldığı için, proje konusu yatırımın kamuoyu tarafından da onaylanıyor olması, en azından projeye toplumsal bir tepkinin bulunmaması önem taşımaktadır. Aksi durumda, çeşitli sivil toplum örgütleri tarafından açılan iptal davalarında verilecek yürütmeyi durdurma kararları nedeniyle projeye devam edilememesi veya toplumsal protestoların inşaat veya işletme dönemini olumsuz etkilemesi söz konusu olabilecektir. Bkz. **Morrison Neil**, s.2-3.; **Gupta M.C./ Narasimham S.V.**, s.430; **Tiong Robert L.K.**, Tiong III,s.207-208.

Hakkında Kanun, 1932 yılında, 2025 sayılı Kanunla bazı değişiklikler yapılarak[40], Cumhuriyet Döneminde de uygulanmış ve bu şekilde, kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi suretiyle, devlet bütçesinin imkânlarının özel teşebbüs sermayesi ile takviye edilmesi amaçlamış[41] ise de devletçilik politikasının hâkim olduğu dönemde bu kanun fazla uygulama alanı bulmamıştır[42]. Ancak, yabancı sermaye girişini artırmak, yerli sermayeyi finans sektöründen yatırıma yönlendirmek, altyapı yatırımlarında kamu payını azaltmak, teknoloji transferi sağlamak, istihdamı artırmak, bütçeye ağır yük getiren KİT'leri özel teşebbüse dönüştürerek vergi gelirini yükseltmek ve sosyal yatırımlara ayrılan harcamalara katkı sağlamak amaçlarıyla

[40] RG. 2.7.1932 T., 2139 S.

[41]Osmanlı döneminde, yabancılara tanınan kapitülasyonlar nedeniyle, yabancı sermayenin ülkeye girişi bir sömürü düzeninin kurulmasına yol açmış, bu sömürüye karşı önlem olarak, İttihat ve Terakki Hükümeti zamanında, 1910 tarih, 576 sayılı, 13 maddelik bu Kanun çıkartılmıştır. Daha sonra, ulusal bağımsızlığımızın ekonomik bağımsızlıkla pekiştirme gayretlerinin yoğunlaştığı Cumhuriyetin ilk yıllarında, 1924 Anayasası ile, imtiyaz sözleşmelerinin TBMM tarafından onanması zorunluluğu getirilmiştir.Bkz. **İnan Atilla**, s.1; YİD modeline ''*imtiyaz*''dan başka bir isim verilmek istenmesinin bir nedeni de, bu sözcüğün kapitülasyonları çağrıştırması ve bir çok çevrede alerji uyandırmasıdır. Diğer neden ise, başta Anayasa olmak üzere konu ile ilgili yasal düzenlemelerde belirlenen sistemde öngörülen usul kuralarının bertaraf edilmek istenmesidir. Bkz. **Özay İl Han**, Özay II, s.263.

[42] **Pur Hüseyin Perviz**, s. 25.

YİD bir alternatif olarak görülmeye başlanmıştır[43]. Nitekim, bu model 1983 genel seçimlerinden sonra aktif olarak uygulamaya konulan liberal ekonomi politikaları paralelinde hayata geçirilmeye çalışılmış ve ilk olarak, 1985-1989 yıllarını kapsayan 5.Beş Yıllık Kalkınma Planı ile bağlantılı şekilde uygulamaya konulan 1988 Yılı Programının Yabancı Sermaye bölümündeki Tedbirler kısmının 63. sayfasında, ''*Finansman gereği yüksek ve ileri teknoloji gerektiren kamu yatırımlarının YİD modeli çerçevesinde yabancı sermayeye açılması teşvik edilecektir*'' ilkesine yer verilmiştir. Bunu takiben hükümet programları[44] içinde YİD modeline yer verilmiş ve sonraki kalkınma planlarında[45] da altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde YİD'ten azami ölçüde yararlanılacağı ifade edilmeye başlanmıştır.

İşte bu süreç içinde, YİD'in ilk yasal düzenlemesi de, ismi açıkça belirtilmeksizin, 4.12.1984 tarihli Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretim, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında 3096 sayılı Kanun'da[46] yapılmıştır. Kanun'un 1.maddesinde TEK dışındaki özel hukuk

[43]**Pur Hüseyin Perviz**, s. 26-27; **Dede Emre**, s.18; **Kocar Cemil/Bektur Yılmaz**, s.26-27; **Bahşi Gökhan C.**, s.133-134.

[44]Bkz. 1989 yılı Hükümet Programı, RG. 16.11.1989 T., 20344 S.

[45]Aynı şekilde, 6.7.1989 tarih, Mükerrer 20217 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6.Beş Yıllık Kalkınma Planının Yabancı Sermaye Politikası başlıklı bölümünde, ''*Önemli altyapı projelerinin gerçekleştirilmesi için uygun finansman modelleri (yap-işlet-devret gibi) çerçevesinde, yabancı sermaye katkısından, azami ölçüde yararlanılacaktır*'' ifadesi yer almıştır.

[46]RG. 19.12.984 T., 18610 S.

hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi amacı açıklanmış ve 3.maddesinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin ‘’*kurulması ve işletilmesi*’’ ile ticaretinin görevli şirketlere yaptırılmasına Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebileceği, 4.maddesinde ise, sadece elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketlerine elektrik üretimi yapacak tesisi kurma, tesisi işletme müsaadesi verilebileceği ve görevli şirketlerin üretecekleri elektrik enerjisinin TEK'e veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılacağı hükme bağlanmak suretiyle, YİD'in hukuki altyapısı oluşturulmuştur. Ayrıca, 3096 Sayılı Kanun'un 4. maddesindeki ‘’*tesis kurma ve tesisi işletme müsaadesi*’’ ve ‘’*tesiste üretilecek enerjinin Türkiye Elektrik Kurumuna veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satışı*’’; 7.maddesindeki ‘’*en fazla 99 yıllık görevlendirme yapılabilmesi*’’ ve ‘’*görevlendirme süresinin en az, kurulacak tesisin amortisman süresi dikkate alınarak tespit edileceği*’’; 8.maddesindeki ‘’*görevlendirme süresi sonunda tesislerin her türlü borç ve taahhütlerden ari olarak Devlete bedelsiz intikali*’’ ifadeleriyle de YİD modelinin asgari unsurları ortaya konulmuştur. Her ne kadar, bütün bu hükümlerde veya Kanun'un diğer hükümlerinde ‘’*YİD*’’ kelime olarak yer almamış ise de, yukarıda işaret edilen maddelerin bir araya gelerek yarattıkları sistemin, devletin kamu hizmetinin ifasını teminen inşasına ihtiyaç duyduğu elektrik üretim, dağıtım veya iletim tesislerinin yapımı işinin özel şirketlere verilmesi, bunun karşılığında tesislerin işletme hakkının bu şirketlere bırakılması ve işletme süresi sonunda da tesisin yatırım sahibi devlete bedelsiz intikali şeklinde özetlenebilecek olan YİD modelini işaret ettiği açıkça görülmektedir.

3096 sayılı Kanun'a dayalı olarak çıkartılan 16.8.1985 tarih, 85/9800 sayılı Yönetmelik[47] ile görev bölgeleri, 16.8.1985 tarih, 9799 sayılı Yönetmelik[48] ile özel hukuk hükümlerine tabi şirketlere elektrik enerjisi kurma ve işletme izni verilmesine dair esas ve usuller, 2.2.1987 tarih, 87/11488 sayılı Yönetmelik[49] ile yerli ve yabancı sermaye şirketlerine belli bir bölgede elektrik enerjisi üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti görevlerinin tamamının veya bazılarının yapılması izninin verilmesine dair esas ve usuller belirlenmiştir. Ayrıca, 8.6.1985 tarih, 85/7003 sayılı Elektrik Enerjisi Fonu Yönetmeliği[50] yayınlanarak, kurulacak tesislere finansman desteği sağlayacak olan Fon'un gelirleri, giderleri, yönetim ve denetimi gibi hususlar belirlenmiştir.

Daha sonra, 28.5.1988 tarihinde, 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun[51] yayınlanmış ve bu Kanun ile de, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketi statüsüne sahip sermaye şirketlerinin, otoyolların ve üzerindeki bütün tesislerin yapımı, bakımı, işletilmesi ile görevlendirilmesi ve süresi sonunda yol ve tesislerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devri amaçlanmıştır. Kanun'un 5.maddesinde, görevlendirmenin azami süresi, 49 yıl olarak belirlenmiş ve 6.maddesinde de, sözleşmenin sona ermesi halinde otoyol ile bütün tesisleri ve

[47]RG. 4.9.1985 T.,18858 S.; Bu Yönetmelik 14.9.2000 T, 2000/1404 BKK (RG.8.11.2000 T., 24224 S.) ile değiştirilmiştir.

[48]RG., 4.9.1985 T., 18858 S.

[49]RG. 23.2.1987 T., 19381 S.

[50]RG. 15.8.1985 T., 22375 S.

[51]RG. 2.6.1988 T., 19380 S.

müştemilatının, her türlü borç ve taahhütlerden ari ve kullanılabilir durumda Karayolları Genel Müdürlüğüne bedelsiz olarak ve kendiliğinden intikal edeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, bu Kanuna dayanılarak çıkartılan 1.3.1993 tarih, 93/4186 sayılı Uygulama Yönetmeliğinin[52] 7.maddesinde, projelerin YİD modeli çerçevesinde finansmanı ve gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu açıkça belirtilmiştir.

Bu süreçte, serbest bölgelerin kurulmasında ve işletilmesinde de YİD modeli kullanılmak üzere 10.8.1989 tarih, 89/14427 sayılı BKK[53] ile Ege (İzmir-Gaziemir) Serbest Bölgesinin YİD modeline göre ESBAŞ-Ege Serbest Bölge Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi tarafından kurulup işletilmesine, 18.10.1989 tarih, 89/14633 sayılı BKK[54] ile İzmir-Aliağa Termik Santrali Serbest Bölgesinin 3096 sayılı Kanun m.4 uyarınca görevlendirilecek bir anonim şirket tarafından kurulmasına ve işletilmesine ve 30.11.1990 tarih, 90/1214 sayılı BKK[55] ile Adana-Yumurtalık Serbest Bölgesinin TAYSEB-Toros Adana Yumurtalık Serbest Bölgesi Kurucu ve İşleticisi Anonim Şirketi tarafından YİD modeline göre kurulup işletilmesine de izin verilmiştir.

---

[52]RG. 14.4.1993 T., 21552 S.

[53]RG. 28.9.1989 T., 20296 S.

[54]RG. 25.10.1989 T., 20323 S.; Bu Karar, 19.4.1990 T. 90/380 S. BKK ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG.7.5.1990 T., 20511 S.).

[55]RG. 6.12.1990 T., 20717 S.

Bu kararnamelerin ardından, 1991 yılında, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 436 sayılı Kanun Hükmünde Kararname[56] yürürlüğe girmiş ve KHK'nin 6.maddesinde de, yüksek finansman ihtiyacı nedeniyle genel bütçeden finansmanı güç olan ve ileri teknoloji gerektiren temel altyapı projelerinin yerli ve yabancı özel sektör katılımı ile YİD modeline göre gerçekleştirilmesi için gerekli koordinasyon ve organizasyonu yapmak görevi Müsteşarlık Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Daha sonra, 1992/2805 sayılı BKK[57] ile, Yatırımların, Döviz Kazandırıcı Hizmetlerin ve İşletmelerin Teşviki ve Yönlendirilmesine Ait Esaslar yürürlüğe konulmuş ve bu Esaslar'ın 5.maddesinde, Müsteşarlıkça uygun görülen YİD modeli çerçevesindeki altyapı yatırımlarının da fona tabi olmayan yatırımlardan olduğu belirtilmiş, 24.maddesinde ise, özel önem taşıyan yatırım konuları arasında YİD projeleri sayılmıştır. Ayrıca 1992 tarih, 3859 sayılı, 1993 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 34/f maddesinde de Hazine Müsteşarlığının garanti vermek yetkisi ifade edilmiştir[58].

---

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

[57] RG. 28.3.1992 T., 21185 S.

[58] *''Yap-işlet-devret modeli ve benzeri özel finansman modellerine dayalı olarak gerçekleştirilecek projeler çerçevesinde, bu projeleri gerçekleştirecek özel hukuk hükümlerine tabi şirket statüsüne sahip yerli ve/veya yabancı ortaklardan oluşan Türk şirketlerinden, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri için geri ödeme garantisi vermeye ve yap-işlet-devret modeline dayanan tesisin söz konusu projelere ilişkin*

1994 yılına kadar geçen dönemde, yukarıda belirtilen bir seri düzenleme yapılmış ve bunların hepsinde, YİD modeli kullanılarak yaptırılacak tesislerin birer kamu yatırımı olması nedeniyle, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin idare hukuku alanında kurulduğu ve imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir[59]. Ne var ki,

---

anlaşmalardaki koşullar çerçevesinde satın alınması halinde de dış kredi borçlarını yüklenecek kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarenin lehine, finansör kuruluşlara garanti vermeye Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan yetkilidir'' . Bkz. RG. 29.12.1992 T., 21450 Mükerrer S.

[59]Bu sözleşmelerin imtiyaz olarak kabul edilmesi, T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ının 3096 sayılı Kanun'un uygulaması hususunda tereddütte düşerek Danıştay'dan istişari görüş talep etmesi ile belirginleşmiştir. Zira Danıştay ''*kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi, idari bir sözleşmeyle özel bir girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur*'' şeklinde bir tespit yaptıktan sonra, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin bir idari sözleşme olduğunu ve bir kamu hizmetinin kurulmasını, işletilmesini amaç edindiğini belirterek, ''*öte yandan sözleşmeye konu olan kamu hizmeti, imtiyaz sahibinin (özel girişimcinin) kâr ve zararına olarak kurulur ve işletilir, buna karşılık imtiyaz sahibinin elde ettiği, idarenin kendisine devrettiği tahsil hakkıdır. Ayrıca imtiyaz süresinde hizmetten yararlananlardan alınacak bedel veya ücret, esasları kanunla saptanacak olan bir tarife üzerinden tahsil olunur ve kamu hizmeti imtiyazı daima belli ve uzun bir süre için verilir .....bu karakterlerde son ikisi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini diğer idari sözleşmelerden ayıran önemli unsurlardır*'' demek suretiyle, 3096 sayılı Kanun uyarınca imzalanan sözleşmelerin imtiyaz sözleşmeleri olduğu sonucuna varmıştır. Danıştay 1.D., 24.9.1992 T., E.1992/232, K.1992/294,

YİD sözleşmelerinin imtiyaz olarak kabul edilmesi ve bu nedenle tahkim kaydının sözleşmelere konulamıyor olması nedeniyle, yabancı sermayenin Türkiye'deki yatırımlara ilgisi azalmış ve yeni yasal düzenlemeler yapılması yönünde talepler ortaya çıkmaya başlamıştır. Gerçekten, yabancı yatırımcılar ev sahibi devletler ile yaptıkları yatırım sözleşmelerinde uluslararası tahkim kaydına yer vermeyi, ev sahibi ülkedeki politik risklere karşı korunmak ve YİD sözleşmelerinde devletçe verilen garantileri güvenceye almak amacıyla istemektedirler[60]. Zira yabancı yatırımcılar,

---

Danıştay Dergisi, S.87, 1993, s.33 vd.; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 3.10.1996 T., E.1996/79, K.1996/83, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Aynı yönde Danıştay 10.D., 29.4.1993 T., E.1991/1, K.1993/1752 için bkz. **Tan Turgut**, Tan II, s.26, dpn.4.

[60]13.8.1999 tarih, 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 125.maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun çıkartılmıştır. Bu Kanun ile, özellikle YİD sözleşmelerinin uygulamaya geçirilebilmesi ve yabancı sermayenin ülkeye çekilebilmesi amacına ulaşılmak istenmiştir. Zira, YİD modelinde, milletlerarası ticaret hukuku açısından, en önemli sorun, uyuşmazlıkların çözüm yeri olduğu için, yatırım sözleşmelerinde tahkim kaydının bulunması, büyük bir önem taşımaktadır. Gerçekten, yüksek miktarlı ve uzun zamana yayılan YİD projelerinin yapımı süresinde, siyasi ve ekonomik gelişmeler olmakta ve bunlar da yatırımı etkilemekte ve idare ile yatırımcı arasında hukuki sorun çıkma riski artmaktadır. İşte bu risk nedeniyle yatırımcılar, uyuşmazlıkların kamu hukuku alanında uzmanlaşmış olan idare mahkemesinde çözümlenmesini değil, idareden bağımsız hakemlerce

uzun süreli yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda hazine çıkarı saikiyle karar vereceğini düşündükleri idari yargıdan kendi lehlerine bir karar çıkmayacağına inanmaktadırlar. Özellikle kamulaştırma, ilave vergi vb. yükümlülükler, kâr transferi kısıtlamaları, garantilerin kaldırılması gibi sonuçlar yaratan idari işlem veya yasal düzenlemelerden korku duyan yabancı yatırımcıların temel istekleri ise, devletten bağımsız bir yargılama imkânı elde etmek ve bu kapsamda, imtiyaz sözleşmelerinde yer almayan ''*idarenin kusuru*'' kavramını da hayata geçirmek olmuştur. Bu bağlamda, imtiyaz sözleşmelerinde idareye tanınan tek taraflı üstünlüğün, ticari hayatın eşitler arası işlem ilkesine uymadığı, idarenin kamu yararı adına tarifeler, satın alma veya girdi temini konularında verdiği garantilerin bir kısmını veya tamamını zaman içerisinde geri alabilecek olmasının, kâr maksimizasyonu ilkesine göre çalışan ve gerçekçi, şeffaf ve öngörülebilir kurallar dahilinde yatırım yapmak isteyen firmaların ihiyaçlarını karşılamayacağı ileri sürülmüştür[61]. Ayrıca, gerek yerli gerek yabancı yatırımcılar açısından, imtiyaz sayılan YİD sözleşmelerinin Danıştay denetimine tabi olmasının, yatırım döneminin çok uzun olması nedeniyle KDV'nin finansman yükü getirmesinin ve döviz olarak

---

muhakeme edilmesini tercih etmektedirler. Bkz. **Akıncı Ziya**, s.334-36; YİD'te tahkim sorunu konumuzun dışında kalmakla birlikte bu hususta tartışmalar için ayrıca bkz. **Altıntaş M. Ayhan**, Altıntaş II, s.33-38; **Özay İl Han**, Özay III, s.629-637; **Yılmaz Osman**, s. 129-131; **Varlıer Oktay**, Varlıer II, s.50-55; **Polatkan Vahit**, Polatkan III, s.482 vd.; Polatkan II, s.32-35; **Demir A.Lütfi**, s.153-157.

[61]**Emek Uğur**, s.107-108.

getirilen sermayenin kur farkının gelir olarak dikkate alınmasının YİD modeline olan ilgiyi azaltan olumsuz etkenler olduğu ifade edilmiştir[62].

İşte bu talepler ve eleştiriler nedeniyle, mevcut sorunların ancak özel hukuka tabi YİD sözleşmelerinin imzalanması suretiyle çözümlenebileceği düşünülerek, ilk önce 22.2.1994 tarihli, 3974 sayılı Kanun[63] ile 3291 sayılı Kanun'a eklenen Ek 5.madde ile ''*T.C.Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile enerji alanında faaliyet gösteren İktisadi Devlet Teşekküllerinin bu Kanun'a dayanarak veya diğer Kanunların özel sektörün enerji üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurma ve işletmelerini veya mevcutların işletme haklarını devir almalarını öngören hükümlerine göre üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olup, imtiyaz teşkil etmeyecekleri*'' hükme bağlanmıştır. Ancak, bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş ve Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarihli kararında[64], idari sözleşmeleri özel hukuk hükümlerine tabi tutarak idari yargı denetiminin dışına çıkaran içeriği nedeniyle Ek 5.maddenin, Anayasa'nın 2.,11.,37.,125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak, hükmün iptaline karar verilmiştir. Bu iptal kararının gerekçesinde ise, öncelikle *kamu hizmeti* kavramı, devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanmış ve daha

[62]**Güneş Cengiz**,Güneş I , s.148.

[63]RG. 1.3.1994 T., 2184 S.

[64]Anayasa Mahkemesi'nin, 9.12.1994 T., E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı için bkz. RG. 24.1.1995 T., 22181 S.

sonra da, elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinliklerin birer kamu hizmeti olduğu ve bir kamu hizmetinin özel kesimce yürütülmesinin onun kamu hizmeti niteliğini ortadan kaldırmayacağı vurgulanmış, ayrıca özel hukuk hükümlerine tabi kılınmak istenen sözleşmelerin idareye tanınan üstün yetkiler nedeniyle birer idari sözleşme olduğu ve dolayısıyla bu sözleşmelerin idari yargının görev alanında bulunduğu ifade edilmiştir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bu şekilde bir iptal kararı vereceği ve karar nedeniyle ortaya çıkacak hukuki durum önceden öngörülebildiği için, karar verilmeden bir süre önce, 8.6.1994'te 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun[65] kabul edilmiştir[66]. Bu Kanun'un 5.maddesi ile, YİD modelinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçekleştirilebilmesine imkân tanınmış, Kanun'un 13. maddesine 24.11.1994 tarihinde eklenen bir fıkra ile de, aynı imkânın 3096 sayılı Kanun'a tabi işlerde

[65]RG.13.6.1994 T., 21959 S.

[66]Daha sonra, 24.11.1994 tarihinde kabul edilen ve 3.12.1994 T., 22130 S. RG.'de yayınlanan 4047 sayılı Kanun ile, enerji sektörü 3996 sayılı Kanun'un kapsamından çıkartılmış, ancak Bakanlığın isteği üzerine 3996 sayılı Kanun'un 5,11,12,ve 14.maddelerinin enerji projelerine de uygulanabileceği ve ayrıca daha önce başlamış olan projelerin tabi oldukları usul ve esaslara göre devam edeceği, eğer Yüksek Planlama Kurulunca uygun görülür ise bu projelerin de 3996 sayılı Kanun'dan yaralanabileceği hükme bağlanmıştır. Daha sonra, 20.12.1999 tarih, 44933 sayılı Kanun (RG.22.12.1999 T., 23914 S.) ile enerji üretimi, iletimi ve dağıtımı tekrar 3996 sayılı Kanun kapsamına alınmıştır.

kullanılabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, ilk defa bu Kanun ile (m.3.a) YİD'in tanımı yapılmış ve ''*ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*'' ifadesiyle YİD'in asli unsurları ortaya konulmuştur. Böylece, 3996 sayılı Kanun'dan önceki dönemde sadece imtiyaz sözleşmeleri ile uygulanabileceği kabul edilen YİD modelinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçekleştirilebilmesi ve aynı zamanda Kanun'un 11.maddesi uyarınca bu projeler için Hazine garantisi verilmesi hususlarında yasal bir güvence sağlanarak, özellikle yabancı yatırımcıların talepleri karşılanmak istenmiştir. Bu arada, 3996 sayılı Kanun'un kapsam maddesinde her türlü kamusal yatırımdan bahsedilmiş olması nedeniyle de, bu Kanun'dan sonra 3096 sayılı Kanun ile 3465 sayılı Kanun'a ihtiyaç kalmadığı ileri sürülmüş ise de[67], 3996 sayılı Kanun'un sadece özel hukuk sözleşmesi imzalanarak gerçekleştirilecek YİD projelerini kapsıyor olduğu dikkate alındığında, imtiyaz usulüyle YİD projesi uygulamalarında yine 3096 sayılı Kanun ile 3465 sayılı Kanun'un uygulanacağı da söylenebilecektir. Zira, 3996 sayılı Kanun, bu kanunları yürürlükten kaldırmış olmadığı gibi, aksine m.13'te bu kanun hükümleri saklı tutulmuş özel hukuk sözleşmesi imzalanmasını öngören 3996 sayılı Kanun m.5'in 3096 ve 3465 sayılı Kanun' a göre yapılan yatırımlarda uygulanması da idarenin taktirine bırakılmıştır.

[67]**Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.15.

Özel hukuk sözleşmesi ile YİD uygulamasına ilişkin mevzuat oluşturulması sürecinde, 3996 sayılı Kanun'un uygulama usul ve esaslarının belirlenmesini teminen, 6.8.1994 tarihinde 94/5907 sayılı BKK[68] alınmış ve bu Karar ile görevlendirmenin ne şekilde yapılacağı, mal ve hizmetlerin fiyatlarının ne şekilde tespit edileceği, kamulaştırma ve garantiler gibi hususların yanında, bizim konumuz açısından özel bir önemi bulunan ''*Uygulama Sözleşmesinin Kapsamı*'' ortaya konulmuştur.

Ne var ki, bu arada, 2.8.1994 tarihinde, 3996 sayılı Kanun'un 5.maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla dava açılmış ve 28.6.1995 tarihinde, Anayasa Mahkemesi, YİD sözleşmelerinin birer kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğu ve bu nedenle maddedeki ''*...imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır....*'' ifadesinin Anayasa'nın 2,11,37,125 ve 155. maddelerine aykırı bulunduğu gerekçesiyle, 5.maddenin iptaline karar vermiştir[69] . Bu iptal kararının gerekçesini ise, kamu hizmetinin görülmesi amacını taşıyan YİD sözleşmelerinin, kanun hükmü ile özel hukuka tabi kılınamayacağı, zira Anayasa yargısı bakımından bir hizmetin kamu hizmeti, bir sözleşmenin de imtiyaz sözleşmesi olup olmadığının yasaya değil, hizmetin niteliğine bakılarak saptanabileceği şeklinde özetlenebilecek olan değerlendirmeler oluşturmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kararında da 3974 sayılı Kanun ile 3291 sayılı Kanun'a eklenen Ek.5.maddenin iptaline ilişkin 9.12.1994 tarihli kararındaki kamu hizmetini tanımını tekrarlamış ve bu tanımdan

[68]RG.1.10.1994 T., 22068 S.

[69]Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1995 T., E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı için bkz. RG. 20.3.1996 T., 22586 S.

hareketle, 3996 sayılı Kanun'un 2.maddesinde sayılan yatırım alanlarını kamu hizmeti olarak kabul etmiştir. Bu tespit paralelinde, niteliği itibariyle kamu hizmeti sayılan bir yatırımın özel kişiler eliyle yapılmasının, hizmetin niteliğini değiştirmeyeceği ifade edilerek, YİD sözleşmelerinin birer idari sözleşme olduğu ve kanun hükmü ile de bu sözleşmelerin niteliğinin değiştirilemeyeceği belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, idari yargının görev alanına giren bir sözleşmenin kanun hükmü ile özel hukuk alanına taşınmasının, Anayasa'nın idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı başvurulacak yargı yolunu gösteren m.125'e, kanuni hakim güvencesini düzenleyen m.37'ye, imtiyaz sözleşmeleri üzerinde Danıştay denetimini öngören m.155'e aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Bu gerekçeler ışığında, 3996 sayılı Kanun'un 5.maddesi ve bu hükmün iptali neticesinde uygulanma imkânı kalmayacak olan 14.maddesi iptal edilmiş, böylece YİD sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi olması imkânı ortadan kaldırılmış ve 3996 sayılı Kanun'a göre yapılacak yatırımlarda uygulanmaması öngörülen 1326 sayılı Menafii Umumiyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun ve bu Kanun'da değişiklik yapan 2025 sayılı Kanun tekrar uygulanır hale gelmiştir[70].

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı açıklanmadan önce ve sonra da, YİD'e ilişkin düzenlemelere devam edilmiş[71], daha sonra, 30.8.1996 tarih,

[70]Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının eleştirisi ve YİD projelerinin imtiyaz sayılmaması hakkında bkz. **Doğanay İsmail**, s. 51-54.

[71]7.6.1995 tarih, 95/6990 sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında Karar ile ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve ilgili mevzuatla yatırım ve hizmetlerin kısmen veya tamamen yerli ve/veya yabancı şirketler vasıtasıyla YİD

4180 sayılı Kanun[72] çıkartılarak 3996 sayılı Kanun'un Hazine Garantileri başlıklı 11.maddesi değiştirilmiş fakat bu Kanun da, 26.3.1997 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla[73] kısmen iptal edilmiştir.

B. Anayasa Değişikliğinden Sonraki Dönemde YİD Düzenlemeleri

Bu iptal kararlarına rağmen, özelleştirme politikasının devamını teminen, 13.8.1999 tarihinde, 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun[74] ile Anayasa'nın 47.maddesinin kenar başlığı ''*E. Devletleştirme ve Özelleştirme*'' olarak değiştirilmiş ve maddeye ''*Devletin kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir*'',

---

modeli ile gerçekleştirilmesi için gerekli organizasyon ve koordinasyonun yapılması görevi Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'ne verilmiştir. Bkz. RG. 23.7.1995 T., 22352 S.; Ayrıca, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıfların İş ve İşlemlerinde Uyacakları Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de de, vakıflara ait gayrimenkuller üzerinde YİD modeline göre inşaat yaptırılmasında Vakıflar Meclisinin olumlu kararı ile ilgili bölge müdürlüklerince verilecek yetki belgesinin aranacağı hükme bağlanmış ve böylece kamu yatırımları dışındaki bir alanda da YİD modelinin uygulanabileceği teyit edilmiştir. Bkz. RG. 6.8.1999 T., 23778 S.

[72]RG. 4.9.1996 T., 22747 S.

[73]Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1997 T., E.1996/63, K.1997/40 sayılı kararı için bkz. RG.28.6.2001 T., 24446 S.

[74]RG. 14.8.1999 T., 23786 S.

‘’*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir*’’ fıkraları eklenmiştir. Bu sayede, kamu yatırım ve hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri imzalamak suretiyle YİD modeli ile yaptırılmasının Anayasal zemini oluşturulmuş, ancak bunun özel bir kanun ile düzenlenmesi zorunluluğu da öngörülmüştür. Ayrıca, aynı Kanun ile Anayasa’nın 125.maddesine de ‘’*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*’’ hükmü eklenerek, kamu hizmetini konu alan sözleşmelerde tahkim kaydına yer verilmesi imkânı yaratılmıştır.

Böylece, Anayasa’nın değiştirilmesi suretiyle özel hukuk sözleşmesi imzalanması ve tahkim kaydının kabul edilmesi taleplerinin önündeki engellerin ortadan kaldırılmasını takiben, Anayasa’nın öngördüğü şekilde, 20.12.1999 tarih, 4493 sayılı Kanun[75] ile, 3996 sayılı Kanun’un iptal edilen 5.maddesinin yerine ‘’*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir*’’ hükmü getirilmiş ve ayrıca Kanun’un 2.maddesinden daha önce çıkartılmış olan ‘’*elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti*’’ ifadesi de maddeye eklenmiştir.

[75]RG. 22.12.1999 T., 23914 S.

YİD projelerinde özel hukuk sözleşmesi imkânı bu şekilde yaratıldıktan sonra da, 21.1.2000 tarihli 4501 sayılı Kanun[76] ile, 3996 sayılı Kanun'un Geçici 1.maddesinin 2.fıkrası değiştirilmiş ve böylece daha önce 3096 sayılı Kanun veya 3465 sayılı Kanun uyarınca başlatılmış olan YİD projeleri için de özel hukuk sözleşmesi imzalanması imkânı yaratılmıştır[77].

[76]4501 sayılı Kanun ile ayrıca, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi için tahkim sözleşmeleri yapılırken ilke ve esaslar da belirlenmiştir. Bkz. RG. 22.1.2000 T., 23941 S.

[77] 4501 sayılı Kanun'un Geçici 1.maddesinde de, ''*Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve iller, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. Ancak kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, birinci fıkrada belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir*'' hükmü yer almıştır; Bu dönemde ayrıca, Sosyal Sigortalar Kurumu ile ilgili bazı düzenlemelerde kuruma ait gayrimenkullere ilişkin işlemlerde YİD modelinin kullanılabileceği belirtilmiştir. Bkz. 616 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının Kurulması ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında KHK, m.8.13 (RG. 4.10.2000 T., 24190 Mükerrer S.); Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Taşınmaz Malları Yönetmeliği (RG. 31.10.2000 T., 24216 S.).

Yapılan bütün bu yasal düzenlemelerin en son aşaması ise, 20.2.2001 tarihinde kabul edilen ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu[78] olmuştur. Elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreye uyumlu bir şekilde tüketicilere sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme sağlanması amacı ile yürürlüğe konulan bu Kanun ile yaratılmak istenen tam rekabetçi enerji piyasasında Hazine Garantisi verilmiş projelerin rekabeti bozacağı düşünüldüğü için, Kanun'un Geçici 8.maddesinde, 2002 yılı sonu itibariyle işletmeye geçemeyen projelere Hazine Garantisi verilmeyeceği ve mevcut garantilerin de iptal edileceği hükme bağlanmıştır[79]. Ayrıca, maddenin 2. fıkrasında bu projeler haricinde 3996 sayılı Kanun uyarınca Hazine Garantisi verilmeyeceği belirtilmiştir. Ancak, Hazine Garantilerinin bu şekilde sona

[78]RG. 3.3.2001 T., 24335 Mükerrer S.

[79]Aynı dönemde YİD projelerine verilecek Hazine Garantileri hakkında 4749 sayılı Kanun (RG.9.4.2002 T.,24721 S.) ile düzenleme yapılmış olması da Anayasa Mahkemesi Kararının bir etkisi olarak değerlendirilebilecektir. Zira, bu kanun kapsamına YİD modeli çerçevesinde gerçekletirilmesi öngörülen projelerde ödeme yükümlülükleri Hazine Müsteşarlığınca garanti edilen kuruluşlar da alınmış ve ayrıca Hazine Yatırım Garantisi ile Hazine Karşı Garantisi tanımlamalarında YİD projelerine verilen garantilerden bahsedilmiştir. Aynı şekilde, bu Kanuna dayalı olarak çıkartılan ve Hazine Garantilerine ilişkin olan Yönetmeliklerde de (RG.12.4.2002 T., 24724 S.; 21.12.2002 T., 24970 S.; 25.3.2003 T., 25059 S.) YİD projelerine verilen garantiler düzenlenmiştir.

erdirilmesini öngören 1.fıkra, Anayasa Mahkemesi kararı[80] ile, garantilerin bu projelere ilişkin sözleşmelerin ayrılmaz bir parçası olduğu, garantinin sözleşmenin tarafı olmayan Hazine tarafından verilecek olmasının idarenin bütünlüğü ilkesi karşısında bir önemi bulunmadığı, proje sahibi şirketlerin garanti verileceğini bilerek bu yatırımları üstlendikleri ve bir kanun hükmü ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edilemeyeceği gerekçeleriyle iptal edilmiş olduğu için, Kanun yürürlüğe girdiği tarihte başlamış olan projelere garanti verilmesi imkânı halen mevcuttur.

Yaşanan bu süreçte, YİD modelinin uygulandığı bir çok projeye başlanmış, özellikle enerji alanında, otoyol yapımında, serbest bölgelerin inşasında, yerel yönetimlerin alış-veriş merkezi, sahil düzenlemesi, yat limanı yapımı, restorasyon, sahil düzenlemesi ve içme suyu tesisi kurulması gibi çok çeşitli hizmetlerinin gerçekleştirilmesinde bu modelin örnekleri ortaya çıkmıştır[81].

---

[80]Anayasa Mahkemesi'nin 13.2.2002 tarih, E.2001/293, K.2002/28 sayılı kararı için bkz. RG. 18.4.2002 T., 24730 S.; 4628 sayılı Kanun'un 2.d.1 ve Geçici 4.maddesindeki 30.6.2001 tarihlerinin 31.10.2001 olarak değiştirilmesine ilişkin 4694 sayılı Kanun da Anayasa Mahkemesi'nin 13.2.2002 tarih, E.2001/389, K.2002/29 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Karar için bkz. RG. 18.4.2002 T., 24730 S.

[81]YİD uygulamalarının örnekleri hususunda bkz. **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.63-71; Ayrıca, Türk Parasını Koruma Mevzuatı ile Hazine Alacaklarına ilişkin Tebliğlerde YİD'e ilişkin düzenlemeler yapılmıştır . Bkz. 26.7.2001 T., 2001/2890 S. BKK. (RG. 28.8.2001 T., 24507 S.), 2001-32/26 S.Tebliğ (RG. 13.9.2001 T., 24522

Görüldüğü gibi, YİD modeline ilişkin mevzuatın gelişimi, sadece kamu yatırımları ve hizmetlerinin gerçekleştirilmesi ihtiyacından kaynaklanmış ve yapılan değişiklikler de, kamu yatırım ve hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile yürütülmesinin mümkün olup olmayacağı tartışmalarına paralel şekilde gündeme gelmiştir[82]. Ancak, bizim çalışmamızda YİD modeli bir özel hukuk sözleşmesi olarak incelenmekte olduğundan, kamu yatırım ve hizmetlerinin YİD modeli ile yaptırılması hususundaki tartışmalar, konumuzun dışında kalmaktadır. Kaldı ki, Anayasa'nın 47.maddesinde yapılan değişiklik ile, kamu yatırımları açısından da YİD modelinin özel hukuka tabi kılınması mümkün hale gelmiş ve uzun zaman süren imtiyaz-özel hukuk sözleşmesi tartışmaları artık önemini yitirmiştir[83].

S.), Hazine Alacaklarına Uygulanacak Gecikme Faiz Oranı Hakkında Tebliğ (RG.12.4.2001 T., 24371 S.).

[82]Kamu hizmetlerinin YİD modeli ile yaptırılması hususunda bkz. **Tan Turgut**, Tan II, s.23 vd.; **Zabunoğlu Yahya**, s.45 vd.;**Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.7 vd.

[83]Danıştay 1.D., 11.9.2003 T., E.2003/108, K.2003/110; Danıştay 1.D., 27.2.2003 T., E.2003/19, K.2003/26, Danıştay 1.D., 27.2.2003 T., E.2003/14, K.2003/25 (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) Aksi görüş için bkz. **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.149; Bu yeni sözleşmeler de, kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin olduğu için, imtiyaz sayılmasalar da, birer idari sözleşmedir. Bkz. **Gözübüyük Şeref/Tan Turgut**, s. 493-494.

§ 2. YİD MODELİNİN TANIMI VE UNSURLARI

I. YİD MODELİNİN ÖĞRETİDE VE MEVZUATTA VERİLEN TANIMLARI

A. Öğretide Verilen YİD Tanımları

YİD için doktrinde muhtelif tanımlar verilmiş, ancak bütün bu tanımlarda genel olarak aynı ifadeler tekrar edilmiştir.

DURAN, *YİD'in idareye ait bir proje veya yatırımın, idareden hiç bir avans veya ücret talep edilmeksizin yapılması ve tesisin uygulama sözleşmesi çerçevesinde işletilmesi suretiyle elde edilecek kazançtan yatırım maliyeti ve kârın karşılanmasına ve işletme süresi sonunda da tesisin idareye devredilmesine; bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulması, belli bir süre işletilmek suretiyle yatırılan sermayenin amortisman ve kâr gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devrine imkân veren bir rejim* olduğunu ifade etmiştir[84].

Benzer şekilde, **COŞKUN** da, *YİD'in bir kamu hizmeti veya bayındırlık işinin, özel teşebbüs tarafından masrafları karşılanarak kurulması ve belirli süre işletilmesi suretiyle yatırılan sermayenin amortismanı ve kâr gerçekleştikten sonra, tesisin ve yönetimin bedelsiz olarak ilgili kamu idare veya kurumuna devir ve teslimini*

[84]**Duran Lütfi**, s.150.

sağlayan bir rejim, iç finansman kaynaklarının yetersizliği ve kredi imkânlarının sınırlı olması nedeniyle ortaya çıkmış bir girişim modeli olduğunu belirtmiştir[85].

Yine aynı esasa dayanan bir diğer tanımı **YERLİKAYA** ve **DERDİYOK** vermiş ve *YİD, bir görevli şirketin kamu idaresine ait bir projenin yatırım ve finansmanı sağlayarak, sözleşme ve şartnamelere uygun bir biçimde inşa ve tesis edip, önceden belirlenmiş bir süre boyunca işletmesine ve nemasını gelir olarak sağlamasına ve daha sonra tesisi devlete ya da bir kamu kurumuna, eksiksiz ve çalışır durumda, borçlarından ari ve bir kül halinde devretmesine imkân tanıyan bir model* olarak tanımlamışlardır[86].

YİD modelinin bazı ayrıntılarını tanımına ekleyen **İMRE** de, *YİD'i 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 açıklamıştır[87].

[85]**Coşkun İsa**, s.46.

[86]**Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.26-27.

[87]**İmre Erol**, s.4.

Daha sınırlı bir tanımlamayı ise **KARACA** ve **PİRLER**, *YİD özellikle büyük ölçekli altyapı projelerinin özel sektör tarafından gerçekleştirilerek, belli bir süre işletildikten sonra kamuya devridir* ifadesiyle vermişlerdir[88].

Bu tanımlamalardan farklı bir yaklaşımla **SİRMEN** ve **ÇAL** ise, *YİD'in sözleşme özgürlüğünün sağladığı serbestlik içinde, maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen bir finansman modeli* olduğuna işaret etmişlerdir[89].

Başka bir bakış açısıyla da **POLATKAN**, *YİD'in bir kamu hizmetinin gerek kurulmasının ve gerek görülmesinin bir idari sözleşme çerçevesinde belirli bir süre için devletin sahip olduğu bir potansiyel rant hakkının yatırım karşılığında bir özel hukuk sermaye şirketine verilmesini sağlayan bir finansman modeli* olduğunu belirtmiştir[90].

Benzer şekilde **CENGİZ**, yukarıda verilen tanımları tekrar etmek suretiyle, *YİD'in bir kamu yatırım ve finansman modeli olduğunu* ifade ederken[91], **ALTINTAŞ,** YİD'in yüksek finansman gerektiren alt yapı yatırımlarının, özel sektör ve yabancı sermeye imkânları ile gerçekleştirilmesini mümkün kılan, yatırımcının projenin finansmanının karşılanmasından ve yatırımın gerçekleştirilmesinden sorumlu olduğu,

---

[88]**Karaca Yüksel**, s.58; **Pirler Orhan**, s.47.

[89]**Sirmen Lale**, s.11; **Çal Sedat**, s.42.

[90]**Polatkan Vahit**, Polatkan I, s.13; Polatkan III, s.59.

[91]**Güneş Cengiz** , Güneş III, s.21.

belirli süre yatırımı işletip amorti ettikten sonra bedelsiz olarak kamuya devrettiği bir model olduğunu belirtmiştir[92]. **KAPLAN** da, özgün bir tanım vermemekle birlikte, YİD'in idareye ait bir proje ve yatırımı üstlenen görevli şirketin, idareden bir avans veya ücret talep etmeksizin, kendi kredisi ile, yatırımı yaptığı ve ücretini, idareden aldığı yetkiye istinaden görev konusu tesisi işleterek tesisten yararlananlardan elde edeceği ücretten karşıladığı ve süre sonunda tesisi idareye devrettiği bir model olduğunu ortaya koymuştur[93].

Bütün bu tanımlamalardan daha farklı ifadeler kullanan **ŞENYÜZ** ise, *YİD sözleşmesi belirli şeylerin iş sahibi (bu kişi kira sözleşmesi itibariyle ele alındığında kiralayan) tarafından müteahhide (kiracıya) teslimi ile müteahhidin bu şeyleri sözleşmede öngörülen koşullarda bir araya getirerek işler hale dönüştürmesi ve belli bir süre kullandıktan ya da faydalandıktan sonra işler vaziyette iş sahibine (kiralayana) devretmesini içeren bir sözleşmedir* şeklinde bir YİD tanımı vermiştir[94].

B. Mevzuatta Verilen YİD Tanımları

Doktrinde geliştirilen bu tanımların yanında, 8.6.1994 tarihinde kabul edilen 3996 sayılı Kanun'un 3.a maddesi ile yasal bir tanım yapılmış ve YİD, ''*ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr*

[92]**Altıntaş M.Ayhan**, Altıntaş II, s.32.

[93]**Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s. 9.

[94]**Şenyüz Doğan**, s.7.

dahil) şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi(dir)'' şeklinde yapılanan bir model olarak ortaya konulmuştur. Aynı tanımlama 94/5907 sayılı BKK'nda da tekrar edilmiştir.

Esasen, 3996 sayılı Kanun'un Amaç maddesinde de belirtildiği gibi YİD'in ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesi ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıktığı unutulmamalıdır. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'un gerekçesinde, ''*Ülke kalkınmasında önem taşıyan, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ve yaygın işletmecilik anlayışında yapılması yararlı olan yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmesinde hizmetin asli sahibi olan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinin yanı sıra, Türk kanunlarına göre kurulmuş olan sermaye şirketleri ve Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu hükümlerine göre Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı şirketlerin de görevlendirilmesi, kamunun kıt kaynaklarının en gerçekçi biçimde kullanılması açısından büyük önem taşımaktadır. Kanunda öngörülen yatırım ve hizmet alanlarında, rekabetçi bir ortamın oluşturulması, finansman ve yönetim açısından kendine yeterli bir modelin geliştirilmesi ile Devletin bütçe imkânlarının daha ağırlıklı kamu hizmetine kaydırılarak, özel sektör ve yabancı kuruluşların söz konusu yatırım ve hizmet alanlarına çekilmesi, ekonomik kaynak sorunlarına çözüm getireceği gibi hedeflenen gerçekçi büyüme doğrultusunda yatırımların hayata geçirilmesi, yeni iş olanaklarının yaratılması ve işsizliğin giderilmesi konularında da yardımcı olacaktır*''[95] şeklinde bir açıklama yapılarak,

[95]TBMM Tutanak Dergisi 19.Dönem, C.61 Eki.

büyük yatırımlardaki finansman ihtiyacına işaret edilmiştir. Bu temel ihtiyacın alt açılımında ise, ileri teknoloji transferi ve yabancı sermaye ile çalışmak gereksinimleri kendini göstermektedir. Zira, yüksek maliyetli yatırımların yatırım sahibi tarafından kredi temin edilmesi suretiyle yapılması da mümkün iken, YİD'in tercih edilmesi, yatırımın gerektirdiği ileri teknolojinin işletmeye girişini sağlamak, bir başka anlatımla projeyi gerçekleştirecek olan özel yatırımcının know-how'ına (işletme süresi sonunda da olsa) sahip olmak ve işletme döneminde elde edilecek kârın yatırımcıya bırakılması suretiyle ileri teknolojiyi elinde bulunduran yabancı sermayenin söz konusu yatırıma ilgisini artırmak düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Bunların yanında, kamusal yatırımlar açısından, altyapı yatırımlarındaki kamu payının azaltılması, bazı yatırım alanlarına ilginin artırılması ve bölgesel kalkınma farklılığının giderilmesi gibi kamusal düşünceler de tabii ki mevcuttur[96]. Ayrıca, YİD'in, kârlılığın yüksek olduğu yatırımlar haricinde uygulanamayacağı, zira işletme dönemindeki getirinin normalin üzerinde olmaması durumunda, müteahhidin hem yatırım masraflarını karşılayıp, hem de kâr elde etmesinin mümkün olmaması nedeniyle, kâr maksimizasyonu sağlanmayan yatırımlara yatırımcıların ilgi göstermeyecekleri gözden kaçırılmaması gereken bir husustur[97].

II. YİD MODELİNİN UNSURLARI VE RİSK FAKTÖRÜ

Yukarıda verilen muhtelif tanımlamalardan da anlaşıldığı gibi, YİD'in ''*eser inşası*'', ''*finansman*'', ''*işletme hakkı*'' olmak üzere üç temel unsuru bulunmaktadır. Ne var

[96]**Polatkan Vahit**, Polatkan I, s.11.

[97]**Uludağ Ramazan**, s.83.

ki, basit görünen bu üç unsurlu yapının ayakta durması için oldukça hassas ve çok taraflı bir menfaat dengesinin sağlanması zorunlu olmakta, bunun için de her bir unsuru karşılayan üç basit sözleşme imzalanması yeterli olmamaktadır. Gerçekten, YİD'in temelindeki menfaat çatışmalarını esas almak suretiyle bu modelin unsurlarını sorguladığımızda, karşımıza risk paylaşımının önemi çıkmakta ve YİD sözleşmesinin unsurları arasıdaki dengeler de risk paylaşımı politikasına göre belirlenmektedir. Bu itibarla, unsurların tek tek incelenmesine geçmeden önce, genel olarak YİD modelindeki risk paylaşımı faktörünün üzerinde durmak gerekmektedir.

A. YİD Modelinin Unsurlarının Değerlendirilmesinde Risk Paylaşımı Faktörü

Temelde bir finansman yaratmak amacıyla kullanılan YİD modelinin uygulandığı her yatırım projesinin içerdiği muhtelif riskler, öncelikle yatırım için harcanan sermayenin geri dönüşünü etkileyip etkilemeyeceği noktasında değerlendirilmekte, gerek yatırımcı gerek kredi kurumları harcadıkları mali kaynağın kârı veya faizi ile tahsilini engelleyebilecek her türlü riske karşı büyük bir hassasiyet göstermektedirler. Bu nedenle projeye dahil olan taraflarca bütün riskler önceden tanımlanmaya çalışılmakta, genellikle bu risklerin bazıları en az bir tarafın kontrolü altındaki olaylardan kaynaklandığı için, bu nitelikteki riskler ilgili tarafın üzerinde bırakılırken, bir kısmı da kontrol edilemese de sigorta edilebildiği için proje tarafları açısından katlanılabilir kabul edilmektedir[98].

[98] Gerçekten tesisin ve işletme tesisatının sigortalanması yanında, işçi tazminatları için sigorta, işletmenin kesintiye uğraması, gelir akışının kesilmesi gibi ticari risklere

Öte yandan, sigortalanabilen riskler nedeniyle maliyetin artması, buna karşın kârın azalması ve YİD projelerinde kâr marjının da genellikle düşük olması nedeniyle, proje risklerinin kimin üzerinde kalacağı noktasındaki menfaat çatışmasının önemi daha fazla ağırlık kazanmaktadır. Buna ek olarak, her türlü maliyet artışına kural olarak tek başına katlanması gereken taraf da yatırımcı yani proje şirketi olduğu için, sınırlı miktardaki proje gelirini etkileyebilecek risklerin ortadan kaldırılması proje şirketi açısından bir zorunluluk haline gelmekte ve bu sağlanamadığında YİD modelinin uygulanması imkânı da ortadan kalkmaktadır[99]. Özellikle, uygun yasal

---

karşı sigorta ve politik riskler için sigortalar yaptırılarak, proje şirketi üzerinde kalması gereken risklerin etkileri hafifletilebilmektedir. Ne var ki, bütün riskler sigortalanamamakta veya riskin büyüklüğü nedeniyle sigorta maliyeti çok yüksek olmaktadır. Özellikle mücbir sebep halleri sigorta kapsamı dışında kalmakta ve yatırımcılar kendilerine isabet edecek mücbir sebep riskini taşımayı kabullenseler dahi, kredi kurumlarına karşı bir koruma sağlamaya yanaşmamakta, dolayısıyla projeyi kredi kurumları açısından cazip hale getirebilmek için, yatırım sahibi mücbir sebep riskini üstlenmek durumunda kalmaktadır. Bkz. **Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.28-30; **Kerr M.Thomas**, s.9.

[99] Genellikle kamu yatırımlarında tercih edilen bu modelde yatırım konusu tesiste üretilecek mal veya hizmetin kamuya satılacak olması nedeniyle satış fiyatı idare tarafından tespit edilen tarifelerde gösterilmektedir. Bu tarifeler ise, üretimin kamu tarafından yaygın ve sürekli şekilde kullanılabilmesini teminen, yatırım maliyeti ile makul bir kârın karşılanmasına imkân verecek şekilde ve mümkün olan en asgari düzeyde oluşturulmaktadır. Bu nedenle YİD projelerindeki satış fiyatı rekabet ortamı içinde oluşmamakta ve proje şirketi asgari düzeydeki tarifeden elde edeceği gelirle

düzenlemelerin bulunmadığı, çevresel olumsuz etkilerin yüksek olduğu, projenin iç kârlılık oranının yeterli bulunmadığı ve bütün bu hususları kapsayan risk paylaşımının uygun şekilde sağlanmadığı projeler için yatırımcılar istekli olmamakta ve proje finansmanı modeli kullanılamamaktadır[100].

İşte bu nedenle bir yatırımın gerçekleştirilmesinde tercih edilen finansman modelinin kârlılığında, yatırıma uygun model seçilmesi kadar, yatırımın risklerinin paylaşımında sağlanacak denge de çok büyük önem taşımaktadır. Özellikle non recourse (rücu edilemez) YİD modelinin tercih edildiği hallerde risklerin en aza indirgenmesi ihtiyacı daha da artmaktadır. Zira, yatırım için kullanılacak finansmanın (özsermaye ve kredilerin) geri dönüşünün sadece proje gelirleri kullanılarak sağlanması esasına dayanan bu finansman modelinde gerek yatırımcılar gerek kredi kurumları açısından hedeflenen gelir akışını engelleyecek her türlü riski önceden belirlemek ve bu risklerin maliyetlerini başkalarına devretmek bir zorunluluk olmaktadır. Kaldı ki, risklerin tamamının veya büyük bölümünün yatırımcıya bırakılması halinde, ya böyle bir yatırım için, istekli şirketin bulunamaması ya da riskin büyüklüğü nedeniyle yatırımın maliyetinin çok yükselmesi söz konusu olacağı için, yatırım sahibi de, risk paylaşımını kabul etmek zorunda kalmaktadır. Ayrıca, yatırımda ihtiyaç duyulan kaynağın temin edileceği finans kurumları da, projenin kârlılığı açısından güvence sağlayacak bir risk

---

hem maliyetini karşılamak hem de hedeflediği kâra ulaşmak durumunda kalmaktadır.Bkz. **Francis Hope Katherine/Stevenson E.William/Perry R.III.Adams/Wiss Marcia/Christopher Osakwe/Wells Linda**, s.6.

[100]**Demirci Zeki**, Demirci II, s.126; **Kerr M.Thomas**, s. 9-10.

paylaşımını ve aynı zamanda proje geliri ile kredi geri ödemelerinin birbirine uygunluğunu dikkate alarak bir değerlendirme yaptıkları için risk paylaşımında hassas davranmaktadırlar. Buna bağlı olarak, bir proje finansman modeli olan YİD'te, yatırım sahibi ile yatırımcı arasındaki pazarlık sürecinde, risk paylaşımının finansman kurumları açısından da kabul edilebilir olması (bankability), asli bir unsur olarak ortaya çıkmakta ve risklerin çoğunun yatırımcı üzerinde bırakılması yolundaki en büyük engel de bu olmaktadır[101].

Bu nitelikte zorlukları gündeme getiren risk paylaşımında temel ilke ise, her bir riskin bu riski yaratan olayı en iyi şekilde kontrol edebilecek olan tarafın üzerinde bırakılmasıdır. Ancak, riskin üzerinde bırakıldığı taraf açısından da riski taşıma maliyeti ile riski üstlenmekten beklenen kâr arasındaki denge, YİD projesine katılmak hususundaki kararında belirleyici olacaktır. İşte bu denge, proje taraflarının menfaat çatışmalarını gidermeye yönelik özel sözleşme hükümleri ile sağlanmaktadır. Risk dağılımını temin edecek hükümlerin oluşturulmasında ise, risklerin çeşitliliği ve ağırlığı kadar, proje taraflarının riskleri kontrol güçleri ve risk maliyetini taşıyabilme kapasitelerinin gerçekliği üzerinde de durulmaktadır. Dolayısıyla, her bir YİD projesinde kendine özgü bir risk kombinasyonu yaratılmaktadır. Arzu edilen kombinasyona ulaşmak için yapılan pazarlıklarda özellikle sermaye maliyetinin yüksekliği, inşaat döneminin uzunluğu, işletme döneminin belirsizlikleri, temel girdi teminindeki güçlükler, pazara giriş imkânları,

[101] **Morrison Neil**, s.3,5; **Stewart/ Smith Martin**, s.10.

teknolojik sorunlar ve kamu yatırımları açısından politik riskler en fazla ele alınan hususlar olmaktadır[102].

Esasen, YİD modelinin uygulandığı yatırımın niteliğine göre çok farklı risklerin ortaya çıkacağı muhakkak olmakla birlikte, inceleme kolaylığı sağlamak ve risk yönetiminde sistematik bir yapı yaratmak amacıyla muhtelif risk gruplamaları da yapılmaktadır. Örneğin su ve kanalizasyon projelerine ilişkin olarak Dünya Bankası tarafından yapılan değerlendirmeler neticesinde sekiz ana başlık altında YİD'in temel risk grupları belirlenmiştir; tasarım ve geliştirme riskleri (projelerin eksiklikleri veya yatırım sahasına uygulanması aşamasından çıkacak muhtelif sorunlar), inşaat riskleri (maliyet artışı, iş tesliminin gecikmesi, geçici kabul veya kesin kabulde eksiklikler tespit edilmesi), işletme riskleri (işletme maliyetlerinde artış, işletme için zorunlu izinlerin alınamaması veya gecikmesi, üretimde istenen kalitenin sağlanamaması), gelir riski (temel girdi fiyatlarının yükselmesi, satış fiyatının gerekli düzeyde oluşamaması, talebin yeterli olmaması), finansman riski (döviz kurundaki değişimler

[102]Risk paylaşımının sağlandığı sözleşme görüşmelerinde tarafların üzerinde durdukları hususların önem ve zorluk derecelerine göre çok sayıda yapılan bir incelemede taraflar için en önemli konuların başında, tarifenin tespiti ve yeniden ayarlanması ve kredi kurumlarının sunduğu imkânların geldiği, bunları takiben de, inşaat dönemi için kesin bir süre tespiti, proje şirketinin ana ortaklarının vereceği garantiler, şirkete tanınan imtiyazın süresi, sabit inşaat maliyeti, yüksek özsermaye taahhüdü, tesisin inşa edileceği arazinin temini ve maliyeti, kredileri için sabit faiz öngörülmesi, proje gelirlerinin paylaşımı konularının önem kazandığı tespit edilmiştir. Bkz. **Tiong Robert L.K.**, Tiong V, s.6-10; **Mauel John G.**, s.2-3.

ve faiz oranlarındaki artışlar), mücbir sebepler (doğal mücbir sebepler, yasal düzenlemeler veya politik gelişmelerden doğan riskler), sigorta riski (işletmenin sigorta edilemeyen hasar ve zararları), çevresel riskler (yatırımın çevre üzerindeki etkileri ve buna bağlı yaptırımlar)[103].

[103]**Badawi İbrahim M.**, s.62; Benzer şekilde başka gruplamalar da yapılmıştır; politik riskler (imtiyazın sona erdirilmesi, kamulaştırma, mevzuat değişikliği, idari izinlerin verilmemesi, idarenin ödeme taahhütlerini ihlal etmesi, vergilerdeki artışlar, ihtilal, toplumsal olaylar, idari makamlarda yolsuzluk yapılması), bkz. **Wang Shou Qing/Tiong Robert L.K./Ting Seng Kiong/Ashley David**, Wang/Tiong/Ting/Ashley I, s.190-197; inşaat riski (arazinin temin edilememesi, maliyet artışı, kullanılacak malzemenin ithalinin mümkün olmaması, inşaatın süresinde ve gerektiği şekilde tamamlanamaması, çevresel zararlar doğması, tarihi eser bulunması), işletme riskleri (işletme döneminde idari makamların sözleşme ihlalleri, şirketin kusurlu ihlalleri, işletmeci şirketin yetersizliği, işçiler ile ilgili hukuki sorunlar, teknolojik problemler, tesisin uygun şekilde çalıştırılmaması, önlenemeyen olaylar nedeniyle işletmenin durması), piyasa ve gelir riski (gelirin yetersizliği, talebin düzensiz veya yetersiz olması, mal veya hizmetin tüketiciye ulaştırılamaması, kayıp-kaçak oranının düşürülememesi, üretimde kullanılan yakıtın veya hammaddenin yetersizliği veya fiyatının yükselmesi, idarenin geliri veya tarifeyi sınırlandırması), finansman riski (enflasyon, faiz oranları, kur değişikliği, döviz temini sıkıntısı), hukuki riskler (malvarlığının kullanım hakkı veya finansal kiralama yapılması imkânları, teminatlar, şirketin iflası, kredi sözleşmelerinin ihlali, teminatların paraya çevrilmesi, uygulanacak hukuk, tahkim kaydı) ve rekabet riski

Bütün bu risklerin YİD projelerinden etkilenen dört asli taraf olan yatırım sahibi, yatırımcı, kredi kurumu ve tüketiciler açısından önemi ve ağırlığı da farklılaşmaktadır. Örneğin projenin verimli şekilde çalıştırılmaması ve buna bağlı olarak işletme süresi sonunda yatırım sahibine devredilecek olan işletmenin iş hacminin ve müşteri çevresinin düşük seviyede kalması veya işletmenin bakımının yeterli şekilde yapılmaması nedeniyle işletme dönemi sonunda işletmenin kullanılamaz halde bulunması, yatırım sahibi açısından büyük bir risk oluşturmaktadır. Ayrıca, özellikle yüksek teknoloji gerektiren büyük yatırım projelerinde tercih edilen YİD modelinde teknoloji transferinin sağlanması asli bir unsur olmakta ve yatırım sahibi, uygulanabilir bir teknoloji transferinin gerçekleştirilememesini bir risk olarak görmektedir. Bu arada, özellikle kamu yatırımlarında, üretilecek mal veya hizmetin tüketicilere düzenli ve kesintisiz olarak ulaştırılması ve aynı zamanda satış fiyatının da makul düzeyde kalması zorunluluğu nedeniyle, tüketiciler için bir risk olan bu hususlar, yatırım sahibi idare tarafından sözleşmelere konulan, kamu menfaatini korumaya yönelik hükümlerle düzenlenmektedir. Diğer taraftan, yatırımcı ve kredi kurumları, tesiste üretilecek mal veya hizmetin arz edileceği pazara girememesi ve tesis gelirinin kesintiye uğraması risklerini ön plana çıkarmakta, ayrıca özellikle yatırım sahibinin sözleşme ihlallerinin hukuki sonuçları üzerinde durmaktadırlar. Bu nedenle de, sözleşmenin kusurlu ihlali hallerinin, şirket kusuru ve yatırım sahibinin kusurları olmak üzere iki ayrı başlık halinde, ayrıntılı şekilde tespitini ve bu ihlallerin hukuki sonuçlarının da sözleşmede gösterilmesini, buna bağlı olarak projenin yatırım sahibi tarafından süresinden önce

---

(ihale sürecinde rekabetin sağlanması), bkz. **Wang S. Q./Tiong L.K.**, s.72; **Sevil Güven/Başar Mehmet**, s.83; **Mauel John G.**, s.4.

geri alınması (buy out) halinde uygulanacak usul ve bedelin de tespitini talep etmektedirler. İşte bu şekilde projenin her bir tarafı için farklılık gösteren riskler, taraflar arasındaki menfaat çatışmasının ve dolayısıyla yapılacak sözleşmelerde risk paylaşım hedeflerinin kaynağını oluşturmaktadır[104].

Kamu yatırımlarında da, gerek finansman riski gerek hukuki risklerin ortadan kaldırılmasını teminen, yatırımcıya tanınan yetkinin hukuki bağlayıcılığı ve bu imtiyazın sona erdirilmesine karşı sağlanacak hukuki güvenceler verilmesi[105] ve imtiyazın sona erdirilmesine yol açacak ihtimallerde kredi kurumlarına duruma

[104]**Nassar Nagla**, s.4; Özellikle kamu yatırım projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılan bir model olan YİD'te yatırımcılar açısından risklerin en aza indirilmesinde ilk adım, ihale sisteminin şeffaf ve adil bir yapıya kavuşturulmasından geçmektedir. Zira, ancak bu nitelikteki bir ihale sistemi sayesinde rekabetçi ortamda yarışan yatırımcıların hak ettikleri yatırım projelerinin yapımı işini ve işletme hakkını alabilecekleri, ayrıca politik risklerin de bu şekilde en aza indirgenebileceği düşünülmektedir. Kaldı ki, yatırım sahibi olan devlet ve hizmetten yararlanacak olan toplumun, yatırımın en uygun fiyatla ve en iyi şekilde yapılmasındaki menfaatleri de, adil ve şeffaf bir ihale sistemini zorunlu kılmaktadır. Bkz. **Nassar Nagla**, s.3; Türkiye'deki enerji santrali YİD uygulamaları ise, 3096 ve 3996 sayılı Kanun ile 94/5907 sayılı BKK uyarınca yapılabilmektedir. Ayrıca, ihale sürecinin ayrıntılı açıklaması için bkz. **Güneş Cengiz**, Güneş III, s.29-44; Otoyollar için de, 3465 sayılı Kanun'un 1.3.1993 T., 93/4186 S. Uygulama Yönetmeliğinde ihale süreci düzenlenmiştir. ;

[105]**Wang S. Q./Tiong L.K.**, s.71.

müdahale etmek imkânı tanınması söz konusu olmaktadır[106]. Tesisin inşası, işletilmesi ve gelirlerinin tahsilatı hususunda şirkete verilecek özel yetkinin bir imtiyaz şeklinde veya münhasır bir lisans olarak düzenlenmesi tercih edilmekte[107] ve böylece projenin sürekliliği sağlanmak istenmektedir. Tabii ki bu noktada, proje şirketi ve kredi kurumları tarafından projenin ancak kârlı olduğu sürece devam ettirilmek isteneceği ve kârlılığı artırmak için de kaliteden fedakârlık edilmesinin gündeme gelebileceği unutulmamalıdır. Ancak, projenin konusu bir altyapı yatırımı ve kamu hizmetinin sunulması olduğunda, işletme kârlılığının muhafazasına ilişkin taraf menfaatinin karşısında kamu hizmetinin düzenli ve sürekli olmasının sağlanmasındaki menfaat yer almaktadır. Kamunun bu yöndeki genel menfaati yanında, politik olarak da hiç bir hükümet, kendi iktidarı döneminde bir kamu hizmetinin kesintiye uğramasına izin vermek istemeyeceği için, sözleşme dökümanlarında bu zıt menfaatlerin dengelenmesi gerekmekte ve doğal olarak her bir taraf kendi menfaatini koruyan hükümlerin sözleşmeye konulmasında ısrarcı olmaktadır[108].

---

[106]**Morrison Neil**, s.3-4.

[107]**Sozzi J.Christopher**, s.12.

[108]**Nassar Nagla**, s.4; Bu bağlamda, politik riskler olarak ifade edilen mevzuat değişikliği, siyasi düzenin bozulması, savaş, isyan vb. durumların ortaya çıkması hallerinde olduğu gibi, tesisin kamulaştırılması halinde de tarifenin ayarlanmasına ek olarak, kapasite bedeli ödemeleri, sigorta güvenceleri ve buy out (satın alma) imkânı verilerek proje şirketi politik risklerden korunmaktadır. Bkz. **Mauel John G.**, s.12; Ülkemizde de, 3465 sayılı Kanun ve 1.3.1993 tarih, 93/4186 sayılı, bu Kanun'un Uygulama Yönetmeliği uyarınca Bakan onayına bağlı olarak Karayolları Genel

Görüldüğü gibi, YİD projeleri, gerek inşaat ve gerek işletme dönemlerinde muhtelif riskler içermekte ve sözleşme süresinin de oldukça uzun bir dönemi kapsaması nedeniyle, risk paylaşımında sözleşme tarafları yanında bir başka ekonomik gücün de kullanılması kaçınılmaz hale gelmektedir. Zira, büyük riskler nedeniyle büyük zararlar doğabilmekte, bu zararlara da taraflardan biri veya her ikisinin katlanması zorunluluğu, projeleri tercih edilebilir olmaktan çıkartabilmekte ve ayrıca proje şirketinin sınırlı mali gücü nedeniyle doğan zararın tazmini mümkün olmayabilmektedir. İşte bu nedenlerle, proje risklerinin sigorta edilmesi yoluna gidilmekte, sigorta primlerinin kimin tarafından ödeneceği, tazminatın kime ait olacağı gibi konular da sözleşmelerde belirlenmektedir[109]. Etkin bir sigorta

---

Müdürlüğünce yapılacak görevlendirme, enerji santralleri projelerinde ise, 3096 sayılı Kanun uyarınca imtiyaz usulü uygulanırken Bakanlar Kurulunca görevlendirme kararı alınması ve 3996 sayılı Kanun uyarınca yapılan projelerde 94/5907 sayılı BKK'nda belirtilen şekilde Bakan onayıyla görevlendirme yapılması, yatırımcıların ihtiyaç duydukları imtiyaz güvencesinin sağlanmasına yönelik bulunmaktadır. Ancak imtiyaz usulünde gerçekleştirilen projelerde idarenin her zaman için uygun tazminat ödeyip projeyi sona erdirmek yetkisi (rachat) bulunduğu için, özel hukuka tabi sözleşme yapılması talepleri gündeme gelmiş ve bu şekilde idarenin tek taraflı olarak, bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi feshetme yetkisi kaldırılmak istenmiştir.

[109] Genellikle, üçüncü şahıs mali mesuliyet sigortası, tesislerde meydana gelebilecek zarara karşı ikame değer sigortası, inşaat genel riziko (all risk) sigortası, nakliye sigortası, doğal afetler ve toplumsal olaylar için genel riziko (all risk) sigortası yaptırılması söz konusu olmaktadır. Bu sigortalar, şirket lehine ve yatırım sahibi

sisteminin oluşturulması, YİD projelerinin non recourse ve genellikle de limited recourse (sınırlı rücu edilen) finans sisteminde yapılması ve ayrıca proje finansmanına yönelik ticari işbirliğinin fazla denenmemiş bir model olması nedeniyle büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle sözleşme tarafları, tesisin inşasından, işletilmesinden doğabilecek her türlü malvarlıksal ve bedensel zararları önceden belirlemek ve bu zararlara karşı sigorta yaptırmak yolunu tercih etmektedirler[110].

---

adına, prim borçları şirkete ait olmak üzere yaptırılmakta, sigorta masraf ve primleri ise toplam yatırım tutarı ile işletme bakım ve masraflarına dahil edilmektedir. Sigorta şirketinin ve sigorta koşullarının tespitinde ise yatırım sahibinin ve bazen de kredi kurumunun onayı alınmakta ve gerektiğinde de yine onay alınarak sigorta kapsamı değiştirilerek, maliyet artışı tarifeye yansıtılmaktadır. Sözleşmenin sona ermesi halinde ise sigorta gelirleri yatırım sahibine ait olmaktadır. Elektrik santrallerinde kullanılan sistem bu olmakta birlikte, **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 Sözleşmesinde (m.28), sigortanın idare adına yaptırılmasından bahsedilmediği gibi, sözleşmenin sona ermesi halinde sigorta gelirinin idareye kalacağı da hükme bağlanmış değildir. Bunun yerine, mücbir sebep nedeniyle tesisin harap olması durumunda, sigorta tazminatının tesisin yeniden yapımında kullanılmak üzere şirkete ödeneceği, şirketin bu amaç dışında sigorta tazminatını kullanamayacağı hükme bağlanmıştır.

[110]Bu bağlamda mücbir sebeplere karşı yaptırılan sigortalar, projenin öngörülemeyen sebeplerden dolayı tamamlanamaması riskini de temin edebildiği için tercih

Tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenebilmesi için de, risk yönetimi sistemi kullanılmakta ve bu kapsamda projenin öngörülen bütün riskleri tanımlanmakta ve her bir riskin hangi taraf üzerinde bırakılacağı sözleşmelerde gösterilmektedir. Bu şekilde, proje risklerinin dağılımının sağlanmasını teminen, yatırım sahibi ile imzalanan ana sözleşmenin yanında yatırımcılar arasında iş ortaklığı (joint ventures) sözleşmesi, yatırımın gerçekleştirilmesi amacıyla sözleşme uyarınca kurulan proje şirketi ile müteahhit firma arasında anahtar teslimi inşaat sözleşmesi, kredi kurumları arasında kredi sözleşmeleri, işletmeci şirket arasında işletme ve bakım sözleşmesi, alım taahhüdünde bulunan kamu kurumu arasında ürün satımı sözleşmesi imzalanmakta ve ayrıca yeni bir teknoloji kullanılması halinde teknolojik destek verilmesine ilişkin sözleşme, üretimde kullanılacak girdi veya yakıt temini bir risk olarak görülen durumlarda tedarik sözleşmeleri gibi çok farklı sözleşmelerin imzalanması söz konusu olabilmektedir[111].

---

edilmektedir. Ayrıca, genel sistem sigortaları yaptırılmak suretiyle de, tesiste kullanılan teknik ekipmanın arızalanması nedeniyle üretim kapasitesinin düşmesi halinde doğacak zarar giderilmek istenmektedir. Buna ek olarak, personelin tazminat ve diğer sosyal hakları gibi hususlar da genel sorumluluk sigortası ile temin edilebilmektedir. Ayrıca, Amerikan yatırımcıların yatırım yaptıkları ülkelerdeki sosyal ve politik risklere karşı korunmalarını teminen, YİD projelerinde konsorsiyum ortağı olmayı düşünen Amerikan şirketlerine Overseas Private Investment Corporation (OPIC) tarafından garanti verilmektedir. Bkz. **Sozzi J.Christopher**, s.30.

[111]**Stewart/Smith Martin**, s.10-11;**Wolfs Maarten/ Woodroffe Shane**, s.103; YİD modelinde yer alan ve belirleyici roller üstlenen bu tarafların yanında, proje

B. YİD Modelinin Unsurlarının Tespiti ve Değerlendirilmesi

1. Finansman Unsuru

Yatırımların gerçekleştirilmesinde kullanılan YİD modeli, yatırımda en önemli ihtiyaç olan finansmanı sağlamakta ve bu niteliği nedeniyle de anahtar teslimi inşaat sözleşmelerine bir alternatif oluşturmaktadır.

Ancak modelin bu önemli fonksiyonunu incelemeye geçmeden önce, *finansmanın* ne olduğunun tespitinde yarar görülmektedir. Zira, finansman genelde nakit kredi kullanmak olarak anlaşılabilmekte, bu sınırlı yaklaşım kabul edildiğinde ise kredi

---

şirketinin taahhütlerini yerini getirebilmesi için ihtiyaç duyulan başka taraflar da bulunmaktadır. Örneğin, tesisin üretimde kullanacağı temel girdinin, yani yakıt veya bir başka hammaddenin temini sağlayacak bir tedarikçi firma ile de bağlantı sağlanması gerekmekte, kamu yatırımlarında bu tedarikçi genellikle bir kamu kurumu olmaktadır. Ayrıca, şirkete ve yatırım sahibine düzenli rapor sunulması suretiyle inşaatın takibi ve kontrolü için, yatırım sahibinin ve kredi kurumlarının da onayı ile seçilen bağımsız mühendis firma ile bağımsız danışmanlık anlaşması, sigorta şirketleri ile muhtelif risklere karşı sigorta sözleşmeleri, para akışının ve ödemelerin şirket ile kredi kurumlarının talimatları doğrultusunda yönetilmesini sağlayacak bir banka ile de mutemetlik (escrow account) anlaşması yapılmaktadır. Bütün bu taraflar ile kurulacak hukuki ilişkiler de YİD sözleşmesinin bir parçasını oluşturmakta ve bu nedenle proje şirketinin yapacağı anlaşmalar yatırım sahibinin onayı ve denetimine tabi kılınmaktadır. Bkz. **Demirci Zeki**, Demirci III, s.26-27.

dışındaki finansman araçlarının aynı başlık altında değerlendirilmesi mümkün olamamaktadır. Esasen, genel ve soyut bir kavram olan finansmanın en geniş anlamda bir işletmenin gereksinim duyduğu işletme veya yatırım sermayesinin para veya para benzeri araçlarla karşılanması olarak tanımlanması, bütün finansman araçlarını içine alacak bir bakış açısı vermek açısından, daha uygun olacaktır. Nitekim, nakit krediye nazaran daha farklı özellikleri olan finansal kiralama, factoring, forfaiting, risk sermayesi, forward, futures, swap vb. bir çok para benzeri modeller kullanılmak suretiyle, işletmeler ihtiyaçları olan sermayeyi temin edebilmektedirler.

Bu farklı nitelikteki finansman araçlarından özellikle finansal kiralamanın YİD ile bir noktadaki benzerliği de gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten, finansal kiralamada, YİD'te olduğu gibi, bir yatırım ihtiyacı söz konusudur ve bu yatırımda kullanılacak yatırım mallarının işletilmesi suretiyle yatırımın finansmanı sağlanmaktadır[112]. Ancak burada, işletmeyi yürüten ile yatırım sahibinin aynı kişi olmasına karşın, YİD modelinde daha farklı bir yapı mevcut olup, işletme yatırım sahibi tarafından değil finansmanı temin eden proje şirketince yürütülmektedir. Ayrıca ve daha da önemlisi, finansal kiralama sisteminde kiracı, kira bedelinden şahsen sorumlu iken, YİD modelinde kural olarak, yatırım sahibi için finansmanın geri ödenmesinden şahsi sorumluluk söz konusu olmamakta, finansmanın işletme gelirinden alınması beklenmektedir.

[112]**Kuntalp Erden**, Kuntalp IV, s.26; **Kocaağa Köksal**, s. 35; **Altop Atilla**, s.16 vd.

Finansman kavramı yukarıda belirtilen geniş kapsamda ve fakat finansal kiralamadan farklılığı ile ele alındığında, YİD modelinin ne şekilde finansman sağladığı da kolayca görülebilmektedir; finansman sağlama külfetinin bir üçüncü kişiye devrine imkân veren YİD modelinde temin edilen finansmanın geri dönüşü yatırım sahibinin üzerinde bırakılmak yerine, işletme döneminde yatırım konusu tesisin gelirleriyle finansman geri ödenmekte, ayrıca bu gelirlerin yeterli olmaması nedeniyle yatırım sermayesinin geri alınamaması ihtimalinde de zarara, kural olarak, yatırımcı tek başına katlanmaktadır. Bir başka anlatımla, YİD modelinde finansman temini, kural olarak sadece yatırımcının sorumluluğundadır ve finansmanın geri dönüşü de, kural olarak, işletmenin kendi kendisini finanse etmesi esasına bağlanmış bulunmaktadır. Nitekim, 3996 sayılı Kanun m.3-a'da modelin tanımı verilirken ''*özel bir finansman modeli*'' ifadesi kullanıldıktan sonra, 6.maddede yatırımın finansmanının yatırımcının sorumluluğunda olduğu açıkça hükme bağlanmakta ve doktrindeki değerlendirmelerde de finansman, YİD modelinin asli bir unsuru olarak kabul edilmektedir[113].

YİD modelinin bu şekilde temel taşı olmak niteliği bulunan finansman unsurunun taraflar arasındaki hukuki ilişkiye yansımasındaki en belirgin özellik ise, yatırımcının inşaat masrafları ile ücretini, işin tamamlanmasından hemen sonra eseri teslim etmek suretiyle yatırım sahibinden talep etmek hakkının bulunmaması, bunun yerine işletme süresinin sonuna kadar elde edeceği işletme gelirinden bu masraf ve ücretini tahsil etmek imkânına sahip olmasıdır. Bunun doğal sonucu olarak da, eğer işletme

[113]**Sirmen Lale**, s.11; **Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.13; **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.30.

süresi boyunca işletmeden elde edilen gelir yatırımcının masraflarını ve ücretini (kârını) karşılamaya yetmeyecek olur ise, bu olumsuz sonuca da, kural olarak yatırımcının kendisinin katlanması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, yatırımın finansman riski yatırımcıya ait olmaktadır.

Nitekim, 3996 sayılı Kanun m.6'da projenin finansmanının şirketin sorumluluğunda olduğu açıkça ifade edilmiştir. 3465 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 7.maddesinde de projelerin YİD modeli çerçevesinde yapılabileceği belirtilerek, dolaylı bir şekilde finansman riskinin şirket üzerinde olacağı hükme bağlanmaktadır. 3096 sayılı Kanunda ise, asgari görevlendirme süresinin tesislerin amortisman süresinden az olmayacağına ilişkin hüküm (m.7) ve tarife tespiti hususundaki 9799 sayılı Yönetmelikteki[114] hükümden (m.8) de finansman riskinin şirkete ait olduğu anlaşılmaktadır.

Tabii ki, yatırımcı proje şirketinin finansman temininde kullanacağı ilk imkân, kendi özsermayesi olmaktadır. Ancak, genellikle yatırımın büyüklüğü nedeniyle özsermaye yeterli olmamakta, ayrıca projenin nakit akışı dönemi ve sürekliliği, projenin finansman ihtiyacının ortaya çıktığı dönemler ile örtüşmeyeceği için, düzenli proje gelirine ulaşıncaya kadar kullanılacak bir fon temin etmek önem kazanmaktadır. Bu nedenle, yatırımcı proje şirketi de, finansman riskini paylaşabilmek için ticari bankalar ve uluslararası finans kurumlarından destek almak yoluna gitmektedir. Bu noktada, işletme dönemi sonunda tesisin borçsuz olarak yatırım sahibine devri borcu nedeniyle, temin edilecek kredilerin vadelerinin tesisin işletme dönemini aşmaması

[114]Bkz. RG.4.10.1985 T., 18858 S.

da ayrıca önem kazanmaktadır. Bu şekilde, proje finansmanında kullanılan mali kaynak, özsermaye ile kredilerden temin edilmiş olmaktadır[115].

[115]Ancak, 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 ihtimalleri göz önüne alan yatırım sahipleri, ihale şartnamelerinde açıkça belirtilmiş olmasa dahi, tekliflerin değerlendirilmesinde, kredi/özsermaye oranına önem vermekte ve ihalelerde yüksek özsermaye taahhüdünde bulunan yatırımcıların şansı artmaktadır. Ancak, 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 ihtimalleri göz önüne alan yatırım sahipleri, ihale şartnamelerinde açıkça belirtilmiş olmasa dahi, tekliflerin değerlendirilmesinde, kredi/özsermaye oranına önem vermekte ve ihalelerde yüksek özsermaye taahhüdünde bulunan yatırımcıların şansı artmaktadır. Gerçekten, özsermaye ne kadar çok olur ise, yatırımcı da o derecede, gerek devlet gerek kredi kurumları nezdinde, daha çok güvenilir kabul edilmektedir. Bunun nedeni ise, YİD projesinin yapımı, işletmesi ve finansmanını taahhüt eden bir şirketin bizzat kendi kaynaklarını da özsermaye olarak projeye yatırmış olması, sunulan teklifin gerçekçi ve kârlı olduğuna, ayrıca ortaya çıkacak risklerin aşılmasında yatırımcıyı daha istekli kılacağına işaret etmesidir. Ancak, çok yüksek bir özsermayeye dayalı bir mali teklif sunulması halinde de, bu özsermayenin ne şekilde temin edildiği önem kazanmaktadır. Zira yatırımcı, bir konsorsiyum niteliğinde olabilmekte, bu konsorsiyumda projenin yapımı ve işletilmesinde etkin olacak ve menfaati buna bağlı olan pay sahiplerinden başka, halka arz edilen hisseleri satın alan büyük veya küçük

Öte yandan, YİD modelinin özgün yapısı olarak kabul edilen ve proje için kullanılan kredinin geri ödenmemesi halinde, yatırımcıya veya yatırım sahibine rücu edilememesi esasına dayanan bir kredi sistemi olan non recourse[116] finansman modeli kullanılan projelerde, kredi borcundan şahsen sorumlu bir kişi bulunmamakta ve kredi sadece proje gelirinden tahsil edilebilmektedir[117]. Bir çok kamusal yatırımda tercih edilen limited recourse modelinde[118] ise yatırımcının krediden şahsen sorumlu

---

yatırımcılar ile hisse karşılığında kredi veren kredi kurumları da bulunabilmektedir. Böyle bir hisse yapısına dayanan şirketin, yatırımcıların kâr payı beklentileri nedeniyle büyük borç taahhüdü altında olacağı ve şirketin toplayacağı proje gelirlerini de tesisin geliştirilmesinden ziyade kâr payı dağıtmakta kullanması riski ortaya çıkabilecektir. İşte bu nedenle, projenin finansmanını sağlamayı taahhüt eden şirketin özsermaye ve kredi imkânlarını belirli bir denge içinde kullanması gerekmektedir. Genellikle %20-30 oranında özsermaye, %70-80 oranında da kredi kullanılmasının tercih edildiği proje finansmanında, kredi oranının çok daha yüksek olmasının nedeni de, belirli oranlarda kullanılan farklı kaynaklarla bir havuz yaratılması suretiyle finansman maliyetinin ucuzlamasıdır. Kredi temininde ise, genellikle uluslararası kredi kurumları, yatırım bankaları, ticari bankalar ve ihracat kredi kurumlarının bir araya gelmeleri suretiyle sendikasyon kredisi verilmesi söz konusu olmaktadır. Bkz. **Nassar Nagla**, s.3.

[116]**Stelwagon William M.**, s.2; **Kumaraswamy M.M./Zhang X.Q.**, s.196.

[117]**Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.27.

[118]**Marmara Ereğlisi**'nde Kurulacak Doğalgaz Enerji Santraline Ait Uygulama Anlaşmasında, finansmanın sınırlı rücu prensibine (limited recourse) dayalı proje finansmanı esasına dayalı olarak finansman temin edeceği açıkça belirtilmiş

olması nedeniyle, konsorsiyum ortakları da projeye yatırdıkları sermaye ile sınırlı olarak kredi borçlarından şahsen sorumlu tutulabilmektedirler[119]. Esasen, proje

---

(m.24.2.) ve ayrıca TEDAŞ'nin ESA kapsamında, BOTAŞ'nin GSA kapsamında ve Fon'un Fon Anlaşması kapsamındaki ödeme yükümlülüklerinin Hazine tarafından garanti edileceği hükme bağlanmıştır. Diğer sözleşmelerde ise, limited recourse modelinden bu şekilde açıkça bahsedilmemiş ise de, sözleşmede yer alan, kullanılan kredilerin ve faizlerinin geri ödemesinden şirketin sorumlu olacağına ilişkin hükümler göstermektedir ki, kredi kurumları projenin getirisini tek başına yeterli görmemekte ve kredi borçları nedeniyle şirketlerin şahsi sorumluluğu da bulunmaktadır. Bu durumda, genel olarak bütün sözleşmelerde limited recourse modelinin kabul edildiği söylenebilecektir. Hazine garantisi ise, esas itibariyle yabacı kredi kullanılan projelerde gündeme gelmektedir.

[119]**Sozzi J.Christopher**, s.8; **Jefferies Marcus/Gameson Rod/Rowlingson Steve**, s.354; Ayrıca, proje için sağlanacak finansmanın yapım dönemi ve işletme dönemi için farklı nitelikte olması da mümkündür. Genellikle, projenin yapım dönemi limited-recouse finance veya non-recouse finance modeli ile finanse edilememekte, ancak işletme döneminde bu modellerin uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bkz. **Stewart/Smith Martin**, s.10; Yatırım döneminde belirli süre geri ödemesiz krediler kullanılabiliyor ise de, faiz ödemelerine başlanması zorunlu olduğu için proje şirketinin bu dönemde özsermayesinden kredi ödemeleri yapması gerekmektedir. Bu noktada kamu yatırımları açısından yatırım sahibi devletin köprü kredi temini ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde kredi borcunu üstlenme taahhütleri önem kazanmakta, böylece proje gelirinin elde edilemediği

finansmanı içinde yaratılan muhtelif güvencelerin niteliği ve yeterliliğinde de, finansmanın non recourse veya limited recourse olması belirleyici olmaktadır. Kural olarak, yatırımcının kredibilitesine önem verilmeyen ve projenin uygulanabilirliği esas alınan bu 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 olmaktadır[120].

Ne var ki, proje risklerinin büyüklüğüne bağlı olarak, yatırımda kullanılacak kredilerin geri ödenmesi sorunu ağırlık kazanmaktadır. İşte bu riskler nedeniyle, işletme gelirinin kredi borçlarının ödenmesinde yetersiz kalması ihtimali göz önüne alınmakta ve teminat ihtiyacı gündeme gelmektedir. Kredi kurumları, yatırımcının vereceği teminatların yanında yatırım sahibinden de bir katılım beklemekte ve

---

yatırım döneminde kredi faizi ödemleri için kredi kurumlarına bir güvence yaratılmaktadır. Bkz. **Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.27.

[120]Ancak, proje gelirindeki belirsizlik nedeniyle proje şirketinin riskinin artacağı kabul edilmekte ve bu riski kabul etmek suretiyle verilen tekliflerde de yatırım bedeli yükselmektedir. İşte bu nedenle, çoğu zaman non recourse modelde kredi temin etmek mümkün olmamakta ve limited-recouse model tercih edilmektedir. Zira, limited recouse-finance modelinde, proje şirketine ve/veya yatırımcının malvarlığına rücu imkânı bulunmakta, bu bağlamda, yatırımcı lehine yatırım arazisi üzerinde tesis edilen ayni 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 yaratılabilmektedir. Bkz. **Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.3.

böylece bir risk paylaşımı yaratılmaya çalışılmaktadır. Her ne kadar, yatırımın yapıldığı ülkenin gelişmiş bir ekonomiye sahip olduğu hallerde, yerel sermaye piyasasından da kaynak yaratabilecek olan yatırımcı proje şirketi için yabancı kredi kullanmak zorunluluğu fazla olmamakta, bu da finansman riskine yatırım sahibinin de katılması ihtiyacını, bu bağlamda kamu yatırımlarındaki hazine garantisi taleplerini ortadan kaldırabilmekte[121] ise de, YİD modeli genellikle az gelişmiş ülkelerde kullanıldığı için bu ihtimal, çok istisnai olarak gerçekleşebilmektedir[122].

---

[121]Nitekim, Hong Kong'daki Eastern Harbour Crossing tünel projesinde ve Tate's Cairn projesinde hiç bir şekilde hazine garantisi verilmemiş, sadece devlet kârlı bulduğu projelere hissedar olarak katılmıştır. Aynı şekilde, 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 yatırımcıya yüklenmiş ve devletler hiç bir garanti vermemişlerdir. Bkz. **Tiong Robert L.K.**, Tiong I, s. 184-186; **Sozzi J.Christopher**, s.13.

[122]Kamu yatırımlarında ana kredi ve destek kredisi için kural olarak hazine garantisi verilmiyor olmakla birlikte, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde henüz ödenmemiş krediler bir kamu kurumu tarafından üstlenildiğinde, bu kamu kurumları lehine Hazine Garantisi verilmesi gündeme gelmektedir. Krediler ve verilecek Hazine Garantileri hususunda 3996 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkartılan 6.8.1994 tarih, 1994/5907 sayılı BKK'nda (bkz. RG. 1.10.1994 T., 22068 S.) özel hükümler yer almaktadır. Bu Yönetmeliğin 39.maddesi uyarınca yerli finans kuruluşlarınca temin edilen ana kredilere hiçbir şekilde garanti verilmemektedir. Bu nedenle, şirketin kredi temini hususundaki özgürlüğü yatırım sahibi devlet tarafından

Alınan kredinin veya yatırımcının kullandığı özsermayenin geri dönüşünü olumsuz etkileyen önemli bir husus ise, hukuki riskler olmaktadır. Yatırımcılar, ülkenin hukuk sisteminde mülkiyet hakkının ne şekilde korunduğu, sorumluluk hükümlerinin kapsamı ve sonuçlarının neler olduğu, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yargılama sürecinin ne şekilde işlediği ve bu sistemin güvenirliği hususunda tatmin edilmek istemektedirler. Bu amaçla, kredi kurumlarına projenin takibi ve kontrolüne yönelik olarak özel yetkiler tanınması suretiyle bir teminat yaratılması yoluna gidilmektedir[123]. Ayrıca, özellikle kamu yatırımları açısından, yatırım sahibi devletin ülkesinde görülecek bir davada devletin daha avantajlı bir konumda olacağı ve adil bir yargılama yapılamayacağı varsayımından hareketle, hukuki riske karşı güvence ihtiyacını karşılayan bir başka sözleşmesel düzenleme de tahkim kayıtları olmaktadır. Böylece, yatırımcı yatırım sahibi devletin yargı yetkisi dışına

---

kısıtlanabilmekte ve temin edilen kredinin proje için kullanılabilmesi yatırım sahibinin onayına bağlı kılınmakta, ayrıca şirket tarafından destek kredisi kullanılması ihtiyacı doğduğunda da yine idarenin izninin alınması gerekmektedir.

[123]YİD projesinin gerçekleştirileceği ülkenin ekonomik ve politik risklerine karşı uluslararası kuruluşlar tarafından da bazı garantiler yaratılabilmektedir. Örneğin, International Finance Corporation (IFC), YİD projeleri için kredi veren ticari bankalara muhatap garantiler vermek suretiyle proje şirketlerinin kredi teminini kolaylaştırmaktadır. Bunun yanında ihracat kredi bankaları da, kendi ülkelerinde üretilen malzemenin kullanılacağı YİD projelerinde özel kredi imkânları yaratmaktadırlar.

çıkarılmakta ve hatta sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak, yabancı bir hukuk kabul edilebilmektedir[124].

Ayrıca, kur ve faiz oranlarındaki artış riski de yatırımcı ve kredi kurumları açısından büyük bir önem taşımaktadır. Kamu yatırımlarında bu riskler yatırım sahibi üzerinde bırakılmakla birlikte döviz kuru swapı ve faiz swapı da kullanılmaktadır[125].

---

[124]**Stelwagon William M.**, s.8.

[125]Yerel paranın yabancı para cinsine çevrilmesi ve yurt dışına döviz transferi imkânları yanında, ayrıca idarenin şirkete yapacağı ödemelerin de belirli bir bölümü yabancı para cinsinden olmaktadır. Ancak, kur riskini tamamen ortadan kaldırmak mümkün olmamakta ve özellikle farklı döviz cinslerinden kredi kullanılan projelerde, işletme gelirinin tabi kılındığı para cinsinin değer kaybına karşı korunma ihtiyacı doğmaktadır. Bu noktada, kur sabitlemesi yapılarak güvence ihtiyacı karşılanabilmektedir. Kur sabitlemesi ise, risk yönetimi kapsamında, türev araçların kullanılmasıyla mümkün olmaktadır. Taraflar arasında nitelikleri önceden belirlenmiş bir ya da daha fazla varlığın gelecekteki değerine bağlı olarak bugünden alım satımının yapılmasına ilişkin yapılan sözleşmeler olarak tanımlanan türev araçlar sayesinde, YİD işletmeleri beklenmeyen piyasa hareketlerine karşı korunabilmektedir. Özellikle tarifenin yerel para cinsinden tespit edildiği hallerde projenin finansmanı yabancı kaynaktan temin edilmiş ise veya üretimde kullanılan hammaddenin fiyatı yabancı para cinsinden ve hassas bir piyasadan temin ediliyor ise, bu türev araçlara duyulan ihtiyaç daha da artacaktır. Aynı şekilde faiz oranlarındaki artış da projenin nakit akışı üzerinde potansiyel bir risk yaratacaktır. Gerçekten, faiz oranındaki herhangi bir artış projenin borç yükünü ağırlaştıracak, bu

2. Eser İnşası Unsuru

YİD modelinin adından da anlaşıldığı gibi, ilişkinin bir ayağını ‘’*yap*’’, yani eser inşası oluşturmaktadır. Nitekim, 3996 sayılı Kanun ile yapılan tanımlamada da bu modelin kullanılması, yapımına ihtiyaç duyulan bir projenin varlığına bağlanmakta ve proje konusu eserin elde edilmesi, maddi bir sonuç olarak ortaya konulmaktadır. Proje konusu yatırımın ise, kendi kendini finanse edecek nitelikte bulunması zorunlu olmaktadır. Zira, finansman unsuru incelenirken ayrıntılı şekilde ele alındığı gibi, YİD modeli, finansmanı kendi içinde mevcut olan bir hukuki modeldir[126] ve amaç, inşa eserinin işletilmesi suretiyle bu inşaatın finansmanının sağlanması, bir başka anlatımla inşaatın kendi kendini finanse etmesidir. Dolayısıyla, inşa edilecek yatırım, tek başına bir menkul veya gayrimenkul mal imali olarak düşünülmemeli, bunun ötesinde bir işletme tesisi olarak tasarlanmalıdır.

Öte yandan, YİD modelindeki yatırımın inşası açısından, yatırımcının emek sarf ederek inşa borcunu ifası, istisna akdi ile büyük bir benzerlik göstermektedir. Zira yatırımcı da, müteahhit gibi, bu borcunu, özel bilgi ve estetik duygusunu haiz, nitelikli emeği ile araçlarını bu işe tahsis etmek ve bu emek sayesinde YİD’in konusu

---

da projenin öngörülenden daha riskli bir hal almasına neden olacaktır. İşte bu nedenle, gerek döviz kuru gerek faiz artışlarındaki risklerin ortadan kaldırılmasını teminen birer türev aracı olan döviz kuru swapı ve faiz swapı yapılması yoluna gidilebilmektedir. Bkz. **Sevil Güven/Başar Mehmet**, s.88-93; **Stelwagon William M.**, s.5; **Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.11.

[126]**Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.9; **Sirmen Lale**, s.11.

olan proje konusu yatırımı inşa etmek suretiyle ifa etmektedir[127]. Ayrıca, yatırımcının, inşası amaçlanan işletmenin gerektirdiği know-how'a sahip olması ve bu özel bilgisini işletmeye dahil etmesi de gerekmektedir[128]. İşte, yatırımcının yüklendiği bu borçlar ve bunların bir karşı bedelinin sağlanacak olması, modelin içinde yer alan eser inşası unsurunun, istisna akdi perspektifinden ele alınmasını zorunlu kılmaktadır[129].

Bununla birlikte, YİD modelindeki yatırımcının hak ve borçlarının istisna akdinden farklılaştığı da unutulmamalıdır. Esasen bu farklılaşmayı yaratan asli neden, yatırımcının bir ücret alacağının olmamasıdır. Yatırımcı, finansmanı kendisi temin etmek suretiyle inşaatı yaptıktan sonra, bu ticari faaliyetden beklediği kârını, işletme gelirinden alabilecek, fakat işletme riskleri nedeniyle, beklediği gelire ulaşamamak ihtimalini de göze almak durumunda kalacaktır. İşte bu nedenle, YİD'teki proje risklerinin ve bu bağlamda yatırım dönemi risklerinin paylaşımı kaygısı ön plana çıkmaktadır.

Kural olarak yatırım dönemindeki risklerin yatırımcı üzerinde bırakılması, YİD ilişkisinin doğal sonucu olmaktadır. Zira, finansman riski yatırımcı da olduğu için, inşaat aşamasında ortaya çıkacak olumsuz olayların yarattığı maliyet artışları ve gecikmelerin sonuçlarında yatırımcı katlanacaktır. Her ne kadar, yatırımcı, inşa borcunun ifasında kullandığı taşeron müteahhit şirket ile yapacağı sözleşmede, bu

[127]Krş. **Tercier Pierre**, N.3289 vd., s.406-407.

[128]**Polatkan Vahit**, Polatkan I, s.11,13.

[129]**Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s. 150; **Sirmen Lale**, s. 12.

riskleri taşerona yansıtmakta ise de, bu sözleşme hükümleri, sadece bir rücu imkânı yaratmakta, bunun dışında, inşaat sorumluluğunu proje şirketinin üzerinden kaldırmamaktadır[130]. Zira, yatırımcı proje şirketi tarafından hazırlanacak olan projede esas alınan coğrafi, topografik, jeolojik, sismik, meteorolojik bilgiler ve diğer veriler de kendisinin sorumluluğunda olup, şirket tarafından sunulan fizibilite raporu da bu veriler esas alınarak hazırlanmaktadır[131]. Buna bağlı olarak yatırımcı, 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 sahibine yansıtamamaktadır. Bununla birlikte, onaylanmış projelerde yatırım sahibi tarafından

[130]Genellikle inşaat projesi, yatırımcı tarafından hazırlanarak taşeron müteahhit firmaya verildiği için, tasarım ve proje hatalarından veya proje değişikliklerinden doğan zararlar müteahhit firmanın değil, yatırımcı proje şirketinin üzerinde kalmakta ve fakat, projelerin onaylanmış olmasının yatırımcı proje şirketinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı yönündeki sözleşme hükümleri nedeniyle de, bu artışlar yatırım sahibine yansıtılamamaktadır. Bkz. **Mauel John G.**, s.5.

[131]3096 Sayılı Kanun uyarınca çıkartılan, 16.8.1985 tarih, 9799 sayılı Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik'te YİD projelerinde fizibilite raporlarının ne şekilde düzenleneceği ayrıntılı şekilde hükme bağlanmıştır (bkz. RG. 4.9.1985 T., 18858 S.). Ayrıca 3996 sayılı Kanun'un Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 6.8.1994 T., 94/5907 sayılı BKK'nda (bkz. RG. 1.10.1994 T., 22068 S.) da yatırımın projelendirilmesinin sorumluluğunun şirkete ait olduğu açıkça belirtilmektedir.

değişiklik istenmesi halinde, eğer bu değişiklik işin esasına yönelik ise, bu durum yatırım sahibinin bir kusuru olarak değerlendirilmekte, ayrıca kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde münferit bir risk olayı olarak ele alınmakta ve iş programında değişiklik yapılarak, maliyet artışı da toplam yatırım tutarı ile tarifeye yansıtılabilmektedir. Buna ek olarak, belirli sınırları aşan bir maliyet artışı ortaya çıkacak olur ise sözleşmenin feshi de gündeme gelmektedir[132].

[132]**Mazı 3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde bu yol tercih edilmiştir. Diğer uygulama sözleşmelerinde de proje değişikliği, ''*mutabık kalınan değişiklikler*'' veya ''*tesisin inşasını zorlaştırıcı, engelleyici, durdurucu, geciktirici etki yapacak ve toplam yatırım maliyetini artırıcı*'' bir etki olarak değerlendirilmekte ve risk olayı sayılmaktadır.

Gerekli izinlerin alınmasından sonra[133] inşaata başlandığında ise iş programına

[133]YİD ilişkisinin yatırım aşamasında etkin olan önemli bir risk de, gerekli inşaat izinlerinin alınamaması veya geç alınması olmaktadır. Bkz. **Morrison Neil**, s.4; Kamu yatırımlarında bu riskin sadece proje şirketi üzerinde bırakılması yerine, yatırım sahibi idareye de, kendi yetkisinde olan izinleri vermek taahhüdüne 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 yüklenmektedir. Nitekim, gerek imtiyaz (**Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.32.c), **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Enerjinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.30.c), **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 Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.48) ile **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.34.g), **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Şirketine veya Görevli Şirkete Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.32.b) gerek uygulama sözleşmelerinde (**Mazı 3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.34.b),**Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik

uygun olarak işin yürütülememesi riski ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar, maliyet artışlarına ve gecikme zararlarına, kural olarak, yatırımcı katlanmakta ise de, iş programına uygunluğun sağlaması için yatırım sahibine bir denetim imkânı verilmesi tercih edilmekte ve yatırımcının genel ihbar borcu kapsamında, dönemsel faaliyet raporları sunması da bir borç olarak öngörülebilmektedir. Ayrıca, genellikle, toplam yatırım tutarına ve tarifeye işletme dönemine kadar eskalasyon uygulanmaması esası benimsenmekte ve dolayısıyla inşaat sözleşmesinde de eskalasyon imkânı tanınmamaktadır. Dolayısıyla, iş programındaki gecikmeler nedeniyle ortaya çıkacak maliyet artışları, kural olarak proje şirketinin üzerinde kalmakta, ancak gecikmenin şirket kusurundan kaynaklanmadığı hallerde maliyet artışlarının paylaşımı kabul edilmektedir. Kamu yatırımlarında bu paylaşım, artışın tarifeye veya işletme süresine yansıtılmasına izin verilmek suretiyle yapılmaktadır[134].

Üretim-İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.32.c) yardımlaşma hükümleri bulunmaktadır.

[134]**Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.20.c); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.19.e); **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 Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.48) ile **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.7)).

İnşaat döneminde, maliyet artışı dışında önem arz eden bir başka husus da, inşaat kalitesi olmaktadır. Bu nedenle yatırım sahibinin kontrollük şirketi aracılığıyla veya bizzat denetim yapmak ve düzeltme istemek hakkı bulunmaktadır. Aynı şekilde, yatırımcının taşeron müteahhitle imzaladığı sözleşmede de, bu nitelikte hükümler yer almaktadır. Ayrıca, işletme dönemine geçildiğinde de, tesisin öngörülen işletme kapasitesini tutturamamasının inşaat hatasından kaynaklandığının tespit edildiği hallerde, yatırımcıya verilmiş bir alım taahhüdü var ise, alım taahhüdü dahilinde ödenen kapasite bedelinden indirim yapılmakta, buna bağlı olarak, taşeron şirket için de, eksik üretim nedeniyle doğacak tazminat borcunun yanında, cezai şart ödemek borcu hükme bağlanabilmektedir[135].

Esasen bütün bu riskler, maliyet artışına neden oldukları için önem taşımakta ve yatırımcı proje şirketi ile müteahhit firma arasında imzalanan inşaat sözleşmelerinde de kural olarak götürü bedel, kesin iş teslim tarihi ve anahtar teslimi sistem kullanılarak, proje şirketinin yatırım sahibine karşı yüklenmiş olduğu yatırım dönemi

[135]**Mauel John G.**, s.6; Öte Yandan, inşaatın iş programına uygun olarak tamamlanması ve geçici kabulün yapılması ve belirli bir süre sonra da, yani işletme dönemi içinde, kesin kabul yapılarak yatırım döneminin tamamlanması taraflar açısından yeterli olmakla birlikte, inşaatın bir an önce bitirilmesi ve işletme dönemine geçilmesindeki menfaatin daha da yüksek olduğu da unutulmamalıdır. Bu nedenle, sözleşmelerde erken bitirme primlerine ilişkin hükümler yer almakta ve müteahhit açısından cazip olabilecek primlerle yatırım döneminin kısaltılmasına çalışılmaktadır. Tabii ki, primlerin üst limitini de, erken bitirme neticesinde elde edilecek ek gelir miktarı oluşturmaktadır. Bkz. **Demirci Zeki**, Demirci III, s.44.

riskleri müteahhit firmaya yansıtılmaktadır. Zira, yatırım sahibi ile yatırımcı arasında imzalanan YİD sözleşmesinde projenin gelir ve giderleri belirlenmekte ve fizibilite raporunun onayından sonra, sadece finansman giderleri ile sigorta giderleri yatırım sahibinin onayı ile değiştirilebilmektedir. Bu nedenle, maliyet+kâr modeli tercih edilen çok istisnai durumlar haricinde, yatırım dönemindeki maliyet artışı riski kural olarak yatırımcının (nihai olarak da taşeron müteahhit firmanın) üzerinde bırakılmış olmaktadır[136].

Öte yandan, kredi kurumları da, yatırımcı üzerinde kalacak inşaat risklerinin büyüklüğünden rahatsız olmaktadırlar. Bu nedenle yatırımcılar, üstlendikleri kamu yatırımlarında, kendilerinin kontrol alanı dışında kalan politik riskler ile mücbir sebepler nedeniyle doğan maliyet artışlarını tek başlarına üstlenmek istememekte, genellikle bu riskler yatırım sahibine yansıtılmaktadır[137].

---

[136]**Mauel John G.**, s.5; Gerçekten, YİD sözleşmelerinde proje şirketinin kusurundan kaynaklanan gecikmelere ve maliyet artışlarına kendisinin katlanacağı kabul edildiği için, bu nedenle doğan maliyet artışları tarifeye ve toplam maliyet tutarına yansıtılmamakta, dolayısıyla taşeron müteahhit firma ile imzalanan inşaat sözleşmesinde de aynı esas kabul edilmektedir. Tabii ki, inşaat genel riziko (all risk) sigortası yaptırılması zorunluluğu sözleşmelerde yer aldığı için, müteahhit firmanın üzerinde bırakılan maliyet artışı riski sigorta şirketleriyle paylaşılmış olmaktadır. Bkz. **Demirci Zeki**, Demirci III, s.42,65; **Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.25.

[137]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.25; Gerek mücbir sebep halinde gerek yatırım sahibinin kusurlu olduğu kabul edilen politik risklerin doğduğu hallerde,

taahhütlerin ifa edilmemesi mazur görüldüğü gibi, doğan zararlar, gecikme ve maliyet artışları dikkate alınarak iş programı ile toplam yatırım tutarı yeniden düzenlenmektedir. Ancak, eğer meydana gelen ifayı engelleyici olay sigorta kapsamında ise, maliyet artışı öncelikle sigortadan karşılanmakta ve tarifeye yansıtılmamaktadır. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.22,23), **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.20.c) ve Uygulama Sözleşmesi, **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.19.e), **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Enerjinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.19.e), **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Şirketine veya Görevli Şirkete Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.20.d). **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi ile Yat Limanı İmtiyaz Sözleşmesi (m.17) ile **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesinde (m.19) ise daha farklı bir düzenleme ile, mücbir sebep nedeniyle onarım masrafları şirkete yüklenmiş, ancak ek bir yatırım süresi de tanımıştır.; Ayrıca, yatırımcının kusuru olmaksızın bir gecikme ve buna bağlı bir maliyet artışı olması durumunda ortaya çıkabilecek ek finansman ihtiyacının

Sonuç olarak, yatırım dönemi yani inşaat riski, kural olarak yatırımcı üzerinde bulunmakla birlikte, bu risk inşaat sözleşmeleriyle taşeron müteahhit firmaya yansıtılmakta, sadece proje değişikliğinden doğan maliyet artışlarına kural olarak yatırımcı tek başına katlanmakta, ancak, mücbir sebep ve yatırım sahibinin kusuru nedeniyle doğan maliyet artışları toplam yatırım tutarına ilave edilerek, yatırım sahibine yansıtılmış olmaktadır[138].

3. İşletme Hakkı Unsuru

YİD modeliyle gerçekleştirilecek bir yatırımda tesisin inşasını ve yatırımın finansmanını taahhüt eden yatırımcı proje şirketinin beklentisi, inşa edilecek tesisin

---

karşılanması hususunda ise, yatırım sahibi de risk üstlenebilmekte ve yatırımcı proje şirketine yeni kaynak yaratılarak, sigorta tazminatlarından bu ek finansmanın karşılanması ve maliyet artışının toplam yatırım tutarı ile tarifeye yansıtılmasına izin verilmektedir. İhtiyaç duyulacak ek finansmanın yatırımcı tarafından temin edilmesi gerektiği düşünülecek ise de, bu nitelikte bir kredinin temini yüksek faiz ve komisyon ödenmesini gerektireceği ve bu kalemlerin de toplam yatırım tutarını artıracağı öngörülerek, yatırım sahibi açısından da ek finansmanın kendisi tarafından temin edilmesi daha uygun bir çözüm olmaktadır. Bkz. **Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.26; Nitekim, köprü krediler de, kamu yatırımlarında şirket kusuru dışındaki nedenlerle ortaya çıkan maliyet artışlarının finansmanı için devlet tarafından temin edilen finansman olarak 94/5907 sayılı BKK'nda düzenlenmiş bulunmaktadır.

[138]**Mauel John G.**, s.5-6.

işletme hakkının belirli bir süre için kendisine bırakılmasıdır. Zira, bu süre içinde işletmeden elde edilecek gelirler yatırımcıya ait olacak ve bu sayede yatırımcı, harcadığı sermayesini geri almak ve makul bir kâra da kavuşmak imkânına kavuşacaktır. Bu nedenle, taraflar arasındaki ilişkinin denge noktasını da, bu hakkın yatırımcıya tanınması oluşturmaktadır. Nitekim, 3096 sayılı Kanun'un 3. ve 4. maddeleri ile 3465 sayılı Kanun'un 4.maddesinde yatırımcı konumundaki görevli şirkete ''*tesislerin kurulma ve işletme müsaadesinin*'' verileceği hükme bağlanmış, 3996 sayılı Kanun'un 3.maddesindeki YİD tanımında da ''*yatırım bedelinin ..... şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesi*'' ilkesi ortaya konulmuştur.

İşletme süresinde elde edilecek gelirle yatırıma harcanan sermayenin geri alınacak olması ve beklenen kârın da işletme döneminde sağlanacağı varsayımı nedeniyle işletme süresinin tespiti özel bir önem kazanmaktadır. Doğal olarak muhtelif işletme risklerinin mevcut olacağı işletme süresinin belirlenmesinde, sadece tesisin amortisman süresi ve gelir akış kapasitesi değil, aşağıda ele alınacak olan işletme risklerinin de dikkate alınması zorunlu olmaktadır. Gerçekten, işletme hakkı süresinin fazla uzun olması halinde, sürenin sonunda işletmenin ekonomik ömrü tükenmiş olacağı için, süre yatırımcının işletme gelirlerinden maliyet ve kâr tutarını elde edebileceği kadar uzun ve aynı zamanda da yatırım sahibinin yatırımdan beklediği faydayı, tesisi bizzat işletmek suretiyle elde etmesini engellemeyecek kadar da kısa olmalıdır. Bu hususun önemi nedeniyle YİD ile ilgili yasalarda da azami süreler öngörülerek menfaat dengesinde bir sınır yaratılmaya çalışılmıştır. 3096 sayılı Kanun'un 7.maddesi, görevlendirme süresinin tespitinde kurulacak

tesislerin amortisman sürelerinin dikkate alınacağını ve en fazla 99 yıl olacağını, 3465 sayılı Kanun'un 5.maddesi tesisin yapım, bakım ve işletilmesini kapsayan görev süresinin en fazla 49 yıl olacağını, 3996 sayılı Kanun ise, 7. maddesinde, sözleşme süresinin belirlenmesinde, elde edilecek kâr da dahil olmak üzere yatırım bedelinin ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esaslarının dikkate alınacağını ve sürenin 49 yılı aşamayacağını hükme bağlamıştır[139].

Bu noktada, YİD modelinin başarıyla uygulanmasında asli önem taşıyan ve işletme süresinin tespitinde de belirleyici olan işletme gelirinin gerçekçi bir hesaplamaya dayandırılmasının ve bunun için de ayrıntılı bir fizibilite çalışması yapılmasının önemi kendiliğinden oraya çıkmaktadır[140]. Tesisin hazırlanan fizibilite raporu

[139]Esasen, yatırım süresini de kapsayan bu azami sürelerin çok uzun olmasının nedeni ise, kamu yatırımlarında YİD modelinin tercih edilmesinde, özelleştirmenin gerçekleştirilmesi amacının da etkin olmasıdır. Bu nedenle de, yatırım maliyeti çok yüksek olan kamu yatırımlarının YİD modeliyle özel kişilere yaptırılması uygun bir çözüm yolu olmakla birlikte, yatırımcının sermayesini ve kârını almasına yetecek asgari işletme süresinden daha uzun bir süre için işletme hakkı tanınması, yatırım sahibi devleti zarara uğratabilmekte ve sözleşme süresi sonunda ekonomik ömrü dolmuş, teknolojisi eskimiş, işletilmek imkânı kalmamış bir tesisin, hurda olarak devlete bırakılması söz konusu olabilmektedir.

[140]Gerçekçi bir gelir beklentisi yaratılabilmesi için de, gelir akışının belirleyici unsurları olan tüketici portföyü, rakip işletmelerin sayısı ve bu sayının artma ihtimali, tesisin kurulacağı alanın temin maliyeti ve işletme maliyeti, işletme izninin

paralelinde tespit edilecek bir işletme programına uygun şekilde işletilmesi de, projenin bütün tarafları için önem taşımakta, zira taraf menfaatleri bu noktada kesişmektedir. Gerçekten, yatırımcı ve kredi kurumu için hedeflenen proje gelirinin elde edilmesi ancak bu sayede mümkün olabilmekte, yatırım sahibi açısından da, özellikle kamu yatırımlarında mal veya hizmet üretiminin sürekliliğini temin etmek zorunluluğu bulunduğu için tesisin işletilmesinde herhangi bir sorun yaşanmaması istenmektedir. Özel yatırımlarda da, tesisin yatırım sahibine devrinden sonraki dönemde işletmenin devamlılığının sağlanabilmesine yönelik olarak, işletme döneminde piyasada etkin bir konum kazanmış olması beklendiği için, özel yatırım sahibinin menfaati de aynı noktada olmaktadır. İşte bu nedenle, YİD sözleşmesinden ayrı olarak, yatırımcı proje şirketi ile uzman bir işletmeci şirket arasında bir işletme ve bakım sözleşmesi imzalanmakta ve yatırımcı kendisine tanınan işletme hakkını bu

---

geçerliliğinin kesinliği, çevresel etkiler, yerel paranın yabancı paraya çevrilmesindeki muhtemel sorunlar, bütün risklere karşı sigorta imkânları gibi çok çeşitli hususları kapsayan ayrıntılı bir fizibilite çalışması yapılması zorunlu olmaktadır. Zira gerek yatırımcı gerek yatırımcıya kredi veren finans kurumları için, işletmeden beklenen karın elde edilip edilemeyeceği, yatırım sahibinin taahhütlerini yerine getirip getirmeyeceği, işletme kapasitesinin öngörülen düzeye ulaşıp ulaşamayacağı, yakıt veya diğer girdilerin fiyatlarında aşırı bir artış olup olmayacağı gibi sorular mevcut olup, bu soruların yaratacağı gelir riskinin en aza indirgenmesi de, ancak daha önceden yapılacak bir fizibilite ışığında oluşturulacak tedbirlerle mümkün olabilecektir. Bkz. **Stelwagon William M.**, s.3-4.

uzman şirket eliyle kullanmaktadır[141]. Diğer taraftan, yatırımcının işletme hususunda bir uzmanlık sahibi olması kendisinden beklenmediği için işletmeyi bir başka şirket eliyle yürütmesine bu şekilde imkân yaratılmasına karşılık, yatırım sahibine karşı tesisin işletilmesinden işletmeci şirketle birlikte yatırımcı şirketin de sorumlu olması esası kabul edilmektedir[142]. Bu sorumluluk kapsamına, işletme izinlerinin alınması da dahil edilmektedir. Bununla birlikte kamu yatırımlarında yatırımcı, tesisin işletmeye açılması için zorunlu izinlerin geç alınması veya hiç alınamaması riskini üstelenmek istememekte ve yatırım sahibinin, kendi yetkisi dahilindeki izinleri vermeyi ve diğer izinlerin de verilmesi hususunda yardımda bulunmayı taahhüt etmesi sözleşmelerde özel olarak düzenlenmektedir. Ayrıca YİD sözleşmelerinde,

[141]Uzman şirket ile imzalanan işletme ve bakım sözleşmelerinde, tesisin emre amade tutulması, YİD sözleşmesine uygun olarak günlük, haftalık işletme programlarının oluşturulması, tesisin uygun verimlilikte devamlı çalışmasının sağlanması, tesisin bakım ve onarımının yapılması, fizibilite raporunda verilen üretim programının gerçekleştirilmesi ve mümkün olduğu ölçüde üretimin arttırılması gibi asli hususlar ile tesisin güvenliğinin sağlanması, çevre ve sağlık koşullarına uygun işletme yapılması, personelin standartlara ve mevzuata uygun şekilde çalıştırılması, personele eğitim verilmesi gibi idari hususlar yer almaktadır. Bkz. **Demirci Zeki**, Demirci III, s.45.

[142]Ayrıca, işletmenin yatırım sahibi için de büyük bir önemi olması nedeniyle, işletme ve bakım sözleşmelerinin imzalanması, YİD sözleşmesinin yürürlük şartı yapılmak veya sözleşmenin belirli sürede imzalanmamış olması bir fesih nedeni sayılmak suretiyle, işletmeyi yürütecek şirket tespit edilmeden yatırıma başlanması engellenmektedir. Bkz. **Nassar Nagla**, s. 13.

gerekli izinlerin verilmemesi yatırım sahibi idarenin kusurlu ihlali (risk olayı) olarak hükme bağlanmak suretiyle işletme programının yeniden düzenlenmesi, maliyet artışının tarifeye yansıtılması ve belirli durumlarda fesih söz konusu olabilmektedir[143]. Gerekli izinler alınarak işletmeye başlandıktan sonra gündeme gelen risk ise, işletmenin öngörülen işletme programına uygun olarak faaliyette bulunamamasıdır[144]. Bu nedenle, sözleşmelerde yatırımcıya yeterli personel

[143]**Mazı 3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.23), **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.22), **Marmara Ereğlisi**'nde Kurulacak Doğalgaz Enerji Santraline Ait Uygulama Anlaşması (satın alma ihbarı m.33.2), **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.22.c).

[144]Özellikle kamu yatırımları açısından, yatırım sahibinin katılımı ile hazırlanan işletme ve üretim programının gerçekleştirilmesi ve ayrıca alım taahhüdünde bulunan kamu kurumu tarafından ulusal sisteminin emniyeti, stabilitesi ve değişen şartlar gerekçesiyle üretim programları değiştirildiğinde de, bütün bu değişikliklere uyumun sağlanması zorunlu olmaktadır. Yatırım konusu tesiste hizmet sunulması söz konusu olduğunda ise, sözleşmede belirlenen standartlara göre hizmet sunulması ve bu standartlarda meydana gelecek değişikliklere de şirket tarafından uyulması zorunlu kılınmaktadır. Bu kapsamda, özellikle elektrik santrallerine ilişkin YİD sözleşmelerinde ulusal enerji programları dikkate alınarak enerji üretim programı

bulundurmak ve düzenli bakım yapmak borçları yüklenirken, yatırım sahibine de sürekli denetim yapmak ve düzeltme istemek yetkisi tanınmaktadır. Bununla birlikte, yatırım sahibine sözleşme ile tanınan özel denetim yetkileri yeterli olmayabilmekte ve tesisin bakımının yatırım sahibi tarafından da yapılabilmesi ve hasarların giderilmesi hususlarında, özel düzenlemeler yapılması tercih edilmektedir[145]. Bu bağlamda, hasarın tazmini sorumluluğu da, tabii ki kusur halinde kusurlu tarafa yüklenmekte, mücbir sebep hallerinde de belirlenen limitlere göre, hasara şirketin tek başına katlanması veya yatırım sahibi ile paylaşılması gündeme gelmektedir[146].

---

belirlenmekte ve şirket bu programa uygun şekilde üretim yapmayı ve idarenin yapacağı program değişikliklerine de uymayı taahhüt etmektedir. Bu kapsamda, sözleşmelerde ödül ve ceza düzenlemelerine de yer verilerek programa uygun faaliyet gösterilmesi sağlanabilmektedir. Bkz. **Stelwagon William M.**, s.4.

[145]Ayrıca, tesislerin ve şirketin faaliyetleri ile bakım onarım hizmetlerinin her an denetlenmek ve tespit edilen eksikliklerin giderilmesini talep etmek yetkisi yanında, bu talep yerine getirilmez ise masrafları yatırımcıya ait olmak üzere, yatırım sahibine bizzat önlem almak ve hatta belirli durumlarda işletmeyi üstlenmek yetkisi de tanınmaktadır. Ancak bu yetkinin kullanıldığı hallerde, işletme giderleri yatırım sahibine ait olduğu gibi, kredi ödemelerine karşılık gelen kapasite ödemelerinin de şirkete yapılması zorunlu kılınmaktadır. Ayrıca bu dönemdeki kötü yönetimden doğan zararın da sigortadan karşılanamayan kısmını idarenin tazmin etmesi gerekmektedir. Esasen bu sorumluluk düzenlemeleri karşısında, kamu yararı düşüncesiyle işletmeyi üstelenecek olan idarenin bu yetkisini kullanmasının da çoğu zaman mümkün olamayacağı da açıktır. Bkz. **Nassar Nagla**, s.13-14.

[146]**Nassar Nagla**, s.17-18.

Yatırım sahibi ile yatırımcı arasında imzalanan YİD sözleşmesinde yer alan bütün bu hususlar, tabii ki işletmeci şirket ile proje şirketi arasında imzalanan işletme ve bakım sözleşmesinde de bulunmakta ve yatırımcı, kendi üzerindeki riskleri işletmeci şirkete aktarmayı hedeflemektedir[147].

Öte yandan, yatırımcının veya işletmeci şirketin sorumluluğuna giren veya girmeyen muhtelif risklerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak en önemli sonuç ise işletme

[147]Nitekim, yıllık bütçe ile çalışan işletmeci şirket, bu bütçenin aşılması riskini üstelendiği gibi, yatırımcı da cezai şart ödemek zorunda kalabilmektedir. Ancak mevzuat değişikliği ve mücbir sebepleri işletmeci şirketin kontrol etmesi mümkün olmadığı için, bu nedenlerle doğan işletme maliyeti artışlarında bütçe yeniden ayarlanmakta, böylece bir risk paylaşımı sağlanmaktadır. Esasen, kamu yatırımlarında, mücbir sebep ve politik risk hallerinde alım taahhüdünde esas alınan tarifede ayarlama yapılacağı için, bu istisnai durumlardaki risk nihai olarak yatırım sahibinde kalmış olmaktadır. İşletmeci şirketin üstlendiği bir diğer risk ise, üretim kapasitesinin sağlanamaması olmaktadır. Kural olarak üretim kapasitesinin sağlanamaması riski işletmeci şirket üzerinde bırakılmakta ve ayrıca yatırımcıya cezai şart ödenmesi veya işletmeci ücretinden kesinti yapılması öngörülmektedir. Bununla birlikte, kamu yatırımlarında, politik risk veya mücbir sebep nedeniyle kapasite düşüklüğü olması halinde, riske nihai olarak katlanan yine yatırım sahibi olmaktadır. Şöyle ki, alım taahhüdünde bulunan yatırım sahibi, mücbir sebep veya politik risk hallerinde yatırımcıya kapasite bedeli ödemek zorunda olduğu için, işletmeci şirkette kapasite düşüklüğü nedeniyle cezai şart ödemek veya ücret indirimini kabullenmek durumunda kalmamaktadır. Bkz. **Mauel John G.**, s.7-8.

gelirinin yetersizliği olacaktır. Genellikle yüksek teknoloji ve büyük sermaye gerektiren kamu yatırımlarının gerçekleştirilmesinde bir finansman aracı olarak kullanılan YİD modelinde yer alan kredi kurumlarının, yatırımın sahibi olan devletlere doğrudan kredi vermekten ziyade, proje finansmanı niteliğinde kredi vermeyi tercih etmelerinin temel nedeni, yatırım konusu tesisin gerektiği şekilde işletilmesi durumunda, işletme süresi içinde işletme gelirleriyle yatırım ve işletme dönemi içi kullanılan kredilerin geri ödenmiş olacağı düşüncesidir[148]. Bu temel düşünce dahilinde, yatırımcının işletme dönemindeki faaliyetleriyle elde edeceği işletme gelirlerinden kredilerin geri ödemelerini yaptıktan ve kendi özsermayesini de geri aldıktan sonra, fizibilite raporlarında öngörülen oranda kâr da elde etmesi esasına dayalı hesaplamalar yapılmakta olup, kredi kurumları da işletme gelirinin izlenmesinde etkin olmak istemektedirler[149].

---

[148]**Sozzi J.Christopher**, s.13.

[149]İşletme gelirinin hesaplanmasında, işletme geliri yatırım konusu tesiste üretilecek mal veya hizmetin satımına bağlı olduğu için, gerek satım fiyatının tespiti gerek tüketici potansiyelinin belirli bir düzeyde olması büyük önem arz etmektedir. Ne var ki, bir çok unsur bir arada ele alınarak yapılan ve işletmenin iç kârlılığını tespite yönelik bu hesaplamalarda bulunan rakamların gerçekleştirilmesi her zaman mümkün olamamakta, buna karşın gelirin düzenliliği ve sürekliliği tarafların en çok önemsediği konu olmaktadır. Her ne kadar yatırımcılar ile yatırım sahipleri asgari oranlarda olsa da, projenin başarısız olması riskini üstlenmeyi kabullenebilmekte iseler de, kredi kurumlarının bizatihi yatırım faaliyetinde bir menfaatleri olmaması, proje zararının kredi kurumları ile paylaşılmasını imkânsız hale getirmektedir. İşte bu nedenle, proje gelirinin sürekli ve düzenli olması en fazla kredi kurumları açısından

Ayrıca, yatırım sahibi açısından da, gelirin yükseltilmesi amacıyla tesis kapasitesinin üstünde üretim yapılmak suretiyle yatırımın yıpranması, bakım onarım giderlerinden kesinti yapılması veya kalitesiz üretim nedeniyle rekabet gücünün kaybı gibi riskler mevcuttur. Zira işletme dönemi sonunda, müşteri çevresiyle birlikte tesis yatırım sahibine intikal edecek olup, proje şirketinin işletme dönemindeki hatalarının sonuçlarına yatırım sahibinin katlanması söz konusu olabilecektir.

İşte bütün bu farklı risklerin her bir tarafı farklı şekilde etkiliyor olması nedeniyle ortaya çıkan menfaat çatışmasının giderilmesi gerekmektedir. Bu amaçla, öncelikle bir işletme programı oluşturulmakta ve tesisin belirli standartlara göre işletilmesi temin edilmektedir[150]. İşletme programına uyumun sağlanabilmesi için de, tesiste yapılacak üretimin veya sunulacak hizmetin bir alıcısının olması, bir başka ifade ile yatırım konusu işletmenin ilgili ürün piyasasında bir pazar payının bulunması bir zorunluluk olmaktadır. Nitekim, bir çok kamu yatırımında, 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 korumalar öngörülmektedir. Diğer taraftan monopol piyasalara arz edilecek ürün ve hizmetler için bu nitelikte

---

zorunlu bir unsur olmakta ve kredilerin geri dönüşünü ancak işletme gelirleriyle temin edebilecek olan kredi kurumları projenin gelir akışı ile bu akışı etkileyecek riskleri takip etmek, bu risklerin giderilmesinde etkin bir rol üstlenmek istemektedirler. Bkz. **Morrison Neil**, s.4.

[150]**Stelwagon William M.**, s.4.

korumalara gerek kalmazken, bu sefer de satış fiyatının aşırı yükselmesini önlemek için yatırım sahibi olan idareye fiyat kontrolü yetkisi tanınması gerekli olmaktadır[151]. Bu gereklilik nedeniyle, örneğin 3096 sayılı Kanun m.9 uyarınca görevli şirket tarafından teklif edilen enerji tarifesi de ancak Bakanlığın onayı ile yürürlüğe girebilmektedir. 3465 sayılı Kanun m.7 uyarınca da otoyol tarifeleri görevli şirketin talebi, Karayolları Genel Müdürlüğünün teklifi ve Bakanlığın onayı ile tespit edilmektedir. 3996 sayılı Kanun ise, tarife esaslarını belirleme yetkisini Bakanlar Kuruluna vermiş ve 94/5907 sayılı BKK m.34-36'da tarife belirleme esasları gösterilmiştir[152].

---

[151]Böyle bir yetkinin rekabetçi ortam yaratılmasını imkânsız kılacağı ileri sürülebilecek ise de, idareye bu şekilde müdahale imkânı tanınması, yatırımcı ve aynı zamanda kredi kurumları açısından her zaman için olumsuz karşılanmamaktadır. Zira, düşük kalitedeki mal ve hizmetleri yüksek fiyatla halka arz eden ve bu nedenle de özelleştirilmesi gerektiği savunulan devlet işletmeleri tarafından belirlenecek fiyat, tüketici için caydırıcı olmak düzeyine gelmedikçe, tarafların menfaatlerini tatmin edecektir. Bununla birlikte, rekabetçi bir ortam yaratmak için bir başlangıç adımı olarak, yatırımcılara tekel hakları veya belirli imtiyazlar tanınması yerine, aynı alandaki farklı projeler arasında ayrımcılık yapılmasını engelleyen güvenceler verilmesi suretiyle yatırımcıların eşit koşullarda faaliyet göstermeleri ve satış fiyatının bu yapı içinde belirlenmesi düşünülebilecek, böyle bir çözüm için de öncelikle rekabet hukuku düzenlemelerinin yapılmış olması gerekecektir.Bkz. **Nassar Nagla**, s.5-6.

[152]Diğer taraftan, yatırım maliyetleri, işletme giderleri ve makul bir kârın elde edilmesine imkân verecek şekilde hazırlanan tarife üzerinden yapılacak satışların

Bunların yanı sıra, kredi geri ödemelerinin temini amacıyla proje gelirinin sürekliliğinin sağlanması ihtiyacı, kamu yatırımlarında, iki farklı hususu gündeme getirmektedir. Bunlardan ilki, tesiste üretilecek mal veya hizmetin satın alınması taahhüdünü içeren ve bir kamu kuruluşu ile imzalanan satım anlaşmasında bu kuruluşun bedel borcunu ödemede temerrüde düşmesinin, YİD sözleşmesinin idare tarafından kusurlu ihlali olarak kabul ediliyor olmasıdır. Böylece, projenin gelir akışını engelleyen bir temerrüt hali ortaya çıktığında, kusur idareye yüklendiği için maliyet artışlarından şirket sorumlu olmamakta ve gerektiğinde ilave finansman kullanılması mümkün olabilmektedir. İkincisi ise, şirketin taahhütlerini ihlal etmesi durumunda, kusurlu ihlal yaptırımlarının doğrudan uygulanması yerine, verilen ek sürelerin ve düzeltme projesi sürecinin tamamlanmasının bekleniyor olmasıdır. Bu yöndeki sözleşme hükümleri sayesinde, şirketin herhangi bir münferit ihlali nedeniyle sözleşme feshedilmiş olmamakta, dolayısıyla şirketi kusurlu ihlallerinde

---

bedellerinin tahsilat riski şirkete ait olmaktadır. Özellikle enerji santralleri açısından enerjide kayıp ve kaçak söz konusu olduğu için şirketin istediği geliri elde edebilmesi fazla üretim yapmasına ve tahsilat riskini en aza indirmesine bağlı olmaktadır. Ancak, şirketin bütün çabasına rağmen, kusuru dışındaki nedenlerle gelir düzeyinin işletme giderlerini karşılayamayacak düzeye düşmesi de gündeme gelebilmekte ve bu hallerde şirketin riskinin paylaşılmasını teminen yatırım sahibi idare tarafından ilave kredi (köprü kredi) imkânları yaratılmaktadır. Zira, işletmenin devamlılığının sağlanması, şirket açısından olduğu kadar yatırım sahibi idare için de zorunlu olmaktadır.

dahi projenin ayakta tutulması ve proje gelirinin devamlılığının sağlanması imkânı yaratılabilmektedir[153].

[153]Ayrıca, sözleşmenin süresinden önce sona erdiği hallerde, şirket kusurlu dahi olsa, ödenmemiş kredi borçlarının idarenin belirleyeceği bir kamu kurumu tarafından üstlenilmesi hükme bağlanmakta, eğer şirket kusuru bulunmuyor ise, ayrıca şirketin tarifeden alamadığı özsermaye de şirkete ödenmektedir. Tabii ki, bu nitelikteki sözleşme hükümleri nedeniyle, çoğu zaman tesisin piyasa değerinin çok üzerinde bir ödeme yapılması gerekmekte ve bu da idare için bir zarar yaratabilmektedir. Bkz. **Nassar Nagla**, s.7,10; Kamu yatırımlarında, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde, yatırımcı kusurlu olsa dahi kredi borçlarının idare tarafından üstlenilmesi, al yada öde kayıtları ve buna benzer düzenlemeler, yatırımcının ticari riskinin tamamen ortadan kaldırılması sonucu yaratabilmekte ve YİD modeli açısından olumsuz bir teşvik olabilmektedirler. Bkz. **Kessides Christine**, s.44.

İKİNCİ BÖLÜM

YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

§3. YİD MODELİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. HUKUKİ İLİŞKİNİN GENEL YAPISI

Her hukuki ilişkide olduğu gibi, YİD de, belirli bir amaca yönelik olarak kurulmakta ve bu amaç çerçevesinde karşılıklı menfaatler bir denge içinde bir araya gelmektedir. Bu denge, bir tarafın yatırımı gerçekleştirmek için ihtiyacı olan finansmanı temin edebilmek amacıyla, elindeki yatırım unsurununun (yatırım arazisi) kullanımını ve yatırım konusu tesisin işletme hakkını karşı tarafa bırakması, karşı tarafın da, finansmanı kendisi temin ederek tesisi inşa etmesi ve belirli süre tesisi işleterek finansmanını ve kârını geri alabilmek imkânına sahip kılınması, süre sonunda da tesisi bir işletme olarak devretmesi suretiyle sağlanmaktadır.

İşte bu menfaat dengelerinin tespiti ve hukuki nitelemesinin yapılabilmesi için de, öncelikle ilişkinin taraflarının ele alınması ve daha sonra da, bu tarafların amaçlarından hareketle, YİD'in özelliklerinin ortaya konulması zorunlu olmaktadır.

A. YİD'in Tarafları

1. Yatırım Sahibi

Bir proje finansman modeli olan YİD sisteminin kullanılması bir yatırımın gerçekleştirilmesi amacına yönelik olduğu için tabii ki, taraflardan ilki, yatırım sahibidir. Daha çok kamu yatırımlarının finansmanında tercih edilen YİD'te yatırım sahibi, bir devlet veya bir kamu kurumu ya da mahalli idareler olmakta, özel yatırımlarda da bir özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi bu sıfatı taşımaktadır[154].

[154]Örneğin, Türkiye Kızılay Derneği ile Beğendik Mağaza İşletmeciliği Sanayi Ticaret A.Ş. arasında Kızılay Sosyal ve Rant Tesisi binasının yapımına ilişkin YİD sözleşmesi (Y. 13.HD., 21.2.2003 T., E.2002/12997, K.2003/1639); Kadıköy Belediyesi ile Proje İnşaat Mühendislik Turizm ve Ticaret A.Ş. (PİMTAŞ) arasında Piramit adlı Kadıköy Belediyesi Kültür ve Eğlence Merkezinin yapımına ilişkin YİD sözleşmesi (Y.6.HD., 16.3.2004 T., E.2004/1701, K.2004/1795 K.); Vakıflar Genel Müdürlüğü ile bir şirket arasındaki Kültür Merkezi yapımına ilişkin YİD sözleşmesi (Y.3.HD., 8.4.2002 T., E.2002/3040, K.2002/3476,), ...Belediyesi ile .....Sitesi arasında, büfe, çay ve çocuk bahçesi yapımına ilişkin YİD sözleşmesi (Danıştay 6.D., 15.11.1999 T., E.1998/5238, K.1999/5719), YİD modeli ile LPG istasyonu yapılması için Belediye'nin kamulaştırma yapması (Danıştay 6.D., 12.11.2002 T., E.2001/4741, K.2002/5010), Belediye ile özel bir şirket arasında, iki spor salonu, iki tenis kortu, iki kafeterya, iki soyunma odası, jimnastik salonu ve satış mağazası yapımına ilişkin 7 yıl süreli YİD sözleşmesi (Danıştay 10.D., 21.10.1996 T., E.1994/4869, K.1996/6353,); Belediyeler ile otobüsçüler kooperatifleri veya

Finansman ihtiyacını karşılamak amacıyla YİD modelini tercih eden yatırım sahibinin, sözleşme hükümleri yerine getirildiği sürece, yatırımda kullanılan finansmanı geri ödemek borcu bulunmamakta, YİD'in proje finansman modeli niteliği itibariyle, yatırımın kendi kendini finanse etmesi beklenmektedir. Dolayısıyla, yatırım sahibinin ifa menfaati, öncelikle finansmanın geri ödeme borcundan sorumlu olmaksızın bir yatırıma sahip olmaktadır. Nitekim, 3996 sayılı Kanun m.6'da yatırımın finansmanından yatırımcının sorumlu olacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, yatırımın inşa ve bakım maliyeti için gerekli finansman yatırımcı tarafından karşılanırken, yatırım sahibinin de, ilişkinin menfaat dengesinin gereği olarak, bir yatırım unsuru sağlaması gerekecektir. Bu yatırım unsuru ise, mülkiyeti kendisine ait bir yatırım arazisinin kullanım hakkının yatırımcıya bırakılması olabilmektedir. Nitekim bu nedenle de, sözleşme süresi sonunda, yatırımcı bir

---

şirketler arasında imzalanan otobüs terminali inşası ve işletilmesine ilişkin YİD sözleşmeleri (Danıştay 3.D., 9.5.2000 T., E.1998/2482, K.2000/1787; Y.13.HD., 30.4.2003 T., E.2003/176, K.2003/5376; Danıştay 3.D., 9.5.2000 T., E.1999/5, K.2000/1800,); Balık lokantası, dernek binası, kafeterya, dört balık satış yeri yapımı hususunda bir belediyenin taraf olduğu YİD sözleşmesi (Y.1.HD., 22.10.2003 T., E.2003/10372, K.2003/11176,); Bir kooperatifin taraf olduğu ve disko inşaatına ilişkin olan YİD sözleşmesi (Y.11.HD., 27.2.2003 T., E.2003/1000, K.2003/1636), kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; T.Emlak Bankası A.Ş. ile özel bir şirket arasındaki, spor tesisleri, eğlence alanları, lokanta, tıbbı tesisler vb. ünitelerin yapımına ilişkin YİD sözleşmesi.

mülkiyet nakli yapmaksızın, tesisi bir işletme olarak yatırım sahibine devredebilecektir.

Yatırım arazisinin kullanım hakkını ve tesisin işletme hakkını yatırımcıya bırakan yatırım sahibinin ifa menfaatinin bir diğer boyutunu da, işletme süresinin sonunda, projeye uygun olarak yapılmış ve bir işletme niteliği kazanmış yatırım konusu tesisi, bakımlı, eksiksiz bir halde devralmak oluşturmaktadır. Bu nedenle, yatırım sahibi, gerek inşaat gerek işletme döneminde kendisine denetim yetkisi sağlayacak hükümlerin YİD sözleşmelerinde yer almasını istemektedir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun m.9'da, işletme süresinin sonunda, yatırımın her türlü borç ve taahhütten ari olarak, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir halde idareye intikal edeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde idareye denetim yetkileri tanıyan hükümler yer almakta[155], böylece bir risk kontrolü yaratılmaya çalışılmaktadır.

---

[155]**Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.23), **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Enerjinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.30.c), **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 Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.48) ile **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.34.g), **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin

Bu arada, oldukça uzun bir zamana yayılan ve çok yönlü riskler içeren YİD modelinin uygulanabilmesi için, her şeyden önce, yatırım sahibinin bu hususta kesin bir kararlılık göstermesi de zorunlu olmaktadır. Zira, klasik yönteme nazaran daha pahalı ve daha fazla zaman alan, aynı zamanda zorlukları da çok fazla olan YİD projeleri, ancak kararlı bir yatırım sahibi ile gerçekleştirilebilecektir. Ayrıca, özellikle kamu yatırımlarında, yatırım sahibi devletin klasik yöntemle finanse edilen projelerde üstlendiği rolden daha geride kalması da istenmemektedir[156].

Türkiye Elektrik Kurumuna Toptan Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.17), **Mazı 3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.24), **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.23).

[156]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.5-7; Bu nedenle, kamu yatırımları açısından yatırım sahibi olan devletin üstleneceği roller ve bu sayede projeye vermesi beklenen destek de çok yönlü olmaktadır. Devletin öncelikle YİD projesinin hayata geçirilebilmesi için gerekli olan yasal düzenlemeleri yapması ve aynı zamanda projenin her aşamasında da gerekli bürokratik işlemleri kolaylaştırması beklenmektedir. Ayrıca, yatırım sahibi olan devletin, proje için gerekli özel iznin veya imtiyazın verilmesini sağlayacak yasal düzenlemeleri tamamlaması, projenin devamı sürecinde de bu iznin geçerliliğine güven duyulmasını sağlayacak istikrarı temin etmesi gerekmektedir. Tabii ki, yeni yasal düzenlemelerin uygulamasında, bürokratik engellerin kaldırılmasında ve verilen iznin devamlılığının sağlanmasında en önemli görev de kamu çalışanlarına düşeceği için, devletin iyi, yetkin bir kadro

oluşturması da gerekli olmaktadır. YİD projelerinin özelliklerini bilen ve sözleşme görüşmelerinde uzlaşma noktasına ulaşmayı sağlayacak alternatifler üretebilen uzman bir kadro oluşturulamaması halinde, zaten zorlu bir süreci olan YİD projelerinin gerçekleştirilmesi mümkün olamayacaktır. Sözleşmenin kurulmasından sonra önem kazanan ilk konu ise, devletin lojistik destek sağlaması olmaktadır. Bu bağlamda, yatırımın yapılacağı arazinin temini öncelik kazanmakta ve genellikle kamulaştırma (Danıştay 6.D., 12.11.2002 T., E.2001/4741, K.2002/5010, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), intifa hakkı tesisi (Danıştay 3.D., 17.12.2000 T., E.2002/2999, K.2002/4218, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), üst hakkı tesisi, kiralama (Y.3.HD., 8.4.2002 T., E.2002/3040, K.2002/3476, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası),gibi hukuki yollar kullanılmaktadır. Lojistik destek kapsamında, yatırım bölgesinin ulaşımı, enerji ihtiyacının temini veya üretilen enerjinin nakli için gerekli tesislerin, hatta yakıt veya bir başka ana hammaddenin sürekli olarak temin edilebilmesi için gerekli bağlantıların sağlanması da devletten beklenmektedir. Bunların yanında, proje gelirinin sürekliliğinin temin edilmesindeki taraf menfaatleri gereği, devlet, alım taahhüdünde bulunan taraf olarak da projede yer almak durumunda kalmaktadır. Yatırım sahibinin üstlenmesi beklenen rollerin çeşitliliği ise, ancak birden fazla kurumun yatırım sahibi yanında projeye katılımıyla mümkün olabilmektedir. Gerçekten, YİD projelerinin temel sözleşmesinde, yatırımcı proje şirketi ile imzalayan bir yatırım sahibi bulunmakla birlikte, yatırım sahibi cephesi tek kişiden oluşmamakta, projenin niteliğine göre yatırımcı tarafından talep edilen bazı taahhütler yatırım sahibi lehine üçüncü kişiler tarafından, kamu yatırımlarında da farklı kamu kurumlarınca verilebilmektedir. Bkz. **Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.14-16.

2. Yatırımcı (Proje Şirketi)

Sistemin diğer asli tarafı ise, mali açıdan güçlü, tecrübeli bir veya birden fazla yatırımcıdan oluşan yatırımcı proje şirketidir. Genellikle uluslararası nitelikte, büyük bir müteahhitlik ve mühendislik firması veya yatırımın esaslı unsuru olan tesisatın tedarikçileri ile bunların yanında işletmeci şirketin katılımıyla, yatırımcılar arasında bir konsorsiyum oluşturulmakta ve ihalenin kendi üzerlerinde kalmasını takiben münhasır amaçlı proje şirketi kurulmaktadır[157]. Ana yatırımcıların bir projeye ilgi göstermesi ise, yatırımın kârlılığına, teknik fizibilitenin güvenirliliğine, yatırım süresinin kısalığına ve risk paylaşımındaki dengeye bağlıdır[158]. Bu arada, projenin

[157]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.,** s.7; Ayrıca, proje şirketinde ana yatırımcı sıfatıyla (sponsor) yer alan bir veya daha fazla yatırımcının, sadece kâr payı beklentisi olan ve yatırımın kendisiyle ilgilenmeyen küçük yatırımcılar ile yatırımda kullanılacak muhtelif malzeme ve techizatın tedarikçileri (supplier) de hissedar olarak yer alabilmektedir. Bkz. **Francis Hope Katherine/Stevenson E. William/Perry R. III.Adams/Wiss Marcia/Christopher Osakwe/Wells Linda**, s.6.

[158] Bazı durumlarda da ana yatırımcı büyük bir sermayedar olmakta ve mühendislik şirketleri, inşaat şirketleri, işletmeci şirketler, finansman kuruluşları, sigorta şirketleri gibi kuruluşlar proje şirketinde daha küçük paylarla yer almaktadırlar. Proje üreten mühendislik şirketleri ise, genellikle belirli bir aşamaya getirdikten sonra projeyi yatırımcılara devrederek ufak bir payla hissedar olmaya devam etmeyi tercih etmekte, bazen de proje yapımı ve mühendislik hizmetlerini üstlenmek koşuluyla şirketin küçük ortağı olmaktadırlar. Aynı şekilde, inşaat şirketleri, projenin inşaatı işini üstlenmek amacıyla, tedarikçiler de, özellikle termik santraller gibi yatırımın

hazırlık aşamasında ayrıntılı bir fizibilite raporu hazırlanması ihtiyacı ve YİD sözleşmelerinin çok uzun süre devam eden müzakereleri nedeniyle, şirket ortaklarının bu dönemdeki yüksek maliyeti de kendi aralarında paylaşmış ve bu uzun sürecin sonunu bekleyecek kadar sabırlı olmaları gerekmektedir[159].

%80'e varan kısmını techizatın oluşturduğu projelerde şirkete mal satmak için rakipleriyle yarışmak yerine hissedar olmayı daha karlı görüyor olmaları nedeniyle proje şirketine katılmaktadırlar. İşletmeci şirketler ise, diğerleri gibi küçük bir hisseye sahip olsalar da şirkette aktif rol almaktadırlar. Zira uluslararası finans kuruluşları, proje şirketinde deneyimli bir işletmeci şirketin bulunmasını özellikle talep etmektedirler. Ayrıca bazı projelerde, devlet veya devletin bir organı da proje şirketinde hisse sahibi olabilmektedir (nitekim 3996 sayılı Kanun m.3'te, Sermaye Şirketi tanımlanırken, gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da ortak olduğu bir anonim şirket öngörülmüştür). Projenin ana yatırımcıları ise, projeye para yatırarak kâr elde etmeyi hedefleyen kuruluşlardır. Projenin niteliğine göre, finans kuruluşları, sigorta şirketleri ve hatta işletmeci şirket dahi ana yatırımcı olabilmektedir.Bkz**.** **Demirci Zeki**, Demirci III, s.19-20.

[159]Öte yandan, proje şirketinde yerel yatırımcıların yer alması da istenmekte ve böylece projenin yapılacağı ülkenin yerel şartlarının anlaşılmasının kolaylaşacağı ve yatırım sahibi ile yapılacak pazarlıkta da avantaj sağlanacağı düşünülmektedir. Yerel yatırımcılar genellikle iş gücü temini ve lojistik ihtiyaçların karşılanması hususunda destek sağlamakta, ancak bazı durumlarda güçlü yerel sermayedar veya finans grupları da YİD projesinde pay sahibi olabilmektedirler. Bunun yanında, proje şirketinde devlet kurumlarının yer alması da arzu edilmektedir. Zira bu sayede, yatırımcı ve kredi kurumları açısından projeye duyulan güvenin artacağı ve yatırım

YİD'in düzenlendiği ilk kanun olan 3096 sayılı Kanun, elektrik üretmek amacıyla kurulacak (m.4), özel hukuk hükümlerine tabi, yerli veya yabancı sermaye şirketlerinin proje şirketi olarak görevlendirilebileceğini (m.1) öngörürken, YİD'in özel olarak düzenlendiği 3996 sayılı Kanun m.3'te, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş veya kurulacak, gerektiğinde kamu kurum ve kuruluşlarının da ortak olduğu anonim şirketler ile Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu uyarınca Türkiye'de faaliyet göstermesine izin verilen kuruluşlar proje şirketi olarak belirlenmiştir. 3465 sayılı Kanun ise, bu kanun hükümleri uyarınca görev verilen Türkiye'de kurulmuş sermaye şirketlerini proje şirketi olarak kabul etmiştir. Ayrıca, teklif aşamasında proje şirketinin kurulmuş olması zorunlu kılınmamıştır; örneğin 3096 sayılı Kanun uyarınca çıkartılan 9799 sayılı Yönetmelikte, şirketin kuruluşuna ilişkin belgelerin fizibilite raporundan sonraki çalışmalar kapsamında, üretim tesisi kurma ve işletme izni alınarak sözleşme imzalanmasından önce sunulacağı (m.6) hükme bağlanmıştır. 3996 sayılı Kanun uyarınca alınmış olan 94/5907 sayılı KKK'nda da, ''*şirket*'' tanımlaması yapılırken ''*kurulmuş veya kurulacak*'' ifadesine yer verilmesi (m.3) ve ayrıca her bir YİD projesi için ayrı bir şirket kurulacağının belirtilmiş olması (m.6), sözleşmenin imzası

---

sahibi devlet açısından da projeyi daha yakından ve etkin şekilde takip etmek imkânın doğacağı varsayılmaktadır. Ayrıca, bu şekilde bir yapılanma, sözleşme görüşmelerinin her iki taraf için de adil ve şeffaf olduğuna inanılmasını kolaylaştırmaktadır. Bununla birlikte, proje şirketinde devlet kurumlarının pay sahibi olmaları halinde, bürokrasinin artacağı ve özellikle işletme faaliyeti açısından özelleştirmeden beklenen faydanın sağlanamayacağı endişesi de mevcuttur. Bkz**. Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.8-10.

aşamasına gelinceye kadar şirketin kurulabileceğini göstermektedir. Zira ancak görevlendirme kararından sonra isteklilerin münferit YİD projesini gerçekleştirmek yetkileri doğmakta ve münhasıran bu amacı taşıyan bir şirketin kurulması söz konusu olabilmektedir[160]. 3465 sayılı Kanun uyarınca yayınlanan 93/4186 sayılı Yönetmelikte ise, ön seçime katılabilme şartları arasında, özel hukuk hükümlerine göre Türkiye'de kurulmuş sermaye şirketi olmak veya Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu uyarınca kurulması taahhüt edilen anonim şirket olmak sayılarak, daha farklı bir düzenleme yapılmıştır.

Kural olarak, yatırımcıların oluşturacağı konsorsiyum tarafından kurulan proje şirketi, YİD sözleşmesinin nihai tarafı olmakla birlikte, şirket kuruluncaya kadar, konsorsiyum YİD sözleşmesine imza atmak suretiyle yatırım sahibine karşı taahhütlerde bulunulabilmektedir. Proje şirketi kurulduğunda da, sözleşme bu şirkete devredilerek ilişkiye devam edilmektedir[161]. Ancak kurulan şirketin tüzel

[160]94/5907 sayılı BKK m.6/III uyarınca, her YİD projesi için ayrı bir şirket kurulur ve bu şirketin ana sözleşmesinde, gerçekleştireceği YİD projesi faaliyet konusu olarak belirlenir. Ancak, kurulacak şirket ortaklarından en az birinin kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu veya üst kuruluşu olması ve şirket sermayesine en az %51 oranında iştirak etmesi, projenin aynı faaliyet konusunda olması kaydıyla işin özelliğine göre idarenin de uygun görmesi halinde bu şart aranmaz (Bu fıkranın son cümlesi, 7.3.2005 tarih, 2005/8572 sayılı BKK ile eklenmiştir. Bkz. RG.30.3.2005 T., 25771 S.).

[161]Danıştay 7.D., 6.5.1999 T, E.1998/154, K.1999/1936 sayılı kararda (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), ihaleyi kazanan şirketin katılımı ile kurulan yeni şirket

kişiliğinden ziyade, bu tüzel kişiliğin arkasındaki yatırımcıların ekonomik güçleri önemli olduğu için[162], risk paylaşımı sağlanırken de proje şirketinden ziyade yatırımcıların menfaatleri üzerinden pazarlık yürütülmektedir[163].

---

tarafından, YİD sözleşmesinin tüm hak ve yükümlülükleri ile devralındığı ifade edilerek, proje için tanınan muafiyetten de bu yeni şirketin yararlanacağı hükme bağlanmıştır.

[162]94/5907 sayılı BKK m.6 uyarınca da, şirketin veya ortaklarının her birinin sağlam bir mali yapıya sahip olduklarını bağımsız denetim firmalarınca tastiklenmiş bilançoları ile kanıtlamaları ve şirketin ortaklarından en az birinin talip olunan yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş olması zorunludur. Yüksek Planlama Kurulunun izni alınmadan, yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş ve teknik yeterliliğe sahip olan ortağın, şirketin kuruluş sermayesindeki payını yatırım döneminde değiştirmesi halinde idare uygulama sözleşmesini feshedebilir.

[163]Gerçekten proje şirketi içinde yer alan, (devlet haricindeki) farklı niteliklerdeki bütün hissedarların ortak menfaatleri, yapımı hedeflenen tesisin işletilmesi suretiyle harcanan sermayenin ve ayrıca beklenen kârın elde edilmesi noktasında toplanmaktadır. Nitekim bu menfaatin doğal sonucu olarak ortaya çıkacağı düşünülen kaliteli inşaat ve iyi işletmecilik gibi avantajları dikkate alan devletler, sermaye ve teknoloji ihtiyaçlarının karşılanmasında YİD modelini tercih etmektedirler. Özellikle 1970'lerde gelişmekte olan ülkelerin hazineleri üzerindeki borç yükü çok fazla artınca, kronik borçlanmanın açmazlarından kendini korumak isteyen uluslararası finans kuruluşları da devlete borç vermek yerine, doğrudan proje için kredi vermeye yönelmişlerdir. Devletler de, büyük sermaye gerektiren

B. YİD'in Sözleşmesel Yapısı ve Özellikleri

1. YİD'in Sözleşme Olma Özelliği

Hukuki olaylar alanında karşılaşılan muhtelif sorunların çözümlenebilmesi için cevaplanması gereken ilk soru, sorunun kaynağı olan hukuki olayın hukuki niteliğinin ne olduğudur. Böyle bir değerlendirmenin yapılabilmesi için de, ele alınan hukuki sorunun kaynağının, hukuki olaylar şeması içindeki yerinin tespiti zorunlu olmaktadır.

Bilindiği gibi, hukuki olaylar, irade açıklamaları, düşünce açıklamaları ve duygu açıklamaları olarak üç ana grupta değerlendirilmekte, irade açıklamaları ise kendi içinde, maddi fiiller, hukuki işlemler ve hukuki işlem benzerleri şeklinde gruplandırılmaktadır. Ayrıca, bir alt ayırım olarak, hukuki işlemler de, tek taraflı hukuki işlemler ile iki veya daha çok taraflı hukuki işlemler (sözleşmeler ve kararlar) şeklinde gruplandırılmaktadır.

Bu hukuki olaylar şeması içinde YİD'in yerini bulmaya çalışırken, öncelikle YİD modelinin ne olmadığını tespit etmek kolaylık sağlayacaktır. Gerçekten YİD'te,

---

yatırımların yükünü bütçelerinde taşımak yerine bütçe dışı bir finansman modeli olan YİD modelini cazip bulmuşlar ve sadece gelişmekte olan ülkeler değil, İngiltere gibi gelişmiş ülkeler de bu metodu kullanmışlardır. Bkz. **Francis Hope Katherine/Stevenson E.William/Perry R. III. Adams/Wiss Marcia/Christopher Osakwe/Wells Linda**, s.7.

maddi fiillerdekinden farklı olarak, tarafların iradeleri, maddi alemde yaratılacak bir değişikliğe değil, bizatihi tarafların iradelerine bağlanmış hukuki bir sonuca yöneldiği dikkate alındığına, YİD'in maddi fiiller grubunda değerlendirilemeyeceği açıktır. Zira, yatırımcının bir projeyi inşa etmiş olması, tek başına YİD modelinin hükümlerinin ortaya çıkmasına yetmemekte, yatırımcının finansmanını da temin ederek inşa edeceği bir tesisin işletme hakkını almak iradesi ile yatırım sahibi ile anlaşarak ilişkiye girmiş olması neticesinde YİD'in hukuki etkileri doğmaktadır.

YİD'in dahil olamayacağı bir diğer grup ise, hukuki işlem benzerleridir. Nitekim, hukuki işlem benzerlerinde hukuki sonuç, irade beyanının muhtevasına değil, iradenin yöneldiği fiili sonuca bağlanmakta ve irade açıklamasında bulunan taraf kanunun öngördüğü hukuki sonucu bilmese, istemese dahi, kanundaki hukuki sonuç doğmakta, bu nedenle, ancak kanun ile tek taraflı irade beyanlarına hukuki sonuç bağlanan hallerde hukuki işlem benzerleri mevcut olabilmektedir. Halbuki, YİD hususunda özel bir kanun hükmü ile bu yönde bir düzenleme yapılmış değildir ve dolayısıyla YİD hukuki işlem benzerlerinden sayılamayacaktır.

Bu durumda YİD'in, hukuki olaylar şeması içinde yer alabileceği yegane başlık, iki veya çok taraflı hukuki işlemler olabilecektir. Bu gruptaki ''*karar*''ların, bir kişi topluluğunu ilgilendiren ortak bir işte, nihai bir hedefe varılmasını sağlayan çok taraflı hukuki işlemler olduğu dikkate alındığında, YİD modelinde karşı karşıya bulunan yatırımcı ve yatırım sahibinin, bir kişi topluluğu oluşturmadıkları ve bu modeli kullanmalarının da, ortak bir işteki hedeflenen sonucun yaratılması amacına

hizmet etmediği kendiliğinden anlaşılabilmekte, dolayısıyla YİD'in bir *karar* olmadığı açıkça görülmektedir[164].

Dolayısıyla, gelinen noktada artık, YİD'in bir sözleşme olup olmadığı sorusuna cevap aranmalıdır. Bir sözleşmenin varlığının tespitinde izlenecek yol ise, hukuki işleme dahil olan taraf sayısının belirlenmesi, bu tarafların amaçlarının tespiti ve amaca ulaşmak için öngörülen yükümlülükler ile bunların ifa şekillerinin ortaya konulması ile mümkün olabilecektir[165].

Proje finansmanı üst başlığı altında yer alan YİD'in, bu özelliğinin doğal sonucu olarak, yatırım maliyetini karşılayacak yeterli kaynağa sahip olmayan veya kendi kaynaklarını yatırım sermayesi yapmayı tercih etmeyen yatırım sahipleri tarafından kullanılan bir finansman modeli olduğu yukarıda açıklanmıştır. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'un 3.maddesinde de YİD bir finansman modeli olarak tanımlanmaktadır. YİD'in bu özelliği ve kanundaki tanımlama, modelin iki asli tarafı olduğuna işaret etmektedir. Gerçekten, her finansman modelinde olduğu gibi, YİD'te de bir tarafta finansman ihtiyacı olan yatırım sahibi, diğer tarafta da bu finansmanı temin edecek olan yatırımcı yer almaktadır. Bu iki taraf ise, ''*finansmanın elde edilmesi (alınması)*'' ile ''*temin edilmesi (verilmesi)*'' noktalarında durmak suretiyle ve bir tarafın verdiğini karşı tarafın alması esasına dayalı olarak bir araya gelmekte, bir başka ifade ile bu modeli kullanırken yan yana değil, karşı karşıya bulunmaktadırlar. Dolayısıyla YİD'in, Borçlar Kanunu 1.maddede ifade edildiği gibi, karşılıklı ve

[164]Krş. **Kocayusufpaşaoğlu Necip**, s.99-103.

[165]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.42.

birbirine uygun iradelerin bir araya gelmesi ile kurulan bir hukuki ilişki, yani bir sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek zorunlu olacaktır.

Bununla birlikte, yatırım sahibi ile, finansman temin ederek bu yatırımın konusu olan tesisi inşa edecek olan yatırımcı arasında meydana gelen bu iki taraflı hukuki ilişkinin niteliği, ne 3096 sayılı Kanun, ne 3465 sayılı Kanun ve ne de 3996 sayılı Kanunda yapılan tanımlamada (m.3.a) açıkça ortaya konulmakta, sadece YİD'in bir finansman modeli olduğundan bahsedilmektedir. Buna paralel olarak doktrinde, YİD'in bir sözleşme tipi olmayıp, sadece bir finansman modeli olduğu ileri sürülmüş, ancak bu modelin kullanımı için niteliği ne olursa olsun, bir sözleşme kurulması gerekeceği kabul edilmiştir[166].

Nitekim, kanun metinlerinde YİD'in bir sözleşme ilişkisi olduğu açıkça hükme bağlanmamış olmakla birlikte, muhtelif hükümlerde (3096 sayılı Kanun m.3/2, 3465 sayılı Kanun m.2, 3996 sayılı Kanun m.4 ve m.5) YİD modelinin bir sözleşme imzalanarak uygulanacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, YİD modelinin ne şekilde uygulanabileceği, kamu yatırımları açısından, 3996 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye istinaden çıkarılan 94/5907 sayılı BKK ile belirlenmiş ve bir uygulama sözleşmesi imzalanması öngörülmüştür (m.3.f). Bu sözleşme, yatırım sahibi konumundaki idare ile yatırımcı konumundaki görevli şirket arasında imzalanacak olup, proje konusu yatırımın gerçekleştirilmesini konu edinecektir. Finansmanın ne şekilde temin edileceği, işletme tarihi ve süresi, gecikmelerin ve maliyet artışlarının sonuçları, kamulaştırma, denetim, mücbir sebepler, teminat, sigorta, fesih gibi bir çok hususun

[166]**Sirmen Lale**, s.11; **Çal Sedat**, s.56.

da sözleşmede düzenlenmesi ve işin yürütülmesi için imzalanması gereken diğer sözleşmelerin de gösterilmesi gerekmektedir (m.16). Kamu yatırımlarında bu şekilde, 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'in Amacının Finansman Temini Olması

Kanun metinlerinde ve doktrinde YİD'in niteliğinin ifadesi amacıyla kullanılan ''*finansman modeli*'' kavramı, esasen YİD'i kullanan taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi işaret etmemekte, sadece işlem taraflarının temel amaçlarını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla YİD, tarafların finansman amacı etrafında bir araya geldiği bir hukuki işlem olmaktadır. Bu hukuki işlemde, ilişkinin ekonomik altyapısı itibariyle, temel bir menfaat dengesi olduğu da dikkate alınmalıdır. Şöyle ki, yabancı kaynak kullanarak sermaye ihtiyacını gideren yatırım sahibinin, herhangi bir şekilde finans kaynağını harcadığı yatırımcıya ait fonun, ona geri dönüşünü temin edecek bir karşı imkân sunması zorunlu olacaktır. Nitekim, ödünç sözleşmesinde, ödünç alanın geri ödeme borcu, iştirada vadeli kambiyo senedini düşük bedelle devir borcu, taksitle satımda vade farkı ödeme borcu, finansal kiralamada kira bedeli içinde malın edinme değerine ek olarak faiz ödeme borcu, ortaklık ilişkisinde sermaye koyma borcu söz konusu olmaktadır.

Bu da göstermektedir ki, bir finansman modeli, ancak bir alacak-borç ilişkisi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bütün bu finansman modelleri özel sözleşme yapıları içinde kullanılabilmekte, örneğin vade avantajı kazanmak için taksitle satım sözleşmesi, bir alacağa vadesinden önce kavuşmak için (senet iştirası veya) ivazlı temlik, yatırım malı temini için finansal kiralama sözleşmesi, ortaklık suretiyle finansman temininde şirket sözleşmesi kurulmaktadır. Bütün bu sözleşmelerde de amaç, finansman temini olduğu halde, her bir sözleşme, kendi başına bir hukuki yapı olarak ortaya çıkmakta ve ''*finansman modeli*'' olarak değil, kendine özgü ismi ile anılmaktadır. Bu hukuki gerçeklik dikkate alındığında YİD modelinin de sadece ''*finansman modeli*'' olarak ifade edilmesinin ne kadar hatalı olduğu kendiliğinden anlaşılabilmektedir. Gerçekten, YİD modelinin bu şekilde ele alınması, bir hukuki ilişkinin asli unsurunun veya temel amacının hukuki ilişkinin yerine geçirilmesi ve bu surette ilişkinin özgün yapısının göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Örneğin, kira sözleşmesinin sadece bir kullanma hakkı temini modeli, hizmet sözleşmesinin sadece bir iş görme modeli, satım sözleşmesinin sadece bir mübadele modeli olarak kabulü mümkün olmadığı gibi, YİD modelinin de, bir yatırımın finansmanının sağlanması noktasında buluşan tarafların kurdukları hukuki ilişkide yarattıkları menfaat dengesinin özelliklerinin yok sayılarak, sadece bir finansman modeline (amaç unsuruna) indirgenmesi de hukuken doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Bu nedenle, YİD'in bir finansman modeli olarak kullanımı için bir sözleşme kurulmasının gerekliliğine işaret eden görüşlerden ziyade, YİD'in, finansman ihtiyacı olan taraf ile finansman temin edecek tarafın karşılıklı amaçlarının gerçekleştirilmesi noktasında, bir uyum yaratmak suretiyle bir araya gelmeleri

üzerine kurulu bulunduğu dikkate alınarak, yukarıda da ifade edildiği gibi, bizatihi kendisinin bir sözleşme olduğunun kabulü gerekmektedir. Gerçekten, YİD modeli, bir yatırımı gerçekleştirmek isteyen ve fakat finansman ihtiyacı içinde olan bir taraf (yatırım sahibi) ile bu finansmanı temin edebilecek ve aynı zamanda yatırımı inşa ederek (belirli bir süre) işletebilecek bir diğer tarafın (yatırımcı), Borçlar Kanunu m.1'de ifade edildiği gibi, belirli bir yatırımın finansmanı, yapımı ve işletilmesi hususunda karşılıklı ve uygun iradelerinin bir araya gelmesiyle, bir sözleşme olarak hayata geçmektedir.

3. YİD'in Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

YİD ilişkisi içinde karşılıklı konumlarda yer alan tarafları bir araya getiren ihtiyacın, finansman temini olduğu muhakkaktır. YİD modeline bu noktadan bakıldığında, yatırım sahibine karşılıksız bir kazandırma yapıldığı, zira yatırımcı işletme gelirlerinden kullandığı sermayeyi geri alamasa dahi yatırım sahibinden bir talepte bulunamazken, yatırımı gerçekleştirmek zorunda olduğuna göre, yatırım sahibi açısından bir kazandırmanın mevcut olduğu, buna karşın bir iade borcunun bulunmaması nedeniyle kazandırmanın karşılıksız olduğu ileri sürülebilecektir.

Halbuki, modelin isminden de anlaşıldığı üzere, yatırımcının ''*yap*'', yani yatırımı gerçekleştirme borcunun yanında ''*işlet*'', yani yatırım konusu tesisi belirli süre işletme hakkı bulunduğu, bir başka ifade ile, bu modelin kullanılmasında, bir tarafın amacı ''*finansman ihtiyacının*'' giderilmesi iken, diğer tarafın amacının

''*finansmanını sağladığı yatırımın rantından yararlanmak*'' olduğu açıktır[167]. Dolayısıyla, bu modelde karşı karşıya gelen taraflar arasında en basit anlamda ''*vermek-almak*'' ekseni üzerinde kurulu, yani taraflardan her birinin karşı tarafı kendisine karşı borç altına sokmak için borçlandığı, bir tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) ilişkinin mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekecektir[168].

Ancak bu noktada, YİD modelindeki ''*vermek-almak*'' ekseninin mahiyeti üzerinde durmak ve tarafların borçlarının doğuş sırası veya kesinliği hususlarında bir farklılaşmanın olup olmadığının tespiti yerinde olacaktır. Zira, tarafların borçlarının karşılıklı olarak ve aynı anda değil de, sıra ile doğduğu sözleşmeler (ariyet, karz, vedia gibi) ile taraflarından biri sözleşme yapılırken kesin olarak borç altına girerken, diğer tarafın olayların gelişimine göre borçlandığı sözleşmelerin (vekalet gibi) eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme oldukları kabul edilmektedir[169].

---

[167]Nitekim, 3096 sayılı Kanun m.9/2 ve 3465 sayılı Kanun m.7'de çok açık olmayan bir şekilde, 3996 sayılı Kanun m.3/a'da ise açıkça, yatırım bedelinin şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin satışından gelir elde edilmesi suretiyle geri ödeneceği hükme bağlanmıştır.

[168]Krş. **Kocayusufpaşaoğlu Necip**, s.118; **Şenyüz Doğan**, s.7; ''*Davcının davalı Belediyenin açtığı ihaleye katılması sonucu aralarında ihale şartnamesine uygun olarak Yap-İşlet-Devret sözleşmesinin düzenlendiği tarafların kabulündedir.....Taraflar arasındaki sözleşmenin tam karşılıklı taahhütleri havi sözleşmelerden olduğu duraksamaya yer olmaksızın bellidir*.'' Y.13.HD., 3.4.2003 T., E.2003/2417, K.2003/3948, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

[169]**Kocayusufpaşaoğlu Necip**, s.119-120.

Bu nedenle YİD'in taraflarının borçlanmasındaki zamanlama ve kesinlik hususlarının da özel olarak ele alınması gerekmektedir. YİD modelinde, yatırım sahibine nakit para verilmemekte veya onun lehine garanti taahhüdüne girilmemekte veya yatırım sahibi ile yatırımcı bir ortaklık kurmamaktadır[170]. YİD'te finansman temin eden taraf olan yatırımcının modeldeki rolü, yatırım için gerekli olan finansmanı kendisi temin etmek suretiyle yatırım konusu tesisi inşa etmek ve kendisine tanınan sürede bu tesisi işletmektir (3096 sayılı Kanun m.3, m.4, 3465 sayılı Kanun m.4, m.5, 3996 sayılı Kanun m.3/a, m.6). Görülüyor ki, bu model ile, nakdi veya gayri nakdi bir kredi temini veya ortaklık şeklinde değil, işletmenin kendi kendini finanse etmesi esasına dayalı bir finansman yaratılmakta, bir başka ifade ile YİD, bir proje finansmanı tekniği olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla, YİD modeli, finansman ihtiyacı olan bir taraf ile finansman temin etmek imkânı bulunan bir karşı taraf arasında, finansman ''*verilmesi(sağlanması)*'' ve bu finansmanın (kârı ile

[170]Kamu yatırımlarında, 3996 sayılı Kanun m.3'deki Sermaye Şirketi tanımında da belirtildiği gibi, kurulan proje şirketine idarenin de ortak olması gündeme gelebilmekte ise de, bu ihtimalde dahi yatırımcı ile yatırım sahibi arasında yatırımın gerçekleştirilmesi hususunda bir ortaklık kurulduğu söylenemeyecektir. Zira bu halde, idare yatırım sahibi sıfatı yanında, proje şirketinin pay sahibi sıfatını da kazanmakta ve bu ikinci sıfatına istinaden şirket kârından pay alabilmektedir. Ancak, yatırımcı proje şirketi beklenen işletme gelirini elde edemese dahi, idare zarara ortak olmamakta ve sözleşme süresi sonunda tesisin borçsuz olarak kendisine devrini beklemektedir. Ayrıca, bu nitelikteki ortaklıklar, idarenin denetim yetkisini kullanmasını kolaylaştırmak ve özellikle yabancı yatırımcının idare ile diyaloğunu arttırmak amacına hizmet etmektedir. Bkz. .İkinci Bölüm, §3,I,A,2.

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, bir tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme ilişkisi olup, finansmanın verilmesi ve geri alınması noktalarındaki özgün yapısı nedeniyle de farklı bir alternatif niteliği taşımaktadır[171].

Görülüyor ki, yatırım sahibinin ihtiyaç duyduğu finansmanı YİD modeli ile elde ederken yatırımcıya bir işletme hakkı tanımak suretiyle inşa edilecek tesisin rantını da belirli bir süre için yatırım sahibine bırakmak borcu altında olması[172], özgün bir finansman modeli yaratmaktadır. Dolayısıyla, YİD sözleşmesinin yatırım sahibi için bir karşılıksız kazandırma yaratmadığı, aksine, hukuki sebep bağlamında, bir iade alacağı yaratmaya yönelik (causa credenti) olduğu ve bu nedenle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Zira, tarafların karşılıklı edimleri, hem doğuş, hem de ifa açısından birbirine bağlı bulunmaktadır.

Sonuç itibariyle, YİD bir finansman modeli olmaktan daha fazlasına sahip, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Gerçekten, finansmanın yatırımcı niteliğindeki bir müteahhit tarafından sağlanması suretiyle gerçekleştirilmesi ve yatırım konusu tesisin işletme hakkının da bir süre için yatırımcıya bırakılması şeklinde özetlenebilecek olan YİD, hukuki ilişkinin iki tarafını, bir menfaat dengesine ulaşmış

[171]Şenyüz de YİD’in tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu ifade etmekle birlikte, karşılıklı borçlar arasında finansman temini borcuna değinmemiştir. Bkz. **Şenyüz Doğan**, s.15.

[172]**Polatkan Vahit**, Polatkan I, s.13.

karşılıklı hak ve borçlar bütünü içine alan, bu bütün içinde yatırım sahibinin finansman ihtiyacını karşılarken, yatırımcı müteahhidin de inşa ettiği tesise harcadığı sermayeyi geri almasını ve aynı zamanda kâr elde etmesini temin eden, sinallagmatik bir sözleşmedir. Esasen, YİD'in bir proje finansmanı modeli olmasının doğal bir sonucu olan bu durum, modelin alternatif finansman araçlarına nazaran üstünlüğünün de nedenini oluşturmaktadır. Zira, diğer alternatiflerde finansman kullanan tarafın, temelde bir geri ödeme borcu bulunması nedeniyle, borç ödeme yeterliliği (kredibilitesi) büyük önem taşırken, YİD modelinin tercih edildiği hallerde yatırım sahibinin değil, yatırım konusu projenin borç ödeme yeterliliği önem kazanmaktadır. Böylece, klasik finansman araçlarından yararlanamayacak olan bir yatırımcı için yeni yatırımlarını gerçekleştirme imkânı YİD sözleşmesi ile yaratılmış olmaktadır[173].

[173]YİD modelinin bu niteliği gereği, finansmanı temin eden taraf da, klasik yöntemlerdekinden farklı olarak, nakit kredi veya yatırım kredisi verebilecek olan bir ticari banka veya bir yatırım bankası veya bir başka finans kurumu olmamakta, yukarıda da açıklandığı gibi, yatırım konusu tesisin inşasını taahhüt eden yatırımcı, aynı zamanda finansman teminini de taahhüt etmektedir. Nitekim, 3096 sayılı Kanun m.9 ve 9799 sayılı Yönetmelik m.5/d, m.8, 3465 sayılı Kanun m.7 ve 21552 sayılı Yönetmelik m.7 ile 3996 sayılı Kanun m.6 ve 94/5907 sayılı BKK. m.19, finansmanın yatırımcı şirketin (görevli şirket) sorumluluğunda olduğunu ortaya koymaktadır.

C. YİD Sözleşmesinin Unsurlarının Kanuni Sözleşme Tiplerinin Unsurları Açısından Değerlendirilmesi

YİD'in 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlarla düzenlemesi yapılmış ise de, ilişkinin hukuki niteliği ortaya konulmuş değildir. 3996 sayılı Kanun m.3.a'nın verdiği tanımdan, YİD'in esas itibariyle, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanıldığı, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) yatırımcı şirkete, işletme süresinde üretilecek mal veya hizmetin satış bedelleriyle ödeneceği ve bunun bir finansman modeli olduğu anlaşılmaktadır. İşte bu şekilde ortaya konulan YİD'in, bu güne kadar tartışılan boyutu, bunun bir imtiyaz olup olmadığı ile sınırlı kalmış, hukuki niteliği ve hükümleri sorunu ele alınmamıştır.

Bununla birlikte, YİD'in üç asli unsurundan hareketle, tipik sözleşmelere ilişkin hukuki değerlendirmelerin YİD'e de uygulanabileceği, bu nedenle özel bir hukuki nitelik tespitine gerek olmadığı da söylenebilecektir. Gerçekten, YİD'in eser inşası, finansman ve işletme hakkı unsurları, hukuk sistemimizde kendine özgü biçimler ve düzenlemeler dahilinde ortaya çıkabilen birer hukuki enstrüman olarak zaten mevcuttur. Bu nedenle, her türlü inşa işi için uygulanabilen istisna sözleşmesi hükümlerinin ve aynı şekilde işletme hakkının belli bir süre için devri de, hasılat kirası sözleşmesi hükümlerinin YİD'e de aynı şekilde uygulanması suretiyle hukuki sorunların çözümlenebileceği düşünülebilecektir. Özellikle, nihai amacın bir yatırımın gerçekleştirilmesi olduğu dikkate alındığında ve modelin adından da

anlaşıldığı üzere, ‘’*yap (inşa)*’’ unsuru itibariyle, YİD’in anahtar teslimi inşaat sözleşmeleri ile paralellik gösterdiği inkâr edilemeyecektir[174].

1. Eser İnşası Unsurunun İstisna Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi

YİD ile istisna sözleşmesi arasında önemli benzerlikler kadar, aynı derecede önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Anahtar teslimi istisna sözleşmelerinde müteahhit, bir ücret karşılığında, inşaatı iş sahibi adına ve hesabına yapmakta, ayrıca inşaatın tamamlanmasından sonra da, inşa edilen eseri iş sahibine teslim etmektedir. Bir başka ifade ile, iş sahibi kendisine teslim edilmek üzere bir inşaatın yapımı işini müteahhide vermekte, inşaat tamamlandıktan sonra da tesisin işletme hakkı iş sahibinin kendisine ait olmaktadır. Tabii ki, iş sahibi müteahhide yaptırdığı bu iş nedeniyle, gerek ara hakedişler ile gerek teslimden sonra yapılacak kesin hakedişlerle bir bedel ödemekte, bu bedel ise, inşaat maliyeti ve müteahhidin ücretinden oluşmaktadır. YİD modelinde, yine bir tesisin inşası işinin bir müteahhide verilmesi söz konusu olmakla birlikte, buradaki müteahhit sadece inşaatın yapımını değil, aynı zamanda finansmanın teminini de taahhüt ettiği için istisna sözleşmesindeki müteahhitten farklılaşmakta ve *yatırımcı (proje şirketi)* adını almaktadır. Daha da önemlisi, yatırımcı inşaatın maliyeti ile kendi ücretinden oluşan bir bedeli yatırım sahibinden (iş sahibi) talep etmek hakkına da sahip bulunmamaktadır. Ona sağlanan yegane imkân, inşa edeceği tesisi işletmek ve bu tesiste üreteceği mal veya hizmetin satışından elde edeceği gelir ile maliyetini ve kârını çıkartmaktır. Bu bakımdan

[174] Kaplan bu iki modeli, ‘’*endüstri yatırım sözleşmeleri*’’ üst başlığı altında değerlendirmektedir. Bkz. **Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s. 27-29.

yatırımcı, eser inşası işini, istisna sözleşmesindekinden farklı olarak, kendi hesabına da yapmış olabilmektedir. Bu iki modelden hangisinin seçilmesinin daha uygun olacağını ise, yatırım sahibinin maddi kaynaklarının durumu belirlemekte olup, yatırımı gerçekleştirmek için yeterli maddi kaynağa sahip olmayan veya elindeki kaynağı başka yerlerde kullanmayı tercih eden iş sahipleri, anahtar teslimi yerine YİD modelini veya bu modelin türevlerini tercih etmektedir[175].

2. İşletme Hakkı Unsurunun Kira Sözleşmeleri Açısından Değerlendirilmesi

Yatırımcı proje şirketine tanınan işletme hakkı açısından konuya yaklaşıldığında ise, hukuki nitelik bağlamında, YİD modeli içinde kullanım hakkının verilmesi ve bu hakkın konusunun devri borcu doğuran bir sözleşmesel ilişkinin yansımalarının bulunduğu açıkça görülmektedir. Gerçekten, sözleşmenin kurulmasından sonra yatırım sahibi, öncelikle yatırım arazisini yatırımcının kullanımına bırakmakta ve yatırımcı da inşaat döneminde araziyi, inşaatın tamamlanmasından sonra ise tesisi işletme hakkını kullanabilmektedir. Ancak, modelin finansman teminine yönelik özgün yapısı nedeniyle, araziyi kullanım ve tesisi işletme hakkının BK.m.299 vd.'nda düzenlenen ariyet sözleşmesindeki gibi bedelsiz verilmiyor olduğu da muhakkaktır. Esasen, taraflar arasındaki menfaat dengesi içinde, kullanım hakkının bir karşı bedelinin bulunduğu açık olup, yatırımcı finansman ve inşa borçları karşılığında bu haklara sahip olmaktadır. İşte bu karşılıklı yapı nedeniyle, yatırımcının kullanım hakkının kiracının hakkına benzerliği kabul edilmelidir.

[175] **K aplan İbrahim**, Kaplan IV, s. 12-13.

Bununla birlikte, yatırımcıya tanınan kullanım hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesinde, malın kullanım tarzının esas alınması gerektiği de unutulmamalıdır. Nitekim, YİD modelinde yatırım sahibinin temel amacı, bir yatırımın gerçekleştirilmesi olduğundan, yatırım konusu tesisin finansmanının ve inşasının temini karşılığında yatırımcıya bırakılabilecek menfaat, tesisin yatırım amacı çerçevesinde işletilmesi hakkı olmakta ve işletme dönemi yatırım sahibi açısından, hem yatırımının faaliyete geçmesi, hem de müşteri çevresinin yaratılması bağlamında önem taşımaktadır. İşte bu nedenle, YİD modeli kapsamında yatırımcıya sadece ''*kullanma hakkı*'' değil aynı zamanda bir ''*işletme hakkı*'' tanınmış olmaktadır.[176].

[176]Nitekim 3096 sayılı Kanun m.3 ve 4, 3465 sayılı Kanun m.4 ve 3996 sayılı Kanun m.7 uyarınca belirli bir süre için yatırımcıya tesisi ''*işletme hakkı*'' verilmektedir. Ayrıca, tesisin işletilmesi yatırımcı için sadece bir hak olmayıp, aynı zamanda bir borç niteliğindedir. Gerçekten, 3096 sayılı Kanun m.8,9, 3465 sayılı Kanun m.6 ve 3996 sayılı Kanun m.6,9 uyarınca yatırımcının sadece işletme gelirlerinden tahsil etmek üzere yatırımın finansmanını sağlamak ve işletme süresi sonunda da tesisi her türlü borçtan ari ve işletilebilir durumda teslim etmek borcu, tesisin işletilmesi unsurunun aynı zamanda bir borç niteliğinde olduğunu göstermektedir. Her ne kadar , 3096 sayılı Kanun'da bu hususta açık bir ifade yer almamış ise de, gerek Kanun gerek Uygulama Yönetmeliği (16.8.1995 T., 9799 S.BKK, RG.4.9.1985, 18858 S.) ile getirilen düzenlemeler, görevli şirketin idarenin denetimi altında ve idare tarafından belirlenen ulusal programla uyumlu olarak, tesisi işleterek üretim yapacağını, üretilen enerjiyi de yine idarenin belirleyeceği tarife üzerinden satabileceğini hükme bağlamakla, yatırımcıya bırakılan kullanım hakkının tesisi

Görülüyor ki, YİD modeli ile gerçekleştirilen yatırımlarda yatırımcıya tanınan kullanma hakkı, adi kiradaki gibi sadece kiracının şahsi ihtiyaçlarına yönelik olmamakta, bu hak aynı zamanda yatırım sahibinin ihtiyacına göre, bir başka ifadeyle, yatırım amacı çerçevesinde ve bu amacın hayata geçirilmesine yönelik olarak kullanılabilmektedir. İşte bütün bu özellikleriyle birlikte ele alındığında YİD modelindeki kullanım (işletme) hakkının, BK. m.270'de ifade edilen ''*hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktitafını terketmeyi*'' unsuru ile aynı nitelikte olduğu sonucuna varılacaktır. Bununla birlikte, BK.m.270 uyarınca ''*ücret mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktitafını terketme*'' taahhüdünün belirleyici unsur olduğu hasılat kirasındaki kira bedeli ödeme borcu dikkate alındığında, YİD modelindeki kullanım hakkının hasılat kirasına benzetilemeyeceği de söylenebilecektir. Zira, YİD'te yatırımcı proje şirketi, yatırım sahibine bir ''*ücret*'' ödememektedir. Bir an için,

---

yatırım amacına uygun şekilde işletme borcunu da içerdiğini ortaya koymaktadır. Aynı şekilde 3465 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğinde de (1.3.1993 T., 93/4186 S. BKK.,Bkz. RG.14.4.1993 T., 21552 S.), yatırımcının görevinin otoyolun işletilmesini ve işletmenin devamlılığını sağlayacak şekilde bakımı yapmayı da kapsadığını, ayrıca idare tarafından belirlenecek tarife üzerinden otoyol geçiş ücreti toplanabileceğini hükme bağlamıştır. YİD tanımının verildiği 3996 sayılı Kanunda da, işletme süresinde üretilecek mal veya hizmetin satımı suretiyle finansmanın geri ödeneceğinin ifade edilmesi ve satım fiyatının da idare tarafından belirleneceğinin, ayrıca sözleşmenin sona ermesi halinde yatırım ve hizmetlerin bakımlı, çalışır ve kullanılabilir halde idareye devrinin yapılacağının hükme bağlanmasıyla YİD modelindeki kullanım hakkının özellikleri belirlenmiş olmaktadır.

yatırımcının tesisi inşa borcu karşılığında hak edeceği ücret ile kira bedeli borcunun takas edildiği akla gelebilecek ise de, yatırımın finansmanından da yatırımcının sorumlu olduğu, yani yatırım maliyetini ve kârını işletme gelirinden karşılayamayan yatırımcının, yatırım sahibinden bir talepte bulunamayacağı dikkate alındığında, YİD modelindeki yapının karşılıklı alacakların takasına dayanmadığı da anlaşılmaktadır. Ancak, tanınan bu işletme hakkının süresinin, yatırımcının yatırım bedelini ve kârını elde edebilmesine imkân verecek şekilde ayarlanıyor olması, kullanım hakkının bilâ bedel değil, bir ivaz mukabilinde verildiğinin göstergesi olmaktadır. Gerçekten, yatırımın finansmanı ve inşası karşılığında tesisin işletme hakkı yatırımcıya verildiğine göre, kullanım hakkının, ''*ücret*'' olmasa da, bir bedel mukabilinde olduğunun kabulü zorunludur. İşte bu yapı da, YİD'teki kullanım hakkı devri unsurunun, hasılat kirasına benzerliğini teyit etmektedir[177]. Ayrıca, hasılat kirasında kira bedelinin mutlaka para olarak ödenmesi zorunlu olmayıp, başka nitelikte bir karşı edimin de kararlaştırılması mümkündür. Tabii ki, böyle bir durumda tipik bir hasılat kirasından ziyade bir karma sözleşme ortaya çıkacaktır[178]. Bununla birlikte, böyle bir karma hukuki ilişkideki ''*işletmenin kullanım hakkının devri*'' unsurunun da, yine hasılat kirası hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan, inşaatın tamamlanmasından hemen sonra teslim yapılmayacak ve dolayısıyla tesisin işletme ruhsatının yatırım sahibi adına tanzim edilmeyecek olması

[177]**Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.150; **Sirmen Lale**, s.12.

[178]**Bilge Necip**, s.126.

nedeniyle[179], kullanım hakkı verilen tesisin, bu hak verildiği anda semere getiren bir işletme olarak kabulünün mümkün olmayacağı, hukuki ilişkinin hasılat kirasından ziyade, bir adi kira olarak değerlendirilmesi[180] gerektiği ileri sürülebilecektir. Ancak bu noktada, YİD modelinin esas itibariyle bir finansman aracı olduğu ve hukuki ilişkinin bütünü içinde finansmanın sağlandığı unutulmamalıdır. Zira, yatırımın finansmanından sorumlu olan yatırımcı, ilişkinin başından itibaren gerek özkaynaklarıyla gerek kredi kullanarak finansmanı temin etmekte ve kullanılan finansmanın geri ödenmesi hususunda yatırım sahibine bir borç doğmamaktadır. Bu nedenle, yatırımcının bizzat yarattığı finansmanın geri ödenmesi yine kendi sorumluluğunda kalmakta ve bu da tesisin işletilmesi suretiyle olmaktadır.

[179]Bazı kamusal YİD sözleşmelerinde yatırım döneminin sonunda, işletme dönemine başlanmadan önce tesisin geçici kabulü de yapılmakta ve tespit edilen eksiklikler, yeterli olduğu miktara kadar geçici teminat mektubundan karşılanmakta, artan kısım için müteahhitten talep edilmek suretiyle tamamlatılmakta, kesin kabul ise, işletme dönemi başladıktan sonra yapılmaktadır. Bkz.**Atatürk** Hava Limanı İmtiyaz Sözleşmesi (m.18,19); **Hidroelektrik** Santrali İmtiyaz Sözleşmesi (m.13); Rüzgâr Enerjisi Santrali İmtiyaz Sözleşmesi (m.19); **Karadeniz Ereğlisi** Kombine Çevrim Doğalgaz Santrali İmtiyaz Sözleşmesi (m.14); **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.19); **Rüzgâr Enerjisi** Uygulama Sözleşmesi (m.13); bu sözleşme örnekleri için bkz. **Güneş Cengiz**, Güneş II, s.631 vd; Bunlardan farklı olarak **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğalgaz Enerji Santrali'ne Ait Uygulama Anlaşmasında (m.11) işletme dönemine başlanmadan önce kabul işlemlerinin tamamlanması öngörülmüştür.

[180]Krş. **Bilge Necip**, s.124.

Dolayısıyla, modelin finansman unsuru, inşaat ve işletme dönemlerine yaygın bir yapı göstermekte, bir başka ifade ile kesintisiz devam eden iki aşama içinde ilk önce finansman temin edilmekte ve sonra da geri ödenmektedir. YİD sözleşmesinin kuruluşu aşamasında öngörülen ve sözleşme hükümleriyle gerçekleştirilmesi hedeflenen işte bu yapı nedeniyle, işletme dönemine başlandığı tarihte inşa edilen tesisin kesin kabulü yapılarak yatırım sahibi adına ruhsat çıkartılması ve tesisin tekrar yatırımcıya teslimi de söz konusu olmamakta, yatırımcı, sözleşme kurulurken kendisine tanınan işletme hakkına istinaden, tesisi kendi adına işletmektedir.

Esasen, YİD bir yatırımın gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden bir model olduğuna göre, bu model içinde izlerini gördüğümüz tipik sözleşmelerin bütün unsurlarıyla ortaya çıkmalarını beklemek yerine, yatırım amacı çerçevesinde tipik sözleşmelerin hukuki ilişkiye yansımalarını tespit etmek gerekmektedir. Bu itibarla, eser tesliminin işletme süresi başlamadan önce yatırım sahibine yapılmıyor olması ve buna bağlı olarak işletme ruhsatının yatırım sahibi adına değil yatırımcı adına alınacak olması, bu model içindeki kullanma hakkını adi kira hükümleri çerçevesinde değerlendirmek için yeter sebep olmamalı, aksine yatırım sahibinin, sözleşme süresi sonunda tesisin bir işletme olarak devri beklentisi göz önüne alınarak, yatırımcının kullanma hakkı hasılat kirası hükümlerine göre değerlendirilmelidir.

3. Finansman Unsurunun Kanuni Sözleşme Tipleri Açısından Değerlendirilmesi

YİD ile tipik sözleşmeler arasındaki paralellikleri esas alan böyle bir yaklaşımda, finansman unsuruna farklı bir değerlendirme yapılması zorunlu olacaktır. Gerçekten,

finansman unsuru, değişik sözleşme tiplerinin amacı olarak hukuk sisteminde yerini almış olmakla birlikte, münferit bir sözleşme tipi değildir. Örneğin, Borçlar Kanunu'ndaki karz sözleşmesine ilişkin m.306 vd. hükümlerinde yer alan düzenleme, bir miktar paranın ödünç verilmesi suretiyle sağlanan finansmanı, 4389 sayılı Bankalar Kanunu m.11'de kredi işlemlerine ilişkin düzenleme, para ödüncü yanında, şahsi teminat verilmesi, sermaye piyasası araçlarının satın alınması, vadeli işlemler yapılması veya iştirak payı edinilmesi suretiyle finansman sağlanmasını, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu da, bir yatırım malının her türlü faydayı sağlamak üzere ekonomik mülkiyetin işletme sahibine bırakılması suretiyle finansman teminini düzenlemektedir.

Bütün bunlar da göstermektedir ki, finansmanın hukuki amaç olarak kabul edilmesi ve bunun çok farklı sözleşme tipleriyle elde edilmesi mümkündür. Bunun nedeni ise, finansman unsurunun çok farklı sözleşme tipleriyle gerçekleştirilebilecek bir hukuki amaç olmasıdır. Aynı şekilde, YİD modeli içinde yatırımcının eser inşası taahhüdü, yatırım sahibinin de işletme döneminde yatırımcıya işletme hakkı tanıması ve hakkın kullanılmasını temin etmek taahhüdü, temeldeki finansman amacının gerçekleştirilmesine yönelik bulunmaktadır. Tarafları bu model içinde birleştiren asli amaç, finansman olmakta ve ancak karşılıklı taahhütlerin bir araya gelmesiyle bu amaca ulaşılmaktadır. Dolayısıyla finansman unsuru, ayrı bir sözleşme tipine benzerlik göstermekten ziyade, bütün sözleşme ilişkisinin temelinde yer alan ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin temininde belirleyici olan asli unsur olmaktadır.

II. YİD SÖZLEŞMESİNİN TİPOLOJİK DEĞERLENDİRMESİ

A. Tipolojik Değerlendirmenin Anlamı

Hukukta tip kavramının başlıca önemi, hukuki, özellikle sözleşmesel ilişkilerin, anlamlarının (görevlerinin, niteliklerinin ve yapısal farklılıklarının) ortaya konulmasındaki anahtar rolüdür. Zira tip, birbirine benzeyen birden fazla sosyal olayın karakteristik unsurlarını birleştirmekte, ancak bunu yaparken, bu sosyal olayların niteliklerini, özelliklerini ve aynı zamanda yapısal farklılıklarını da ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle tip, bir hukuki ilişkinin unsurlarını, aralarında herhangi bir bağ olmaksızın basitçe yan yana sıralamamakta, bundan çok daha farklı bir bakış açısıyla, bu unsurları hukuki ilişkiye yansıyan önem ve anlamları bağlamında ele alarak, onları hukuki ilişkinin özgün yapısını (hukuki ilişkinin görevi, niteliği ve yapısal farklılığını) oluşturan birer yapı taşı gibi değerlendirmektedir. Dolayısıyla tip, bir ‘’*anlam yapısı (Sinngebilde)*’’ olarak da ifade edilebilecektir[181].

Tip kavramının bu şekilde tanımlanması, hukuk düzeninin temelindeki bakış açısının da bir yansımasıdır. Bilindiği gibi, hukuki düzenlemeler esas itibariyle sosyal hayattaki menfaat çatışmalarını bir dengeye kavuşturmak ve bu sayede sosyal düzeni temin etmek amacına yönelmiştir. Zira, kural olarak, bir düzen kurulmasını gerekli kılan her sosyal olayın esası, çeşitli sosyal menfaatler arasında ortaya çıkan bir çatışmadan ibarettir. Bu nedenle, bir sosyal olayın araştırılması da, menfaatler

[181]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.4, ayrıca bu hususta bkz. aynı eserin 82.dipnotunda adı geçen Larenz, Methodenlehre, s.427 vd.

içtihadının kabul ettiği şekilde, bu olayda söz konusu olabilecek menfaatlerin tahlili suretiyle yapılabilecektir. Gerçekten, pozitif hukuku kapalı ve mantıki bir kavramlar sisteminden ibaret kabul eden kavram içtihadı görüşünün aksine, menfaat içtihadına göre, hukukun görevi, fertlerin maddi ve manevi menfaatlerini düzenlemek ve korumaktır. Bu nedenle, hukuk kurallarının nedenini hayat ilişkilerinde, yani menfaatlerde aramak gerekir. Dolayısıyla, hiç bir hukuk kaidesi temelinde yatan menfaatler çatışması tespit edilmeden ve değerlendirilmeden tam olarak anlaşılamayacaktır [182].

Bu bağlamda sözleşme tipleri de, bir sosyal durumu ele almakta ve dolayısıyla bir menfaatler çatışmasını düzenlemekte olduğundan, konularını oluşturan sosyal durumun özelliklerine göre tespitler ve düzenlemeler öngörmektedirler. Bu nedenle belli bir tipin araştırılması, düzenlemek istediği sosyal olayın özelliklerinin tespiti anlamına gelmektedir. Böyle bir tespit de ancak, tipin konusunu oluşturan sosyal olayın unsurlarının bölünmeksizin, bir bütün olarak ele alınmasıyla mümkün olacaktır.

Sözleşme tiplerinin bu bakış açısıyla incelenmesinde önem arz eden bir husus ise, sözleşmesel ilişkinin temelinde bulunan çatışan menfaatler arasında yapılacak tercihin, tesadüfi olmayıp, aksine eşitlik, güven, iyiniyet, zayıf tarafın korunması gibi toplumsal değerlerden kaynaklanan bir takım değerlendirme unsurlarına dayanıyor

[182]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.38;ayrıca bu konuda bkz.aynı eserin 64. ve 66.dipnotunda adı geçen Coing, Grundzüge, s.269; 65.dipnotunda adı geçen Heck, Interressen jurisprudenzis.12. .

olmasıdır[183]. Bu nedenle, özde bir değerlendirme olan hukuk biliminin hukuki ilişkileri inceleyerek sözleşme tiplerini tespit edebilmesi de, hukuki ilişkiye kaynaklık eden toplumsal ilişkideki menfaat çatışmalarına, yukarıda sayılan belirli kriterler ile sınırları çizilmiş olan bir pencereden bakmak ve bu çatışmalar arasında kurulmuş olan dengeyi tespit etmek suretiyle olabilecektir.

Birden fazla tarafın menfaatleri arasındaki çatışmanın bir dengeye kavuşturulması ihtiyacı ise, tabii ki tarafların hukuki ilişkiye girmek suretiyle ulaşmak istedikleri amacın gerçekleştirilmesi isteğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin YİD sözleşmelerinde, iş sahibi ile müteahhidin çatışan menfaatleri dengelenirken hedef, yatırımın finansmanının sağlanmasıdır. Zira, YİD modelinde asli amaç, finansman yaratmaktır ve tarafların edimleri arasındaki denge de, bu amaç ekseninde kurulacaktır. Bu özel amaç ve bu amaca göre tesis edilen menfaat dengesinin bir arada oluşturduğu özgün yapının incelenmesi ve tespiti ise tipolojik incelemeyi gerektirmektedir. Zira tipolojik düşünce, hukuki ilişkilerin anlam yapılarını, yani görevlerini, niteliklerini ve yapısal farklılıklarını kavramaya, daha genel bir ifadeyle eşyanın tabiatına yönelmiş bir bakış açısıdır. Gerçekten, eşyanın tabiatı, şeylerin, özellikle hayat ilişkilerinin belirli bir anlama sahip olduklarını ve kendi içlerinde bu anlamlarının gerektirdiği düzeni bir dereceye kadar taşıdıklarını, yani sosyal ilişkilerin kendilerini yönetecek kuralları bizzat ihtiva ettiklerini ifade eder. İşte bu perspektif ile konuya yaklaşıldığında görülmektedir ki, doğadaki hiç bir şey tesadüfi olmadığı gibi, sosyal hayattaki hukuki ilişkinin de bir nedeni, bir başka ifadeyle

[183]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.39; ayrıca bu konuda bkz. aynı eserin 71.dipnotunda adı geçen Engisch, Einführung, 186.

hukuki ilişkinin taraflarını bir araya getiren bir hukuki amaç vardır ve buna bağlı olarak, hukuki ilişkiden doğan borçların da hiç biri tesadüfi olmayıp, tarafların yöneldiği amaca ulaşmayı sağlamak üzere bir takım borçlar yaratılmaktadır. Dolayısıyla, hukuki ilişkinin gerçek anlamını kavrayabilmek için, münferit borçların konusunu oluşturan edimlerin tek başlarına yarattığı etki ve karşı etki ekseni dışına çıkmalı ve hukuki ilişkinin temelindeki amaca yönelik olarak, hukuki ilişkinin kendi bütünlüğü içinde ifade ettiği anlam ve bu bütünlükte her bir edimin yeri ve fonksiyonu tespit edilmelidir. Nitekim, tiplere bağlanmış hükümler de, tesadüfi olmayıp, bu hükümlerde sözleşmesel ilişkinin anlamı (görevi) ve farklılığı ifadesini bulmaktadır[184].

Bu arada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus da, eşyanın tabiatına yöneldiğini ifade ettiğimiz tipolojik incelemenin, hukuki tiplerin kanunlarla düzenlenmeden önce sosyal hayatta mevcut olduğunu da göstermekte olduğu ve dolayısıyla, bir tipin varlığı için onun mutlaka bir kanunda düzenlenmiş olmasının gerekmediğidir. Zira kanuni sözleşme tiplerinin yanında, örf ve adetin yarattığı bir çok sui generis sözleşme tipinin mevcut olduğu da bilinmektedir[185]. Bu noktada akla gelen soru, bir kanuni tipten bahsedilebilmesi için, herhangi bir sözleşmenin kanunda

[184]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.42; ayrıca bu konuda bkz. aynı eserin 85. dipnotunda adı geçen Larenz,Methodenlehre, s.446, 86.dipnotunda adı geçen Larenz, Methodenlehre, s.889,Coing, Grundzüge, s.11, Geny II, s.89,115, Dernburg I, s.84 ve 87. dipnotunda adı geçen Larenz, Methodenlehre, s.431, Gelzer, s.12, Büchenbacher, s.83.

[185]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.43.

bahsinin geçmesinin veya bir kaç hükümle düzenlenmiş olmasının yeterli sayılıp sayılamayacağıdır. Zira, 3096, 3996 ve 3465 Sayılı Kanunlarda YİD modeli örtülü veya açık şekilde düzenlenmiş, tanımlama yapılmış ve bazı hükümler öngörülmüştür. Bu durumda, YİD kanuni bir tip midir; sui generis bir tip midir, yoksa Yargıtay'ın çeşitli kararlarında belirtildiği gibi[186] karışık muhtevalı bir sözleşme midir ?

B. Tipin Tespitindeki Esaslar

Sözleşme tipleri, her şeyden önce birer unsurlar bütünüdürler ve bu bütün bir anlamı haiz iken, bütünün münferit parçaları anlam taşımamaktadır. Metodolojik açıdan tip ele alındığında da, tek başlarına özel bir anlama sahip olmayan bu birden çok unsurun bir araya geliş biçimlerini belirleyen bir yapı planı olduğu görülmektedir[187]. Bir başka ifadeyle, ortak unsurlar taşıyan birden fazla hukuki ilişkinin ortak unsurlarının her bir ilişkide bir araya geliş biçimindeki tekrarlanan benzerlik, tipi yaratmaktadır. Örneğin kanuni tiplerde, kanun koyucu, yaşayan hukuktan derlediği ortak unsurlarını her bir hukuki ilişkinin amacı ekseninde bütünleştirmiş, bir başka anlatımla, bu unsurların hukuki ilişkide ne şekilde bir araya geleceğini belirlemiştir. Bu belirleme, kanuni tiplerin asgari yapılarının tanım maddelerinde ortaya konulması suretiyle olabildiği gibi, tip haline getirilmiş sözleşmenin emredici düzenlemeleriyle de ifade edilebilmektedir. Kanunda yer alan, ancak emredici olmayan hükümlerin

[186]Y.13.HD., 9.6.1998 T., E.1998/4614, K.1998/5241; Y.13.HD., T.21.2.2003, E.2002/12997, K.2003/1639 (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[187]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s, 44.

ise, tip olan sözleşmede yer alması zorunlu olmamakta, bu emredici olmayan hükümler sözleşme dışı bırakılabilmektedir.

Tipin ikinci özelliği ise, münferit bir hukuki ilişkiyi konu edinmiyor olması, aksine sürekli tekrarlanan ve bu tekrar içinde benzerliklerin süreklilik kazandığı bir genel sözleşme modelini işaret etmesidir. Bir başka ifadeyle tip, birbirine benzer ve uygun bir şekilde yapılan somut sözleşmelerin genel tanzimidir[188]. Ancak tip, kendisi gibi genel ve soyut olan ‘’*kavram*’’dan da farklıdır. Zira kavram, kendi sahası içine girecek olayları gerçekleşmiş olmasını şart kılmazken, tip, konu edindiği olayların muhakkak gerçekleşmiş olmasını öngörür. İşte bu nedenle tip, eşyanın doğasına yönelmiştir ve mümkün olduğunca gerçeği esas alarak, sosyal ilişkinin kendine özgü anlamını vermeye çalışır[189].

Tipin bir diğer özelliği de, özel bir durumu genel olarak düzenlemesidir. Gerçekten de tip, o güne kadar gerçekleşmiş olan benzer ve uygun ilişkilerin kendilerine has anlamlarının açıkça ortaya konulması aracı olduğundan, özel bir durumu amaçlamaktadır. Bir başka deyişle tip, bütün sözleşmesel ilişkileri değil, bunların özel bir türünü düzenlemektedir. Bu nedenle, her tipik sözleşme, kendine has anlamından kaynaklanan bir farklılığa sahiptir. Görülüyor ki tip, bir hukuki ilişki türünü genel olarak düzenlemekte ve bütün hukuki ilişkiler içinde belirli bir türü

[188]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.44, ayrıca bu hususta bkz. aynı eserin 101.dipnotunda adı geçen Larenz, Methodenlehre, s.428.

[189]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.45.

düzenlediği için somutlaşmakta, bununla birlikte aynı tür içindeki münferit hukuki ilişkilere nazaran da soyut kalmaktadır[190].

YİD sözleşmelerinin hukuki niteliğinin tam olarak belirlenebilmesi için de tip bağlamında bir değerlendirme yapılması zorunlu olup, her ne kadar YİD'in bir sözleşme ilişkisi olduğu yukarıda tespit edilmiş ise de, bu sözleşmesel ilişkinin hukuki niteliğinin saptanması, ancak tipolojik bir inceleme ile mümkün olabilecektir. Yapılacak bu incelemede öncelikle mevcut YİD sözleşmelerindeki temel unsurların ve bu unsurların bir araya gelirken dahil oldukları yapının benzerliğinin tespiti gerekmektedir. Bu güne kadar imzalanmış YİD sözleşmelerinde, yukarıda açıklanmış olan, finansman, eser inşası ve işletme hakkı tanınması unsurları bir araya gelmiş ve bütün taahhütler bu temel unsurlar üzerinde şekillenmiştir. Özellikle finansman unsurunun ön plana çıktığı bu modelde, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren özel bir projenin yapımı amaçlanmakta, ayrıca belirli bir işletme yapısının kurulması da bir amaç olarak görülmektedir. Bu nedenle YİD, yapım, finansman ve işletme unsurlarının eşit ağırlıkta birleştiği bir model olarak düşünülmüştür[191]. İşte bu unsurların bir araya gelerek oluşturdukları ana yapı,

---

[190]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.45.

[191]Bu noktada, Danıştay'ın işletme unsurunu ön plana çıkartmak suretiyle ilişkiyi bir imtiyaz olarak nitelendirdiği, halbuki gerek finansman gerek inşa unsurları itibariyle YİD'in imtiyaz sayılamayacağı ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak da, işletme unsuruna imtiyaz hükümlerinin, inşa ve finansman unsurlarına ise özel hukuk hükümlerinin uygulanmasının uygun bir çözüm olacağı ileri sürülmüştür. Bkz. **Kuntalp Erden**, Kuntalp VI, s.80-81. Bize göre, bu görüşün kabulü halinde bir

finansman temini amacına yönelik olarak bir araya gelen yatırım sahibi ile yatırımcının karşılıklı taahhütleri üzerine kurulmakta ve ayrıca bütün YİD sözleşmelerinde aynı şekilde tekrar edilmektedir. Şöyle ki, YİD modelinin kullanıldığı yatırım projelerinde yatırımcı, proje konusu tesisin finansmanını da temin etmek suretiyle, inşasını yüklenirken yatırım sahibi, finansmanın geri dönüşünü teminen yatırımcıya işletme hakkı tanımakta ve buna ek olarak yatırım risklerinin paylaşımı hususunda denge yaratacak ek taahhütler söz konusu olmaktadır. Nitekim, 3096 sayılı Kanun ve 3465 sayılı Kanun ile getirilen sistem de, aynı yapı üzerinde kurulmuş, 3996 sayılı Kanun'da verilen tanımlamada bu yapı açıkça ifade edilmiştir.

Bu durumda, gerek mevcut YİD sözleşmelerinde gerek ilgili kanunlarda aynı unsurların aynı yapı dahilinde bir araya getirilmesi suretiyle bir hukuki yapı kurulmuş olmasına dayanarak, bütün bu sözleşmelerin bir tipin örnekleri olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Acaba, bu sözleşmelerdeki unsurların bizatihi kendileri ve bir araya geliş şekilleri itibariyle bir tip yarattıkları kabul edilebilecek midir? YİD, bir çok kamu veya özel yatırımın gerçekleştirilmesi için imzalanmış münferit YİD sözleşmelerinde tekrarlanan ortak unsurları kendinde toplayan ve 3996 sayılı Kanundaki tanım ile de açıkça ortaya konulan, genel bir sözleşme tipi ve aynı zamanda diğer hukuki ilişkilere nazaran özel bir tip olarak kabul edilebilecek midir? Yoksa, YİD kanunla düzenlenmiş bir tipi olmayan ve fakat

---

çözüm değil, çözümsüzlük yaşanacaktır. Zira, edim karşı edim niteliğindeki inşa ve finansman ile işletmenin farklı hukuki rejimlere tabi kılınması halinde, edim dengesi bozulacağı gibi, hukuki ilişkinin bütünlüğü de ortadan kalkacaktır.

tipik sözleşmelerin hiç birine ait bulunmayan unsurlardan meydana gelen tamamen yeni, sui generis bir sözleşme mi veya tipik edimlerin kanunun öngörmediği bir yapı içinde bir araya geldikleri karışık muhtevalı bir sözleşme midir[192]?

C. YİD'in Tipik Bir Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi

Her ne kadar, tipik sözleşmeler, kurucu unsurları ile bu unsurların bir araya gelme tarzları, kanunla sarih olarak öngörülmüş bulunan sözleşmeler olarak tanımlanmakta ise de, bu şekilde sarih olarak kanunla öngörülen sözleşme tiplerinin yanında, ayrıca kanunun zımnen öngördüğü unsur birleşimlerin oluşması suretiyle yaratılan sözleşmelerin de tipik sözleşme sayılacağı kabul edilmektedir[193].

Bu durumda, YİD'in kanunla düzenlenmiş, yani tipik bir sözleşme olup olmadığının tespitinde, iki farklı açıdan değerlendirme yapılması gerekmektedir; Öncelikle, bir kanun ile YİD'in unsurlarının ve bunların bir araya gelme biçiminin hükme bağlanması suretiyle tipik bir sözleşme yaratılmış olup olmadığı, ikinci olarak da, kanunun zımnen kabul ettiği unsur birleşimleri kapsamında YİD'in mevcut bir tipik sözleşmenin türevi olup olmadığı araştırılmalıdır.

[192]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.10-11.

[193]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.10, 67-77.

1. YİD Tipik Bir Sözleşme midir?

a. Genel Olarak

Sosyal hayatın akışı içinde gerçekleşmiş olan birbirine benzer hukuki ilişkilerin kendilerine has anlamsal yapılarının açıkça ortaya konulmasını sağlayan *''tip'',* bir hukuki ilişki türünü genel olarak düzenlemektedir. Bu niteliği itibariyle de tip, *eşyanın tabiatını* ortaya koymaya yönelmiştir. Zira, yukarıda da ifade edildiği gibi, eşyanın tabiatı ilkesi uyarınca, hayat ilişkileri belirli bir anlama sahip olup, kendi içlerinde bu anlamlarının gerektirdiği düzeni bir dereceye kadar taşır, yani sosyal ilişkiler kendilerini yönetecek kuralları bizzat ihtiva ederler. Zaten bu nedenle, kanunla düzenlenmiş sözleşme tipleri, genellikle önce sosyal hayat içinde doğmakta ve eşyanın tabiatı gereğince bir yapısal bütün halini almakta, kanun koyucu da, bu oluşumu benimsemektedir. Ancak kanun koyucu, hayatın içinde doğmuş tipleri aynen benimsemek yerine, hukuki birliği sağlayan bazı ahlaki ve politik değerleri göz önünde tutarak düzenleme yapmakta, bu nedenle aynı hususta her ülkede farklı kanunlar bulunabilmektedir[194]. Ayrıca, akit tipleri nispi kapalı niteliği haiz olmakla birlikte, kanun koyucu hukuki güvenliği ve içtihat birliğini yaratabilmek kaygısıyla, açık tipleri kanunlaştırırken kapalı tip haline getirmektedir. Bunun için de, tipin esaslı unsurları (essentialia negotii) belirtilmek suretiyle tip tanımlanmakta ve bu esaslı unsurları içeren bütün sözleşmeler aynı tip içinde kabul edilerek aynı hükümlere tabi kılınmaktadır. Dolayısıyla, ancak esaslı unsurları kanun tarafından

[194]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.42-43.

düzenlenmiş bir sözleşme tipik (isimli) sözleşme sayılabilecek, kanunlarda sözleşmenin sadece adının geçmesi yeterli olmayacaktır[195].

Bununla birlikte, sözleşmenin esaslı unsurları dışında kalan noktalara ilişkin içeriği, tipik (isimli) niteliğinin tespitinde etkili olmadığı için[196], sözleşme serbestisi ilkesi dahilinde ve fakat emredici hükümler dışında kalan hükümlerin değiştirilmesi suretiyle, tipik sözleşmeler de çeşitlendirilebilmektedir. Ancak, tipi yaratan ve bu nedenle varlığı zorunlu olan esaslı unsurların değiştirilmesi halinde tip ortadan kalkacağı için, tip içinde kalmak isteyen tarafların sözleşme serbestisi, esaslı unsurlar sınırında son bulmaktadır[197]. Bu şekilde, belirli unsurların belirli bir anlamsal yapı içinde bir araya getirilmesi suretiyle kurulacak hukuki ilişkilere aynı hukuki sonuçların bağlanması sağlanmış olur ki, bu da hukuki güvenlik yaratmak amacına yöneliktir[198].

YİD ve türevlerinin kanunlaştırılmasındaki farklılıklar da çeşitli ülkelerin içinde bulundukları finansman ihtiyacının niteliğine, toplumsal yapının özelliklerine ve

---

[195]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.47; **Oktay Saibe**, s.265.

[196]**Oktay Saibe**, s.265.

[197]**Kunalp Erden**, Kuntalp II, s.51.

[198]**Kunalp Erden**, Kuntalp II, s.47; Kanun Koyucunun sözleşme tiplerini düzenlemesinin nedenleri hususunda bkz. **Yavuz Cevdet**, s.3-6; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan III, s.8-9.

planlanan yatırımların risk ve avantajlarına göre farklılaşmış olmakla birlikte[199], UNICITRAL tarafından yürütülen YİD taslak kanun çalışmalarının çizdiği çerçeve yönlendirici olmuştur[200]. Türk kanun koyucusu da, YİD modelini, önce ismini

[199]Örneğin sosyalist ülkelerde YİD uygulaması yapılırken, özel şirketle devletin ortak olduğu bir görevli şirket yapısının tercih edildiği, BOOF (Build,operate,own and finance) modeli yaratıldı. Bkz. **Francis Hope Katherine/Stevenson E.William/Perry R.III.Adams/Wiss Marcia/Christopher Osakwe/Wells Linda**, s.13; Farklı ülke uygulamaları için bkz. **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.72-81; Çin uygulaması için bkz. **Shen Liyin/Lee Rowson K.H./ Zhang Zhihui,** s.319-323; **Wang Shou Qing/Tiong Robert L.K./Ting Seng Kiong/Ashley David,** Wang/Tiong./Ting/Ashley II, s. 242-250; **Hanley Thomas P.,** s.1-20; İngiltere örneği için bkz. **Bellhouse Joseph**, s.1-25; Sri Lanka örneği için bkz. **Ranasinghe Malik**, s. 613-622.

[200]United Nations Commission on International Trade Law (UNICITRAL), yasalaştırma çalışmaları için rehber niteliğinde bir döküman hazırlayarak, YİD modelinin uygulanmasında özel sermayeyi korumak için ihtiyaç duyulan gerekli yasal düzenlemeler ve bu kapsamda anayasal dayanağın oluşturulması, risk paylaşımında devlet garantisine duyulan ihtiyaç, görevli şirket seçiminde şeffaf, rekabetçi ve adil bir ihale düzeninin zorunluluğu, inşaat ve işletme dönemine ilişkin sözleşme görüşmelerinin yürütülmesindeki esaslar, sözleşmelere uygulanacak hukukun ve ihtilafların çözüm yollarının tespitinde (kamu düzenini ihlal etmemek kaydıyla) sözleşme serbestisi ilkesinin kabul edilmesi, sağlanması gereken vergi muafiyetleri ve avantajları ele alınmıştır. Bu kapsamda, risk paylaşımındaki temel ilke olarak, riski en iyi kontrol edebilecek olan tarafın o riski üstlenmesi ve her

belirtmeksizin, 3096 ve 3465 sayılı Kanunlarla, daha sonra da sarih ifadelerle 3996 sayılı Kanun ile, modeli tanımlamak ve önemli hususları hükme bağlamak suretiyle düzenlemiştir. Bütün bu kanunlarda, ‘’*görevlendirme sözleşmesi*‘’ ekseninde bir sistem kurulmuş ve imtiyaz, YİD, işletme hakkı devri gibi idari sözleşmelerin hepsi de birer görevlendirme sözleşmesi olduğu halde, kanun koyucu imtiyaz kavramının dışına çıkabilmek kaygısıyla ‘’*görevlendirme*’’ kavramına sarılmıştır[201].

---

projenin somut durumuna göre, çok iyi bir fizibilite hazırlanarak risk paylaşımının sağlanması hususlarına işaret edilmiş, YİD modelinde süre sonunda devir yapılması gerekliliği ve teknoloji transferi beklentisi üzerinde durulmuş, sözleşme görüşmelerinin serbest pazarlık esasına göre yürütülmesi gerektiği belirtilmiş, sözleşmelerin özel hukuka tabi kılınması ve tahkim imkânı tanınması gerekliliği vurgulanmış, sözleşmelerin erken sona ermesi hallerinde kredi kurumlarının müdahalesi veya ‘’*buy out’* tekniklerinin uygulanması önerilmiştir. 4446 sayılı Kanun ile yapılan Türk Anayasa değişikliğinin de bu çerçevede olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Wallace Don Jr.**, Wallace I, s.1-14; Wallace II, s.1-5; **Levy David**, Levy II, s.1-18; Bu çalışmalar kapsamında Türk hukukunda yapılan reformlar da izlenmekte ve olumlu bulunan bu yeni yasal düzenlemelere karşın, mevzuatta önemli hususlarda yeterli açıklık olmadığı, özellikle kredi kurumlarının menfaatlerinin korunmasına ilişkin özel hükümlerin bulunmadığı ve ayrıca idarenin de hala tek taraflı yetkiler içeren sözleşme modellerini kullandığı hususlarında eleştiri yöneltilmektedir. Bkz. **Pedamon Catherine**, s. 8.

[201]**Gözler Kemal**, s.361; Cumhuriyetin ilk yıllarında, Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalan imtiyazların sona erdirilmesinde rachat yoluna gidilmiş olması ve bunun da hazineye büyük yük getirdiği göz önüne alınarak, imtiyaz sözleşmeleri sıkı

b. Mevzuat Bağlamında Değerlendirme

YİD'in 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar ile yapılan düzenlemeleri incelendiğinde dikkati çeken ilk husus, bütün bu kanunların sadece kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) inşa edilen ve ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren yatırım ve hizmetleri kapsıyor olmasıdır (3996 sayılı Kanun m.1, krş. 3096 sayılı Kanun m.1, 3465 sayılı Kanun m.1). Görülüyor ki, kanun koyucu, genel bir düzenleme yapmak yerine, belirli kişilerin belirli nitelikteki yatırımlarını kapsayacak bir yasal çerçeve çizmeyi tercih etmiştir. Bunun nedeni ise, ülkenin ihtiyacı olan (m.2'de sayılan) kamusal yatırımların gerçekleştirilmesinde gereksinim

---

bir denetime tabi tutulmuş, ancak yeni bir finansman aracı olarak YİD'in kullanılması aşamasına bu sıkı denetimlerin engelleyici olacağı düşünülmüştür. Bu amaçla da, 3096 sayılı Kanun da YİD ve işletme hakkı devri sözleşmeleri birer görevlendirme sözleşmesi olduğu hükme bağlanmıştır. bkz. **Gözler Kemal**, s.397-398; **Kutlu Meltem**, s.49-52,61; Özellikle belediyelerin YİD uygulamalarında imtiyaz usulünün sıkı kayıt ve şartlarından kurtulmak isteği etkili olmuş, ancak Anayasa değişikliğinden önceki dönemde YİD sözleşmelerinin de imtiyaz niteliğinde olduğu kabul edildiğinden bu belediye uygulamalarının geçerlilikleri tartışma yaratmıştır. bkz.**Günday Metin**, s.307-309; Anayasa değişikliğine kadar geçen dönemde, bu şekilde ''*görevli şirket*'' ve ''*görevlendirme sözleşmesi*'' kavramaları kullanıldığı halde, YİD'in bayındırlık işi sözleşmesi ile hasılat kirası sözleşmesinin bir arada bulunduğu bir kamu imtiyazı olduğu savunulmuştur. Bkz. **Bilgen Pertev**, s.6; **Duran Lütfi**, s.153-157; **Tan Turgut**, Tan I, s.39-320; **Özay İl Han**, Özay I, s. 64; **Akış Ercüment**, s.25; **Karaca Yüksel**, s.59.

duyulan finansmanın özel sermayeden ve daha çok da yurt dışı kaynaktan temin edilebileceği düşüncesi ile özel yatırımcının ve tabii ki yabancı sermayenin hukuki güvenlik beklentisidir[202].

Öte yandan, kanunların bu dar kapsamına rağmen, 3996 sayılı Kanun'un verdiği YİD tanımlaması genelleştirilebilecek bir içeriktedir. Gerçekten, 3996 sayılı Kanun m.3.a'da yer alan tanımlama, kapsam maddesine paralel şekilde ''*ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin geliştirilmesi*'' ifadesini kullanmış ve fakat projeleri ''*kamu kurum ve kuruluşlarınca ifa edilen yatırım ve hizmetler*'' (m.1) ile sınırlandırmamıştır. Dolayısıyla, tanımın kapsam itibariyle her türlü projeyi içerdiği söylenebilecektir. Ayrıca, YİD'in, ''*projelerin finansmanında kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli*'' olduğunun belirtilmesi suretiyle, proje finansmanı özelliğine işaret edilmiş ve böylece ekonomi bazındaki tanımlamalar ile de bir bağlantı sağlanmıştır. Tanımda özellikle ''*yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) sermaye şirketine, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca alınması suretiyle ödenmesi*'' unsuruna yer verilmiş olması, YİD'in bir proje finansmanı tekniği olduğunu vurgulamaktadır. Ancak, bu son ifadede yer alan ''*idare*'' kelimesi nedeniyle, tanımın sadece kamu yatırımlarını içerdiği de ileri sürülebilecektir. Esasen, Kanun'un Amaç ve Kapsam maddeleri dikkate alındığında böyle bir değerlendirmenin çok da yanlış olmayacağı açıktır. Bununla birlikte, üretilen mal ve hizmetlerin alıcısı olarak sadece ''*idarenin*'' değil, ''*hizmetten yararlananların*'' da gösterildiği dikkate alındığında, bu

[202]Bkz. 3996 sayılı Kanun Gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi 19.Dönem, C.61 Eki.

tanımlamanın özel yatırımları da kapsayacak nitelikte olduğu sonucuna varılabilecektir.

Bu tanım dahilinde uygulanacak YİD modelinin hukuki yapısı da, 3996 sayılı Kanun'un 5.maddesinde, (idare ile sermeye şirketi veya yabancı şirket arasında imzalanan) sözleşme olarak belirlenmiş ve ayrıca özel yatırımcıların beklentilerinin karşılanabilmesi amacıyla, YİD sözleşmesinin tabi olacağı hukuki rejimin de ''*özel hukuk*'' olacağı hükme bağlanmıştır[203]. Ancak uzun süre, yargı kararlarında[204] kamu hizmetinin sadece imtiyaz sözleşmeleri ile özel kişiler eliyle gördürülebileceği kabul

[203]Kanunla bir sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi mümkündür. Bu nedenle kanun koyucu, idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin de özel hukuka tabi olacağını hükme bağlayabilecektir. İdare hukukumuza kaynaklık eden Fransız hukukunda da benzer uygulamalar bulunduğu bilinmektedir. **Gözler Kemal**, s.11,407.

[204]Anayasa Mahkemesi'nin 1.12.1994 T., E.1994/43, K.1995/42-2 sayılı kararı için bkz., Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C. I, s.275-319; Anayasa Mahkemesi'nin, 28.6.1995 T., E.1994/71, K.1995/23 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 32, C. I, s.144-169; Danıştay Birinci Dairesi'nin 24.9.1992 T., E.1992/232., K.1992/294 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, S.87, s.33-40; Danıştay 10. Dairesi'nin 29.4.1993 T., E.1991/1, K.1993/1752 (AKTAŞ Kararı) için bkz. Danıştay Dergisi, S.88, s.463-466; Danıştay İdari İşler Kurulu'nun, 3.10.1996 T., K.1996/83 sayılı kararı için bkz., Danıştay Dergisi, S. 93, s.36-37; Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 T., E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.31, C.I, s.303-305.

edilmiş ve idari sözleşmeler alanında tip serbestisi kabul edilmemiştir. Halbuki, Fransız hukukunda da kabul edildiği üzere, idare hukukunda da borçlar hukukunda geçerli olan tip serbestisi ilkesi geçerli olup, idare ile özel bir kişi kamu hizmetinin yürütülmesi konusunda imtiyaz, iltizam, müşterek emanet ve vekalet sözleşmeleri dışında, başka bir tipte, isimsiz sözleşmeler de yapabileceklerdir ve bütün bu sözleşmeler idari sözleşme sayılacaktır[205]. Ayrıca, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin sözleşmelerin tabi olacağı hukuk rejimi de önemli bir sorun halinde gelmiş ve bir dizi yasal düzenleme ile YİD sözleşmeleri özel hukuk rejimine tabi kılınmak istenmiş ise de, Anayasa Mahkemesi tarafından bu kanunlar iptal edilmiş ve bu hususta önemli tartışmalar yaşanmıştır[206]. Neticede, 13.8.1999 tarihli Anayasa

[205]Carbajo,op.cit.s.88, 205; Lachaume, op.cit., s.205; Vedel ve Delvove, op.cit.,c.II, s.394,791-792; Rivero, op.cit., s.106; Conseil d'Etat, 20 Nisan 1956, Epoux Bertin, RDCE,1956, s.167 (Long et al., op.cit. s.508-516), naklen **Gözler Kemal**, s.368, dpn.686-690.

[206] Nitekim, bu tartışmalar nedeniyle ve YİD sözleşmelerinin imtiyaz sayılmasını önlemek amacıyla, 3096 sayılı Kanun'da ''*görevli şirket*'' kavramı kullanılmış ve üretim tesisi kurmak için görevlendirme ile mevcut tesislerin işletilmesi için görevlendirme ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Ayrıca 3465 sayılı Kanun'da da otoyolların yapımı veya yapılmış olanların işletilmesiyle görevlendirilecek şirketten bahsedilmiştir. Ne var ki, yargı kararlarında bu sözleşmelerin de imtiyaz olduğu sonucuna varılınca, yeni bir yöntem yaratılması zorunlu olmuş ve Yap-İşlet formülü uygulanmıştır. Bunun için de önce 16.7.1997 tarih, 4283 sayılı (RG.19.7.1997 T., 23054 S) Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim tesislerinin Kurulması ve

değişikliğine dayalı olarak, 3996 sayılı Kanun'un 5.maddesinde 22.12.1999 tarihli 4493 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmak suretiyle bu tartışmalara son verilmiştir[207].

İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur. **Gözübüyük Şeref/Tan Turgut**, s.481, 591.

[207]Danıştay 1.Daire'nin 14.4.2000 tarih, E.2000/57, K.2000/53 sayılı İstişari Kararında da, artık YİD sözleşmelerinin imtiyaz sayılamayacağı ve bu nedenle Danıştay incelemesine tabi olmadığı ifade edilmiştir. Bu karar Danıştay İdari İşler Kurulunun E.2000/32, K.2000/26 sayılı kararı ile onanmıştır. Bkz. **Gözübüyük Şeref/Tan Turgut**, s. 482-486; Bu şekilde, özel hukuka tabi kılınan YİD sözleşmelerinde[207], bir tarafını idarenin oluşturduğu hukuki ilişkide idare ile karşı taraftaki özel hukuk kişisi eşit konumda bulunacak ve bunun sonucu olarak kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu olmasına rağmen idare, imtiyaz sözleşmelerindekinin aksine, üstün yetki ve ayrıcalıklarla donatılmayacaktır. Örneğin kamu hizmetlerine egemen olan ilkelerden biri değişkenlik (uyarlama ilkesi) olup bu ilke uyarınca idarenin bir kamu hizmetini değişen koşullara uyarlama yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir. İşte bu nedenle, imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek yanlı iradesi ile sözleşmeyi değiştirme yetkisi mevcuttur. İmtiyaz sahibi olan karşı taraf ise, bu değişiklikleri kabul etmek zorunda olup sadece bu değişiklikler nedeniyle sözleşmenin mali dengesinin bozulması, bir başka ifadeyle yükümlülüklerin artması halinde idareden bir karşılık (tazminat) isteme hakkına sahiptir. Buna karşın, özel hukuka tabi tutulan YİD sözleşmelerinde taraflar eşit konumda oldukları için, idarenin iradesine üstünlük tanınmamakta ancak tarafların ortak iradeleri ile sözleşme değiştirilebilmektedir. Aynı durum, idarenin hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklanan ve imtiyaz sahibinin hiçbir kusuru

3996 sayılı Kanun m.5 ile özel hukuk rejimine tabi bir sözleşme olduğu hükme bağlanmış olan YİD'in unsurları da kanunda gösterilmiş bulunmaktadır. Örneğin 6.maddede, yatırımcının (sermaye şirketi veya yabancı şirket) yüklendiği edimler, ''*yatırım ve/veya hizmetin belirlenen süre içinde projelendirilmesi, finansmanı, kurulması ve işletilmesi*'' olarak gösterilmiş, yatırım sahibinin (idare) edimi de, m.7'de sözleşme süresinin tespitinde esas alınacak unsurların ifadesi içinde belirtilmiştir. Şöyle ki, m.7'de YİD sözleşmesindeki yatırım ve işletme süresinin belirlenmesinde yatırım bedelinin (kâr dahil) ve yatırım için sağlanan kredilerin geri ödeme süresi ile projenin mahiyeti, sermayenin miktarı ve işletme esaslarının dikkate alınacağı hükme bağlanmak suretiyle, yatırım sahibinin yatırımın kendi kendisini finanse etmesine imkân verecek bir süre için yatırımcıya işletme hakkı tanıyacağı belirtilmiştir. Böylece, yatırımcının borçları (finansman temini ve tesisin inşası) ile bu borçların hangi edimlerle ifa edilebileceği (tesis veya hizmetin, belirli sürede, gerekli finansmanın da bulunarak, kurulması) ve yatırım sahibinin borcu (finansmanın geri dönüşünü sağlamak) ile bu borcun ne şekilde ifa edileceği (finansmanın geri dönüşü için yeterli olacak bir süre için tesisin işletme hakkının yatırımcıya bırakılması) kanun koyucu tarafından açıkça hükme bağlanmış olmaktadır. Ayrıca, bu karşılıklı borçlar arasındaki bağ, yani edimlerin oluşturduğu anlamsal yapı da, kanunda gösterilmiş bulunmaktadır; Gerçekten, YİD tanımının yer aldığı m.3.a'nın verdiği yapısal açıklamanın yanında, m.7 uyarınca sözleşme süresinin tespitinde yatırımda kullanılan finansmanın ve yatırım bedelinin (kâr dahil)

---

olmasa dahi kullanabileceği tek yanlı fesih ve imtiyaz sözleşmesinde öngörülmese dahi, haiz olduğu denetim ve yaptırım uygulama yetkileri için de geçerli olacaktır. Bkz. **Günday Metin**, s. 313.

geri ödeme süresinin dikkate alınacak olması, sürenin sonunda da m.9 uyarınca, yatırım ve hizmetlerin, her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda kendiliğinden yatırım sahibine (idareye) geçeceğinin öngörülmesi, tarafların edimleri arasındaki ‘’*edim bağlayıcı*’’ unsuru, yani ‘’*ivazlılık ilişkisini*’’ ortaya koymaktadır. İşte bu hükümler ışığında, YİD’in unsurları ve bu unsurların bir araya geliş biçimlerinin kanunda sarih bir şekilde düzenlenmiş tipik bir sözleşme olduğu söylenebilecektir.

Bununla birlikte, 3996 sayılı Kanun YİD’in genel uygulamasında zorunlu olmayan unsurlara da, bunlara özel bir önem izafe edilmek suretiyle, yer vermiştir;

Bunlardan ilki, YİD sözleşmesinin imzalanmasından önce Yüksek Planlama Kurulundan izin alınmasına yönelik 4.madde olup, bu hükmün paraleli 3096 sayılı Kanun’un 3.ve 4.maddelerinde, Devlet Planlama Teşkilatının görüşü, T.C.Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararı şeklinde bir düzenleme olarak yer almış, ayrıca 3465 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin 93/4186 sayılı Yönetmelikte de bu yetkiler Karayolları Genel Müdürlüğü’nün uygun görüşü ile T.C.Bayındırlık ve İskân Bakanının onayına bırakılmıştır. Bu hükümlerin hepsinin, YİD sözleşmesinin idare tarafının kendi içindeki idari işlemler sürecine ilişkin olduğu ve dolayısıyla sözleşmenin unsurlarına yönelik bulunmadığı açıktır. Gerçekten, sözleşme imzalanıncaya kadar geçen süreçte yapılan işlemlerin tamamı idare hukukuna tabi idari işlemler olup, bunların kanunlarda düzenlenmesi idare hukukunun doğal bir gereğidir[208].

[208]**Polatkan Vahit**, Polatkan III, s.77.

YİD ile ilgili kanunlardaki idare hukuku kökenli hükümlerden bir diğeri ise, kamulaştırmaya ilişkindir. Gerçekten, 3096 sayılı Kanun m.11, 3465 sayılı Kanun m.8 ve 3996 sayılı Kanun m.10'da proje konusu tesisin inşası için kamulaştırma ihtiyacı ortaya çıktığında, kamulaştırma bedeli görevli şirket tarafından ödenmek suretiyle ilgili idarenin kamulaştırma yapacağı hükme bağlanmıştır. Esasen bu hükümler, istisna sözleşmesindeki iş sahibinin ifaya hazırlık hareketleri kapsamında, inşaat sahasının müteahhide teslimine benzetilebilecektir. Ancak, burada farklı olan nokta, yatırım sahibi idarenin bir ifaya hazırlık hareketi olarak değil, kendi asli borcunun ifası için arazinin kullanımını yatırımcıya bırakıyor olmasıdır. Gerçekten yatırım sahibi idare, yatırımcıya tanınan işletme hakkının kullanılabilmesini teminen üzerinde tesisin inşa edileceği arazinin kullanımını yatırımcıya bırakmaktadır. Ayrıca idare, kendisine ait olmayan bir arazinin de yatırımcıya tesliminin sağlanmasının taahhüt edilmekte ve kamulaştırma bedeli görevli şirketçe karşılanmaktadır. Nitekim, YİD sözleşmelerinde kamulaştırma hususunda özel hükümlere yer verilmekte ve yatırımcının ihtiyaç duyduğu arsanın temini için kamulaştırmanın yapılması idareye, ifaya hazırlık hareketinin ötesinde, bir borç olarak yüklenmektedir. Zira, YİD'teki inşa unsuru, istisna sözleşmesindekinden farklı olarak, sadece iş sahibi için bir eser yaratılmasından ibaret olmayıp, yatırımın gerçekleşmesi ve ayrıca finansmanın geri dönüşü için her iki tarafın da kendi menfaatlerini ortaya koyan sebeplerle bu tesisin işletmeye açılmasını hedeflemektedir. Bu menfaat durumuna bağlı olarak, yatırım arazisinin tesliminin sadece bir ifaya hazırlık hareketi olarak kabulü mümkün görülmemekte, inşaatı yapmak borcu yanında bu hususta hak sahibi de olan yatırımcı için yatırım arazisinin kendisine teslimini talep edebilmek hakkının varlığını kabul etmek zorunlu olmaktadır.

Kanunların özel olarak düzenlediği ve sadece kamu yatırımlarında uygulanabilecek bir başka hüküm de, tesiste üretilecek mal veya hizmetin satış bedellerinin idarece belirlenecek tarife üzerinden satılmasına ilişkindir. 3096 sayılı Kanun m.9, 3465 sayılı Kanun m.7 ve 3996 sayılı Kanun m.8 uyarınca, tarifeler görevli şirketin teklifi ve ilgili idarenin onayı ile yürürlüğe girmekte, yatırımcı da ancak bu tarife üzerinden satış yapabilmektedir. Bu nitelikte bir yetkinin yatırım sahibine tanınmasının, kural olarak, sadece kamusal yatırımlarda mümkün olabileceği açık olmakla birlikte, özel yatırımlar açısından da tarafların anlaşması ile bu şekilde satış fiyatının tespitine bir engel görünmemektedir. Her ne kadar rekabet hukuku düzenlemeleri, fiyat anlaşmaları hususunda kısıtlamalar içermekte ise de, yatırımcının belirli fiyatın altında satış yapmamayı taahhüt etmesi ve bu taahhüde aykırılık halinde yatırım sahibine karşı tazminat ödemek borcu altına girmesi düşünülebilecektir. Bir an için, proje finansman modeli olan YİD uygulamalarında işletme gelirinin yetersizliği riskinin yatırımcıya ait olması nedeniyle böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olmaması gerekeceği akla gelebilmekte ise de, kamu yatırımlarında tüketici konumundaki geniş halk kitlelerinin kamu hizmetinden eşit şekilde yararlanmalarının temin edilmesi kaygısı, özel yatırımlarda da satış fiyatının aşırı düşük tutulması ve sürümden kazanılması stratejisi uygulanarak tesisin yıpratılmasının ve işletmenin kalitesinin düşürülmesinin önlenmesi düşüncesi, satış fiyatının tespitinde yatırım sahibinin de etkin olmak istemesine yol açabilecektir.

Diğer taraftan, kamu yatırımlarında idareye tanınan tarife tespiti yetkisinin altında yatan önemli bir gerekçenin de, idarenin alım taahhüdü vermesi olduğu unutulmamalıdır. Gerçekten, 3096 sayılı Kanun m.9/3 ve 3996 sayılı Kanun m.3.a ile

idarenin alım taahhüdünde bulunabileceği ifade edilmiş, ayrıca, 94/5907 sayılı BKK m.39.a'da açıkça ''*idarece satın alınacak mal ve hizmetler*''den bahsedilmiştir. Nitekim, elektrik üretim santrallerine ilişkin YİD sözleşmelerinin ekinde enerji satış anlaşmaları yer almıştır[209]. Bununla birlikte, yatırım sahibinin (kamu yatırımlarında idarenin) alım taahhüdünde bulunması, YİD sözleşmesinin özgün yapısı ile uyumlu değildir. Zira, finansman ihtiyacının karşılanması için YİD modelini tercih eden bir yatırım sahibinin tesiste üretilecek mal veya hizmetin tamamını veya bir kısmını satın almayı taahhüt etmesi, finansman riskini ve işletme riski kısmen veya tamamen üstlenmesi anlamına gelecektir ki, bu da proje finansman tekniğinin ruhuna aykırıdır. Zira, finansmanı temin edecek olan ve işletme riskini üstlenmesi gereken taraf yatırımcıdır ve işletme hakkı sayesinde yatırımcı, işletme gelirlerinden sermayesini geri alabileceği gibi, çok büyük kâr da elde edebilecektir. Tabii ki, bu süreçte işletme gelirinin yeterli düzeye ulaşamaması ve yatırımcının zarar etmesi ihtimali de mevcuttur. Ancak, tesisin rantı belirli süre kendisine devredilen yatırımcı, bu riski üstlenmek suretiyle, harcadığı sermayeden çok daha fazla kâr elde etmek şansını elde etmektedir. Dolayısıyla, yatırımcının alım taahhüdünde bulunması, sistemin yapısına uymamaktadır. Bununla birlikte, risk oranın çok yüksek olduğu durumlarda, risk paylaşımı bağlamında, yatırım sahibi bu nitelikte bir taahhüt vermek durumunda kalabilmektedir. Enerji yatırımlarında idare doğrudan alıcı olarak, enerjinin halka dağıtımını yapabilmekte, karayolu, deniz veya hava limanı gibi yatırımlarda ise, asgari bir gelir düzeyini garanti ederek, yatırımcının ihtiyaç duyduğu teminatı sağlayabilmektedir. Özel yatırımlarda da, söz konusu olabilecek bu nitelikteki taahhütlerin hukuki niteliği ise, yatırım sahibinin doğrudan alıcı olduğu durumlarda,

[209]Enerji Satış Sözleşmesi örneği için bkz. **Güneş Cengiz**, Güneş II, s.747-752.

arda arda teslimli satış, asgari bir gelir düzeyinin garanti edilmesi ihtimalinde ise başkasının fiilini taahhüt (BK.m.110) olarak nitelendirilebilecektir.

Sadece 3996 sayılı Kanun'da yer alıyor olmakla birlikte diğer kanunlara tabi kamu projeleri için de uygulanabilen özel bir hüküm ise, yatırımcıya Hazine Garantisi verilmesidir. Gerçekten, 3996 sayılı Kanun m.11'de hükme bağlanmış olan Hazine Garantileri m.13/2 uyarınca, idarenin isteği halinde 3096 ve 3465 sayılı Kanunlara tabi işlerde de uygulanabilmektedir[210]. Bu nitelikte bir Hazine Garantisinin özel yatırımlarda söz konusu olamayacağı açık olmakla birlikte, işletme riskinin yüksek olduğu projelerde yatırımcının belirli hususlarda yatırım sahibinden garanti talep etmesi de tabii ki mümkündür. Böyle bir talep halinde, yatırım sahibinin muhtelif teminatlar sunması ve özellikle de banka teminat mektubu vermesi mümkündür. Ancak unutulmamalıdır ki, bu nitelikteki teminatlar, YİD modelinin asli bir unsuru

[210]Kamu yatırımlarında verilen Hazine Garantilerinin ayrıntılı düzenlemesi, 94/5907 sayılı BKK ile yapılmış ve Karar'ın 39 ve 40.maddelerinde garantinin kapsamı açıkça belirlenmiştir. Yatırım ve hizmetlerin özelliklerine göre idare adına Hazine tarafından, idarece satın alınacak mal ve hizmet bedelleri için ödeme yapılacağına dair garanti, yabancı finans kuruluşlarından köprü kredi[210] kullanılması halinde kısmen veya tamamen geri ödeme garantisi veya görevli şirkete şirkte köprü kredi temini hususunda yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti, tesisin veya görevli şirket hisselerinin sözleşme süresinden önce idarece devralınması durumunda (sadece yabancı finans kuruluşlarına) ana kredilerin geri ödenmesi hususunda garanti verebilmektedir.

olmayıp, projenin risk oranının normalden yüksek olması durumunda gündeme gelmektedir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun'da da Hazine Garantisi YİD modelinin bir unsuru olarak düzenlenmemiş, sadece garanti verilmesi gereken projelerde bu yetkinin hangi makamda olacağı ve garantinin kapsamı hükme bağlanmıştır. Esasen bir proje finansman modeli olan YİD'te proje konusu tesisin kendi kendisini finanse etmesi beklentisi mevcut olduğu için, yatırımcıya muhtelif garantiler verilmesi, modelin yapısı ile uyumlu değildir. Bununla birlikte, projenin iç kârlılığının veya yatırım yapılacak ülkenin istikrarının yeterli düzeyde olmaması ihtimalinde, yatırımcı işletme ve finansman riskinin tamamını tek başına üstelenmek istemeyeceği için, yatırım sahibi bu nitelikte teminatlar vermek durumunda kalabilmektedir.

Yukarıda açıklanan şekilde, özel kanunlar ile YİD sözleşmesinin tanımı, ve asli unsurları ile ayrıca, yetki, kamulaştırma, tarife tespiti, alım taahhüdü veya Hazine Garantisi gibi tali unsurları belirlenmiş, ayrıca 94/5907 sayılı BKK m.16'da YİD sözleşmesinde yer alması gereken hususlar tek tek sayılmıştır. Esasen, bu hükümde sayılan hususlardan birinin eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği açıktır. Zira, YİD sözleşmesinin tanımı 3996 sayılı Kanun m.3.a'da verilmiş olup, bu tanım haricinde her hangi bir hükümde de belirli unsurların geçerlilik unsuru olduğu belirtilmemiştir. Kaldı ki, 94/5907 sayılı BKK, bir yönetmelik olduğu için, bu Karar, her ne kadar 3996 sayılı Kanun m.4 ile verilen yetkiye istinaden alınmış ise de, Kanunda öngörülmeyen geçerlilik şartları yaratamayacaktır. Dolayısıyla, 94/5907 sayılı BKK m.16'daki düzenleme, idarenin taraf olacağı sözleşmelerin hazırlanmasında dikkate alınması gereken hususları düzenleyen ve idareye hitap eden bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Öte yandan,

3096,3465 ve 3996 sayılı Kanunlarda yer alan ''*sözleşme imzalanması*'' hükümlerinden hareketle, kamu yatırımları açısından YİD sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının bir geçerlilik şartı haline getirilmiş olduğu kabul edilebilecektir.

Bütün bu özel kanunların hepsinde yer alan ve YİD sözleşmesinin geçerliliği ile bağlantılı olduğu düşünülebilecek bir diğer hüküm de, sözleşmenin süresine ilişkindir. Gerçekten, YİD sözleşmesinin azami süresi, 3096 sayılı Kanun m.7'de 99 yıl, 3465 sayılı Kanun m.5 ile ve 3996 sayılı Kanun m.7'de ise 49 yıl olarak belirtilmiştir. Bu hükümler karşısında ve ayrıca sürenin bitiminde görevlendirmenin son bulacağının da kanunlarda açıkça belirtilmiş olması nedeniyle, bu azami süreleri aşan süreli YİD sözleşmelerinin, azami süre sonunda kendiliğinden sona ereceği, kalan sürede taraflar arasındaki hukuki ilişki devam ettirilse dahi, devam eden bu ilişkiye YİD hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak yerinde olacaktır.

Görüldüğü gibi, 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar ile getirilen düzenlemeler, esas itibariyle kamu yatırımlarını konu edinmiştir. Her ne kadar 3996 sayılı Kanun'da YİD'in esaslı unsurlarını içeren ve genelleştirilebilecek bir tanımına verilmiş ise de, kanunlardaki diğer hükümler, idarenin taraf olduğu YİD sözleşmelerini düzenlemek amacına yönelik olup, özel yatırımlarda zorunluluk arz etmeyen yetki, kamulaştırma, tarifelerin tespiti, süre, garanti verilmesine ilişkin bulunmaktadır. Özellikle risk paylaşımı hususunda, işletmenin kendi kendisini finanse etmesini hedefleyen YİD'in özgün yapısı dışına çıkılarak, yatırım sahibinin alım taahhütleri ve garantiler suretiyle finansman ve işletme riskinin büyük bir kısmını üstlenmesi esasına dayanan bu düzenlemeler, Türkiye'nin ülkesel kredibilitesine göre yapılanmıştır. Bu nedenle,

şahsi kredibilitesi yeterli olmadığı için proje finansman metodu olarak YİD'i tercih edecek olan özel kişilerin ihtiyaçları ile örtüşmeyen unsurlar da, kanunlarda asli unsur gibi yer almıştır. Dolayısıyla, anılan kanunlardaki düzenlemelerin, her türlü yatırımı ve her nitelikteki yatırım sahibini kapsayacak bir genellik ve soyutluk düzeyine ulaşmadığı, bu bağlamda YİD'in kanunla düzenlenmiş tipik bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ayrıca, tarafların borçlarının hükümlerine ilişkin bir düzenleme de bu kanunlarda yer almamış, sadece asli borçların ortaya konulması ile yetinilmiştir.

Bununla birlikte, özel kişiler arasında kurulacak YİD sözleşmeleri için de, ilişkinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde bu kanunlardaki hükümlerden yararlanılmasına da hukuken bir engel bulunmadığı düşünülmektedir.

2. YİD Tipik Bir Sözleşmenin Türevi Olarak Değerlendirilmesi

Kanuni sözleşme tipleri, iki grup içinde toplanabilmektedir; Tipleri edimin muhteva ve yüklenilme biçimine bağlı olan sözleşmeler ile tipleri güdülen gayeye bağlı sözleşmeler. Bu gruplandırmanın ikinci kısmında yer alan sözleşmelerin özelliği, bünyeleri içinde belli bir edim muhtevasının değil, fakat her türlü edim muhtevasının taahhüt edilebiliyor olmasıdır. İşte bu özellik nedeniyle de, bu sözleşmelerin tiplerinde bir değişiklik olmaksızın, tarafların çeşitli sözleşme tiplerinin edimlerini yüklenmek imkânları bulunmaktadır. Zira, bu nitelikteki sözleşmelerde, diğer tipik sözleşmelerin edimlerinin yüklenilmesine rağmen tipin anlamsal yapısında bir

değişiklik olmamaktadır. Bu nedenle, tipleri güdülen gayeye bağlı sözleşmeler açısından kanun koyucunun, unsur karışımını zımnen öngörmüş olduğu kabul edilmektedir[211].

Gerçekten, tipleri güdülen gayeye bağlı sözleşmelerin özelliği, sadece belli bir edim muhtevasının değil, her türlü edim muhtevasının taahhüt edilmesine imkân vermekte ve bu bağlamda, tipi güdülen amacın belirlediği tipik sözleşmelerde de, farklı tipik edimlerin bir araya gelmesinin kanun tarafından zımnen öngörüldüğü varsayılarak, bu sözleşmelerin tipik sözleşme niteliklerini korudukları ve aynı tipin içinde yer alan türevler olduğu sonucuna varılmaktadır. Örneğin kefalet sözleşmesinde fer'ilik unsuru tip belirleyici olduğu için, kefilin tazminat borcu yerine asıl edimi ifa etmeyi taahhüt etmesi sözleşmenin niteliğini değiştirmemektedir. Aynı şekilde, talih ve tesadüf unsurunun tip tayin edici nitelikte olduğu kumar ve bahis sözleşmelerinde veya edim borcunun ard arda ve hayat boyunca devam etmesi esasına dayanan kaydı hayatla irad sözleşmesinde de tarafların yüklendiği edimler sözleşmenin niteliğini etkilememektedir. Dolayısıyla, bu sözleşmelerde farklı tipik edimler bir araya gelse dahi bu durum, kanunun öngörmediği tarzda bir birleşim olmadığı için, bir karışık muhtevalı sözleşme söz konusu olmamakta ve bu nedenle, tipleri güdülen gayeye bağlı olan sözleşmelerde farklı tipik edimler yer almakla birlikte, bu durum, asıl sözleşmenin hükümleri ile tipik edimlerin alındığı tipik sözleşmelerin hükümlerinin bir arada uygulanmalarının bir çatışma yaratmasına neden olmamaktadır[212]. Halbuki, sadece edim muhtevasının ve yükleme biçiminin tip belirleyici olduğu

[211] **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.68.

[212] **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.68-71.

sözleşmelerde, sözleşme unsurlarının bir arada bulunmaları, kendilerine özgü bir anlamsal yapı içindedir ve bu anlam yapısını değiştirecek her farklı kombinasyon, yeni bir karışık muhtevalı sözleşme yaratacaktır[213].

Bu noktada, YİD'in kanunla düzenlenmiş, ancak tipini sözleşme ile güdülen gayenin belirlediği tipik bir sözleşmenin çatısı altında farklı tipik edimlerin bir araya gelmesi ile oluşan bir türev olup olmadığı sorusu cevaplandırılmalıdır. Bir başka ifade ile, YİD'in bizatihi kendisi bir tip olmayıp, mevcut tipik sözleşmelerden birinin kanunun zımnen öngördüğü bir türevi midir?

Bu sorunun cevaplanabilmesi için öncelikle, YİD'in finansman amacı etrafında yapılanan tipik edimleri itibariyle, finansman gayesine yönelik bir tipik sözleşmenin türevi olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Ancak böyle bir tespitin yapılabilmesi, gayesi finansman temini olan tipik bir sözleşmenin mevcut olmasına bağlıdır. Halbuki, Borçlar Kanunu veya bir başka kanunda bu amaca göre yapılanmış genel bir sözleşme tipi düzenlenmiş değildir. Gerçekten, kanun koyucu, bu nitelikte güdülen amacı esas alan bir tip yaratmak yerine, finansman amacı yanında başka kurucu unsurlara bağlanmış muhtelif tipler öngörmeyi tercih etmiştir. Örneğin, karz sözleşmesinde para veya misli bir şeyin iade edilmek üzere verilmesi (BK.m.306), başkasının fiilini taahhüt sözleşmesinde, üçüncü bir şahsın taahhüdünü yerine getirmemesinden doğan zararın karşılanmasının mücerret olarak taahhüt edilmesi (BK. m.110), kefalette ise borçlu olan üçüncü şahsın borcunu ifa etmemesi halinde tazminat ödeneceğinin, asıl borca tabi olarak (fer'i) taahhüt edilmesi (BK.m.485),

[213]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.102.

finansal kiralamada, kiracının seçtiği bir yatırım malının kiralayan şirket tarafından temin edilerek kiracıya teslimi ve asgari feshedilmezlik süresinde malın temin bedelinin kira bedeli olarak ödenmesi (3226 sayılı Kanun m.4) vb. öngörülerek sözleşme tipleri yaratılmış olmasına karşın, amacı finansman temini olan bir tip düzenlenmemiştir. Dolayısıyla YİD'in, gayesi finansman temini olan tipik bir sözleşmenin türevi niteliğindeki tipik bir sözleşme olmadığı açıktır.

Bununla birlikte, edim bağlayıcı unsuru yukarıda anılan sözleşmelerdekinden farklı olarak, sinallagma değil de, societas olan şirket sözleşmesinin çatısı altında farklı tipik edimlerin bir araya gelmesinin de tipin yapısını bozmadığı dikkate alınarak, YİD'in şirket sözleşmesinin bir çeşitlemesi olabileceği de akla gelebilecektir[214]. Acaba YİD de, farklı tipik edimlerin societas unsuru ile bağlandığı bir karışık muhtevalı sözleşme olabilir mi? Esasen, societas unsuru, genel bağlayıcı unsur olan ivazlılığın bir alt ayrımı olarak ortaya çıkmakta ve ortak amacın gerçekleşmesine hizmet edecek herhangi bir edim taraflarca yüklenilebilmektedir. Ancak, YİD'in finansman unsuru, şirket sözleşmesindeki ortak amaç unsurundan farklılık göstermektedir. Zira şirket sözleşmesinde taraflar, edimlerini karşılıklı olarak değişmek (sinallagma) yerine, ortak amaca (societas) erişebilmek için aynı yönde faaliyete girişmekte, yani edimlerini bu ortak gayenin gerçekleşmesini teminen ifa etmektedirler. Bu yapıda ivaz, sinallagmatik sözleşmedekinden farklı olarak, vasıtasız değil, ortak amaca erişilmesi yoluyla (kâr elde etmek gibi) yani vasıtalı şekilde elde edilmektedir[215]. İşte bu noktada, YİD'in farklı tipik edimlerin edim

[214]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.69.

[215]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.72-73.

bağlayıcı unsuru olarak societas ekseninde buluştuğu bir sözleşme olmadığı görülecektir. Zira, YİD'in tarafları, ortak bir gaye etrafında değil, karşılıklı, zıt gayelerle bir araya gelmektedirler. Dolayısıyla yatırımcının "*finansman temini*" ve ''*inşa*'' edimleri ile yatırım sahibinin "*işletme hakkı temini*" edimi ortak bir gayenin gerçekleştirilmesine hizmet etmemekte, yatırımcı, özkaynağından veya dış kaynaktan sağladığı fonu en fazla kâr elde edebileceği şekilde değerlendirmek amacıyla hareket ederken, yatırım sahibi, projesinin gerçekleşmesi amacıyla bu hukuki ilişkiye girmektedir.

Esasen, YİD'in tipi güdülen gayeye göre belirlenmiş mevcut bir tipik sözleşmenin türevi olarak kabulü, yukarıda açıklanan nedenlerle, mümkün olmadığı gibi, bizatihi kendisi de tipi güdülen gayeye bağlı bir sözleşme değildir. Gerçekten, kumar ve bahis sözleşmeleri, şirket sözleşmeleri, kaydı hayat ile irad veya kefalette, sözleşmenin niteliğini belirleyen *''amaç''* unsuru olmakta ve bu amaca ulaşmak için tarafların mutlaka belirli bir edimi yüklenmeleri veya yüklendikleri edimi mutlaka belirli bir biçimde yerine getirmeleri, sözleşmenin niteliği açısından bir zorunluluk arz etmemekte[216], buna karşın YİD modelinde, finansmanın ne şekilde temin edilebileceği ve ne şekilde geri ödenebileceği belirlenmiş bulunmaktadır. Bir başka anlatımla, YİD'te finansman amacının gerçekleştirilmesi, tarafların belirli edimleri belirli bir şekilde yerine getirmesi ile ortaya çıkmakta, her hangi bir şekilde finansman ihtiyacının giderilmesi, YİD kapsamında değerlendirilememektedir.

[216]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.60-61.

Dolayısıyla, tipi güdülen gayeye bağlı sözleşmelerde, çok farklı nitelikte tipik edimlerin bir araya gelmesi, tipin dışına çıkılması anlamına gelmiyor iken, inşa ve işletme unsurları dışında kalan, farklı nitelikte tipik edimlerin finansman amacıyla kullanılması halinde YİD modelinden uzaklaşılmış olacaktır. Bu nedenle YİD, her ne kadar proje finansmanı üst başlığı altında ele alınmakta ise de, finansmanın yaratılması herhangi bir edim vasıtasıyla değil, ancak belirli edimlerin bir araya gelmesi suretiyle mümkün olabildiği, bir başka anlatımla, yapım, işletme ve devir süreçlerini içermeyen bir finansman aracı, YİD modeli dahilinde kabul edilemeyeceği için, YİD'in tipi güdülen gayeye bağlı bir sözleşme olduğu da söylenemeyecektir.

3. YİD'in Bileşik Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi

YİD'in, finansman, inşa ve işletme unsurlarının tipik edimleri çağrıştırıyor olması nedeniyle, bir sözleşmeler birleşimi, bir başka ifade ile bileşik sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir[217]. Esasen, birden fazla bağımsız sözleşmenin bu niteliklerine halel gelmeksizin, tarafların iradeleriyle birbirlerine, birinin varlığı ve geçerliliği diğerininkine bağlı olacak şekilde bağlanması ile kurulan bileşik sözleşmelerin[218], bir sözleşmeden doğan borçların kapsamının diğer sözleşmeden sağlanmış menfaatlerin göz önüne alınması suretiyle tayin edilen hallerde de mevcut

[217]Sirmen, YİD modelinin uygulanmasın için karma sözleşmeler yanında bileşik sözleşmelerden de yararlanıldığını ifade etmiştir. Bkz. **Sirmen Lale**, s.11.

[218]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan III, s.75.

olduğu kabul edilebilmektedir[219]. İşte bu özellik nedeniyle, YİD'in finansman, inşa ve işletme unsurlarının da, bağımsız üç ayrı sözleşmenin bir araya gelmesi suretiyle ortaya çıktığı ileri sürülebilecektir. Ayrıca, iki taraflı bağlılığın olduğu bileşik sözleşmelerde bir araya gelen her bir sözleşmenin herhangi birinin geçerliliğinin diğerlerinin geçerliliğine bağlanması söz konusu olduğu için, YİD'in de, üç tipik sözleşmenin bir araya gelerek oluşturduğu, bileşik bir sözleşme olduğu ve her birinin aynı hukuki akibete bağlı kılınması suretiyle bu sözleşmelerin bir bütün haline getirildiği savunulabilecektir.

Ancak bu noktada, YİD'in her bir unsuru bağımsız birer sözleşme olarak ortaya çıkmadığı, zira unsurlar ile benzerlik gösteren sözleşmelerin edim karşı edim yapısının YİD içinde yer almadığı gözden kaçırılmamalıdır;

Her şeyden önce finansman unsuru, ödünç akdindekinden büyük farklılık göstermektedir. Zira, BK.m.306 uyarınca ödünç, belli bir miktar paranın veya diğer bir misli şeyin ödünç alan kimseye iade edilmek üzere verilmesini ve ayrıca ticari işlerde faiz de ödenmesini gerektiren bir sözleşme tipi iken, YİD sözleşmesinde, yatırım sahibine verilen belli bir miktar para veya misli bir şey bulunmamaktadır. Kaldı ki, yatırım sahibinin bir iade borcu da bulunmamaktadır. Ayrıca YİD modelinde yatırım sahibine bir gayrinakdi kredi kullandırılması söz konusu olmadığı için, BK.m.110 anlamında bir garanti sözleşmesi de mevcut değildir.

[219]Tandoğan Haluk, Le nullite, l'annulation et la resiliation partielles des contrats, these. Geneve 1952, s.230, naklen **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.104.

Öte yandan, finansmanın yatırım sahibine doğrudan bir kaynak aktarımı suretiyle değil, daha farklı bir şekilde sağlandığı finansal kiralama sözleşmesinin YİD ile benzerliği göz önüne alınarak, finansman unsurunun bu sözleşme tipinin bir yansıması olduğu düşünülebilecektir. Ancak bu noktada, finansal kiralama şirketinin yatırım konusu mala ilgisizliği ve malı seçen ve kullananın kiracının kendisi (yatırım sahibi) olduğu unutulmamalıdır. Gerçekten, finansal kiralamada yatırım sahibi, ihtiyacı olan malı seçip bu malın alımı için kiralama şirketinden talepte bulunmakta ve kiralama şirketi, malı üreticiden satın alıp malın kullanımını kiracıya bırakmakta, kiralama şirketinin elinde bulundurduğu mülkiyet hakkı da, tamamen teminat amacına yönelik olduğu için ekonomik mülkiyet olarak değerlendirilmektedir[220]. Halbuki YİD modelinde yatırım sahibi değil, yatırımcı, proje ile doğrudan ilgilenmekte ve tesisin inşası için gerekli olan her türlü yatırım malını bizzat temin ederek inşaatı tamamladıktan sonra, kendisine tanınan sürede tesisi kendisi işletmektedir. Bu durumda, YİD ile finansal kiralama sözleşmesinin benzerliği hukuki amaç benzerliğinden ve ayrıca nakdi veya gayrinakdi kredi kullanımı olmaksızın finansman temini usullerinden olmaktan öteye gitmemekte, bu iki sözleşmede finansmanın yaratılmasındaki usuller birbirinden çok büyük farklılıklar göstermektedir.

Bir diğer ihtimal olarak, sonuca katılmalı ödünç ile YİD'in benzerlik gösterdiği ileri sürülebilecektir. Nitekim, sonuca katılmalı ödünç de, başkasına ait bir iktisadi ürüne,

---

[220]**Kuntalp Erden**, Kuntalp VII, s.262-266; YHGK. 31.1.2001 T., E.2000/10-1789, K.2001/6, bkz.YKD.Temmuz 2001, s.976; Y. 4.HD., 2.6.1992 T., E.1991/3276 E.,K. 1992/7309, bkz., YKD., Eylül 1992, s.1353;

bu ürünün meydana gelmesinde yardımı bulunan bir diğer kişinin katıldığı bir hukuki işlemdir. Burada ödünç alanın amacı, sermaye temini, ödünç verenin amacı da parasını kârlı bir şekilde çalıştırmaktır[221]. Borçlar Kanunu'nda iştirakli kira (BK.m.270/II) ve ücretle birlikte kârdan hisse verilen hizmet sözleşmelerinde (BK.m.323/II) de görülen bu hukuki yapıda, bir tarafın kâr olarak ortaya çıkardığı sonuca diğer tarafın katılımı söz konusu olmaktadır. Nitekim, iştirakli kirada, kiracının kârına kiralayan, işverenin kârına da işçi katılmaktadır. Bu şekilde bir paylaşımın tercih edilmesindeki neden ise, kâr olarak ortaya çıkan kârın oluşumunda bundan pay alan karşı tarafın da dolaylı bir katkısının bulunduğunun kabul edilmesidir. Bu hukuki model, karz sözleşmesinde de sonuca katılmalı ödünç şeklinde uygulanmakta ve sözleşme serbestisi dahilinde, faiz yerine bir kâr payı ödenmesi kararlaştırılmaktadır. Özellikle, ortaklık ilişkisinin zarar riskini üstlenmek istemeyen sermayedar için cazip bir yöntem olan sonuca katılmalı ödünçte, ödünç veren kredilendirdiği yatırımın sadece kârına ortak olmakta, buna karşın zararına katılmamaktadır. Bu modelin ödünç alan açısından yararı ise, zarar halinde dahi faiz ödemek zorunluluğundan kurtulmak ve sadece kâr elde ettiğinde ödünç verene ödemede yapmak imkânıdır. İşte bu yapısı ile sonuca katılmalı ödünç, ''*bir miktar paranın belirli amaçla kullanılmak üzere mülkiyetinin ödünç alana devredildiği, ödünç alanın da ödünç verene bu kullanımdan elde edeceği kârdan belli bir miktar pay vermeyi ve sözleşmenin süresi sonunda aynı miktar parayı iade etmeyi taahhüt ettiği*'' karşılıklı bir borç ilişkisi olarak tanımlanmaktadır[222]. YİD modelinde de,

[221]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.74-75.

[222]**Kuntalp Erden**, Kuntalp III, s.5-8; Tandoğan ise, bu işlemi, ''*bir teşebbüse (münferit tacir veya ticaret ortaklığı) bir miktar para ödünç verilir ve faiz yerine*

yatırımcının harcadığı sermayeyi yatırım konusu tesisin işletme gelirinden geri alacağı dikkate alındığında, iki sözleşme arasında bir benzerlik bulunduğu kolayca söylenebilecektir. Nitekim, sonuca katılmalı ödünçte de, ödüncün kullanım amacı, sözleşmenin bir unsuru olmakta ve ödünç alanın sözleşmede gösterilen amaç için bu parayı kullanıyor olması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu amaç bir çerçeve niteliğinde olmakta ve ödünç alan bu amaç içinde kalmak kaydıyla, ödüncün kullanım biçimini ve yerini seçmekte serbest kalmaktadır. YİD ilişkisinde de, temin edilen finansmanın belirli bir yatırımın gerçekleştirilmesi için kullanılması gerekmekte ve finansmanın bu amaç doğrultusunda kullanımı kaydıyla yatırımcı, paranın kullanımında serbest olmaktadır. Öte yandan, bu noktadaki benzerliğe rağmen, sonuca katılmalı ödüncün asıl tipik unsuru açısından iki model arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, sonuca katılmalı ödünçte, ödünç verenin, ödünç alanın bu para ile girişeceği faaliyetin kârından pay alması söz konusu olurken, YİD'te lehine finansman temin edilen yatırım sahibinin bir faaliyete girişmesi ve kâr elde etmesi gibi bir durum hiç mevcut değildir[223]. Zira, finansmanı işletecek ve yatırımı gerçekleştirecek olan, YİD modelinde yatırımcının (finansman temin eden tarafın, yani ödünç verenin) kendisidir. Dolayısıyla YİD'te işletme riskine katlanan da, finansmandan nihai olarak yararlanan (yatırım sahibi) değil, finansmanı bizzat kullanan (yatırımcı) olmaktadır. Ayrıca, sonuca katılmalı ödünçte, ödünç alanın şarta bağlı bir karşı edimi (kâr doğduğunda kâr payı ödemek) mevcut iken, YİD'te yatırım sahibinin karşı edimi, yatırım sahibine işletme hakkı tanımak

---

kârdan bir pay alınır'' şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s. 334.

[223]Krş. **Kuntalp Erden**, Kuntalp III, s. 8-10; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.335.

olup, bu borç da bir şarta bağlı değildir. Buna bağlı olarak da, ödünç alanın borcunun miktarının tespiti, faaliyetin yaratacağı kâra yani, talih tesadüfe bağlı iken, yatırım sahibinin karşı edimi sabittir ve sözleşmede kararlaştırılan sürede tesisin işletme hakkı yatırımcıya tanınacaktır. Bununla birlikte, yatırımcının elde edeceği işletme gelirindeki belirsizlik nedeniyle, YİD'te de talih tesadüf unsurunun varlığı ileri sürülebilecektir. Ancak buradaki talih tesadüf, karşı edimin miktarının tespitinde değil, belki yatırımcıya sağlayacağı menfaatin miktarında olabilecektir. Bütün bunların yanında, sonuca katılmalı ödünçte ödünç veren zarara katılmadığı için, ödünç alanın ana parayı her durumda iade etmek borcu bulunurken, yatırım sahibi için, sözleşme süresi sonunda, yatırımcıya bir finansman iadesi borcu mevcut değildir[224]. Bu hususlar dikkate alındığında, iki sözleşmenin benzerliğinin yüzeysel olduğu, YİD'in sonuca katılmalı bir ödünç olmadığı da kolaylıkla anlaşılmaktadır. Bu itibarla, finansman unsuru açısından YİD modelindeki usulün özgün bir niteliği bulunduğu kabul edilmeli ve bu unsur nedeniyle her hangi bir tipik akdin gölgesinin YİD içinde aranması gereksiz sayılmalıdır.

Aynı şekilde, konuya YİD'in inşa unsuru açısından yaklaşıldığında da hukuki ilişki içinde müstakil bir istisna sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir. Esasen, BK.m.355 uyarınca istisna sözleşmesinde müteahhidin iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imal etmeyi borçlanıyor olması ve YİD sözleşmesinde de yatırımcının proje konusu tesisi inşa etmek borcu altında olması, istisna ile YİD arasında bir benzerlik yaratmaktadır. Ancak, BK. m.364 uyarınca iş

[224]Krş. **Kuntalp Erden**, Kuntalp III, s.12-13; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.336.

sahibinin ‘’*işin parasını*’’ ödemek borcu bulunmakta ve teslim anında bu borç muaccel hale gelmekte, buna karşın, YİD modelindeki yatırım sahibinin ‘’*işin parasını ödemek borcu*’’ bulunmadığı gibi, proje konusu tesisin teslimi yerine, yatırımcıya tanınan işletme süresi sonunda artık bir işletme haline gelmiş tesisin devri söz konusu olduğu için, yatırım sahibinin teslim karşılığında muaccel olan her hangi bir borcu bulunmamaktadır. Bu noktada ortaya çıkan farklılık, YİD modelindeki edim karşı edim dengesinin özgün yapısından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, projenin gerçekleştirilmesi için harcanacak sermeyenin geri alınması ile yatırımcının beklediği kârın elde edilmesi, yatırım sahibinin bir geri ödeme borcu ile değil, daha farklı nitelikteki ‘’*sağlama*’’ borcu ile gerçekleşmektedir. Bir başka ifade ile, yatırım sahibi proje konusu tesisin işletilmesi hakkını belirli bir süre yatırımcıya vermek suretiyle, işletme gelirlerinden sermayenin ve kârın alınmasına imkân verecek bir rant sağlamış olmakta, bu suretle sağlama borcunu ifa eden yatırım sahibinden başka bir ödeme talep edilememektedir. Dolayısıyla, YİD modelindeki eser inşası unsuru istisna sözleşmesi ile benzerlik göstermekte ise de, işin parasının ödenmesi noktasında hiç bir benzerlikleri bulunmamaktadır. Tabii ki bu farklılığın, iki farklı sözleşme tipinin bir arada bulunmasının doğal bir sonucu olduğu, yani istisna sözleşmesindeki işin parasının hasılat kirasındaki kira bedeli ile ödenmesinden kaynaklandığı ileri sürülebilecektir. Ancak, YİD sözleşmesinin yapısında, takas suretiyle karşılıklı bedel (iş parası) borcu ile kira bedeli borcunun sona erdirilmesi de söz konusu değildir. Gerçekten, YİD modelindeki yatırım sahibinin şahsen sorumlu olduğu bir bedel (iş parası) borcu olmadığı gibi, yatırımcının da işletme döneminde kira borcu bulunmamakta, dolayısıyla takas hiç söz konusu olmamaktadır. YİD yatırımcısı, işletme gelirlerinden sermayesini geri

almak ve kâr elde etmek imkânına sahip olmakla birlikte, kural olarak, yatırım sahibinin bu hususta yatırımcıya verdiği bir garanti bulunmadığı için, finansman riski ve işletme riski yatırımcının üzerinde kalmakta, işletmeden yeterli gelir elde edilememiş olsa dahi yatırım sahibi, herhangi bir ödeme yapmaksızın, işletme süresinin sonunda tesise sahip olmaktadır.

İlişkinin bu yapısı gösteriyor ki, işletme unsuru açısından da, YİD'in içinde BK.m.270 anlamında müstakil bir hasılat kirası sözleşmesi mevcut değildir. Her ne kadar, hasılat veren bir malın kullanılmasının ve semerelerinin toplanmasının nakit veya devşirilecek semere veya hasılatın bir hissesi karşılığında kiracıya bırakıldığı hasılat kirası sözleşmesi ile proje konusu tesisin rantının elde edilmesi amacıyla yatırımcıya işletme hakkı tanınan YİD sözleşmesi arasında büyük bir benzerlik bulunduğu inkâr edilemez ise de, bu benzerlikte gözden kaçırılmaması gereken önemli bir nokta bulunmaktadır. Gerçekten, hasılat kirasında kiralayan hasılat getiren bir malı kiracının kullanımına bırakmakta iken, YİD sözleşmesinde yatırımcıya teslim edilen, sadece bir yatırım arazisi ve inşa edilecek bir proje olmakta ve hatta çoğu zaman proje dahi yatırımcı tarafından yapılmaktadır. Bir an için, inşaat dönemi sonunda kesin kabul yapılan hallerde, işletme dönemine başlamadan önce yatırım sahibi tarafından tesisin teslim alındığı ve tekrar işletilmek üzere yatırımcıya teslim edildiği akla gelebilecek ise de, YİD modelinde çoğu zaman kesin kabulün işletme dönemine başlandıktan sonra yapıldığı ve daha önce yapılan kesin kabullerde de tesisin yatırım sahibine teslim edilmediği dikkate alındığında, böyle bir yaklaşımın doğru olmayacağı da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, YİD modelinde, finansman unsuru, inşa unsurunun gerçekleştirilmesini sağlarken, işletme unsuru da, finansmanın geri ödenmesine hizmet etmekte ve işte bu yapı içinde finansman sözleşmesindeki geri ödeme borcu, inşaat sözleşmesindeki bedel (iş parası) borcu ve hasılat kirasındaki kira bedeli borcu doğmamakta, dolayısıyla müstakil niteliği haiz üç ayrı sözleşmenin varlığından bahsedilememektedir. Bu nedenle de, YİD'in bileşik bir sözleşme olduğu kabul edilemeyecektir.

Öte yandan, YİD uygulamasında yatırımcı ile yatırım sahibi arasında inşa ve işletme dönemlerini düzenleyen iki veya daha fazla ayrı sözleşmenin imzalandığı uygulamaların varlığı da bilinmektedir[225]. Ancak bu şekilde uygulama yapılan hallerde dahi, bir çatı sözleşme bulunmakta ve bu sözleşmede görevli şirkete yatırımın finansmanının temini suretiyle inşası görevi ile birlikte tesisin işletilmesi

[225]Kaplan, YİD modelinin uygulanmasında her aşama için ayrı bir sözleşme imzalandığını ifade etmekte ve inşaat sözleşmesi, işletme sözleşmesi ile devri sözleşmesi imzalanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte, uygulamada üç ayrı sözleşme hazırlanmadığını ve tek bir Uygulama Sözleşmesi içinde tarafların hak ve borçlarının topluca düzenlendiğini de belirtmektedir. Ayrıca, YİD projelerinin gerçekleştirilebilmesi çok yönlü bir iş olduğu için, projenin her bir aşamasında birden fazla ek sözleşmeler de imzalanmakta ve bunlar ''*yığın sözleşme, yumak-örgü sözleşme- uydu sözleşme*'' denilebilmekte, temel edimleri kapsayan temel sözleşmeye de ''*galaksi sözleşme*'' denilmektedir. Bkz. **Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s. 22-27; aynı husus hakkında bkz. **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.32; **Yılmaz Osman**, s.21-22.

hakkı tanınmakta, ayrıca imzalanan ikincil sözleşmelerde de bu unsurların ayrıntıları düzenlenmektedir. Dolayısıyla, bu ihtimalde de YİD ilişkisinin ana yapısı bu çatı sözleşmede oluşmakta ve bu sözleşmenin kendisi de, yukarıda açıklanan nedenlerle, bileşik sözleşme niteliğinde olmamaktadır. Nitekim, ülkemizde tek bir metin içinde bütün hususların düzenlendiği bir sözleşme imzalanması suretiyle YİD uygulaması yürütülmüştür.

Bununla birlikte, YİD sözleşmesinden doğan borçların ifasını teminen, yatırımcı ile üçüncü kişiler arasında imzalanan sözleşmeler (müteahhit firma ile müteahhitlik sözleşmesi, kredi kuruluşları ile kredi sözleşmeleri, işletmeci şirket ile işletme sözleşmesi vd.) açısından konuya yaklaşıldığında ise, bu sözleşmelerin geçerliliğinin YİD sözleşmesinin geçerliliğine bağlı kılınması suretiyle bileşik sözleşmeler yaratıldığı söylenebilecektir. Gerçekten, imzalanmış YİD sözleşmelerine bu yönde kayıtlar konulduğu gibi, 3996 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkartılan 94/5907 sayılı BKK'nda da ''*diğer sözleşmeler: uygulama sözleşmesine bağlı olarak imzalanan ve uygulama sözleşmesi hükümlerine aykırı hükümler ihtiva etmeyen sözleşmeler*'' tanımına yer verilmiş (m.3.g), sözleşmede yer alması zorunlu hususlar arasında ''*diğer sözleşmeler*'' de sayılmış (m.16.31,m.32), YİD sözleşmesinin yürürlüğe girmesi diğer sözleşmelerin imzalanması koşuluna bağlanırken (m.33), görevin devri halinde diğer sözleşmelerin de devredilmiş olacağı (m.25) ve YİD sözleşmesi feshedildiğinde diğer sözleşmelerin de feshedilmiş sayılacağı (m.26) hükme bağlanmıştır.

4. YİD'in Karışık Muhtevalı Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi

Kanundaki sözleşme tiplerine ait unsurların kanunun öngörmediği bir yapı içinde bir araya gelmesi ve tek bir sözleşme oluşturması suretiyle meydana gelen karışık muhtevalı sözleşmeler, kendilerine has menfaatler dengesi, amaç ve nitelikleri içinde değerlendirilmelidir[226]. Bu bağlamda, karışık muhtevalı sözleşmelerin bir unsurlar bütünü olarak değerlendirilmesi ve unsurlardan birinin bütünden ayrılması halinde sözleşmenin yapısal biçiminin zedeleneceğinin ve hatta yıkılacağının bilinmesi gerekmektedir[227].

YİD sözleşmesindeki inşaat ve işletme unsurları da, kanuni sözleşme tiplerinde (istisna ve hasılat kirası sözleşmeleri) mevcut olan unsurlar ile benzerlik göstermektedir. Ancak, bu iki tip unsuru, tipik sözleşmelerin karşı edimleri olan bedel (iş parası) ve kira bedeli ödemek unsurları olmaksızın YİD içinde yer almaktadır. Bu yapı nedeniyle, tip tayin edici unsurlara dokunulmaksızın yalnız zaruri unsur üzerinde yapılacak değişiklikle, bir başka ifadeyle bir sözleşmenin tipik edim borcu karşılığında başka bir sözleşmenin tipik edim borcunun yüklenilmesi suretiyle karışık muhtevalı sözleşme yaratılabileceğinden hareketle[228], YİD'in de bir karışık muhtevalı sözleşme olduğu ileri sürülebilecektir. Nitekim doktrinde de, her

---

[226]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan III, s.68 ve 74; **Oktay Saibe**, s.273-274; Kuntalp, kanunun öngörmediği biçimde, kısmen veya tamamen kanuni akit tiplerinin birleştirilmesini yeterli görmektedir. Bkz. **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.102.

[227]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.63.

[228]**Bilge Necip**, s.14; **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.79; **Oktay Saibe**, s.274.

ne kadar YİD'in bir sözleşme olduğu açıkça ifade edilmemiş ise de, YİD modelinin istisna ve hasılat kirası karışımı bir sözleşmeyle uygulanabileceğini kabul etmiştir[229]. Ayrıca bir karışık muhtevalı sözleşme olarak kabul edilen arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmelerinin[230] de YİD ile bir benzerlik arz ettiği, zira her iki sözleşmede de bir tarafın inşa ediminin karşısında, para borcu yerine başka bir tipik edimin yer aldığı, işte bu benzer yapı itibariyle YİD'in de bir karışık muhtevalı sözleşme olduğu sonucuna varılması gerektiğinin düşünülmesi de muhtemeldir.

Ancak, YİD modelinin özgün yapısında, tipik edimler karşı karşıya gelmemekte, inşa ve işletme edimleri aynı taraf üzerinde bulunmaktadır. Gerçekten, inşaatın yapımı ve tesisin işletilmesi yatırımcının tarafından yerine getirilen tipik edimler iken, yatırım sahibinin karşı edimi, sadece yatırımcıya işletme hakkı tanımak ve bu hakkın kullanılabilmesi için yatırım arazisini teslim etmektir. Ayrıca, ''*işletme*'' yatırımcı açısından, esas itibariyle, bir borcun konusunu teşkil eden bir edim olmayıp, aksine bir hak niteliğindedir. Dolayısıyla, YİD modelinde iki tipik sözleşmenin tipik edim borcunun karşı karşıya gelmesi suretiyle oluşan ve karışık muhtevalı bir sözleşmenin

---

[229]**Sirmen Lale**, s.12; **Şenyüz Doğan**, s.12; **Yerlikaya Gökhan Kürşat**, s.151.

[230] 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**, s.23-26.

varlığından söz edilemeyecektir. Bir an için, yatırımcının inşa ve finansman edimlerinin karşısında, yatırım sahibinin işletme hakkı tanımasının ‘’*iki tipik edimin karşı karşıya gelmesi*’’ olarak kabul edilebileceği varsayılacak olsa dahi, yatırım sahibinin ediminin istisna sözleşmesindeki iş sahibinin ‘’*bedel*’’ borcunun yerine geçen, belirli bir parasal değer olmadığı dikkate alındığında, yine bir karışık muhtevalı sözleşmenin mevcut olmadığı görülecektir. Zira, örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhit inşaatı yapıp teslim ettiğinde, bu inşaat için harcadığı malzeme ve emeğin karşılığı olarak, arsa sahibinden ‘’*götürü bedel*’’ olarak sözleşmede belirlenen sayıda bağımsız bölüm veya belirli bir oranda arsa payı almakta, daha sonra bunları dilerse üçüncü kişilere satarak ayrıca kâr elde etmektedir. Dolayısıyla, iş sahibi bedel borcunu, para yerine geçen ve belirli bir parasal değeri olan bir başka edim ile ödemiş olmaktadır. YİD ilişkisinde ise, BK.m.365 uyarınca işin karşılığı kesin olarak, götürü bir ücret şeklinde belirlenmediği gibi, ücretin ‘’*evvelce kararlaştırılmadığı veya takribi bir surette kararlaştırıldığı(ndan)’’* bahisle BK.m.366’ya göre ‘’*yapılan şeyin kıymetine ve yapılan şeyin masrafına göre*’’ bir bedel tayini de söz konusu değildir. Zira, yatırımcının ‘’*işin bedelini ödemek*’’ taahhüdü bulunmamakta ve dolayısıyla işletme hakkının verilmesi de, işin bedelinin ödenmesi için kararlaştırılan, para yerine geçen bir edim niteliğinde olmamaktadır. Yatırımcı, tesisin inşasını bitirdiğinde veya daha sonraki aşamalarda, yatırım sahibinden inşa ettiği tesis için kullandığı malzemenin ve emeğin karşılığı olarak bir bedel, parasal bir bir karşılık alamamakta, sadece kâr etme beklentisine istinaden işletme hakkı elde etmektedir. Bir başka ifade ile, yatırım sahibinin bedel ödeme borcu bulunmadığı için, ‘’*işletme hakkı tanınması*’’ edimi, istisna sözleşmesindeki ‘’*bedel*’’ ödeme ediminin yerini almış olmamaktadır.

Gerçekten, yatırımcıya verilen işletme hakkı, inşaat maliyetinin ve yatırımcının emeğinin objektif değerini veya yatırımcının razı olacağı bir subjektif değerinin karşılığı olmak unsuru içermemekte, sadece bu ihtimali içeren bir imkân yaratılmaktadır. İşte kendisine tanınan bu imkân itibariyle yatırımcı, kişisel işletme becerilerine ve genel ekonomik şartlara bağlı olarak müteahhide nazaran daha fazla kâr elde etmek veya inşaat maliyetini dahi geri alamamak ihtimalleri arasında kalmaktadır. Zaten bu risk unsuru nedeniyle YİD ilişkisinin yapısı da, tipik sözleşmelerden farklılaştığı gibi, bünyesinde barındırdığı tipik edimlerin mahiyetlerinde de değişiklik oluşmaktadır.

YİD'in, farklı tipik edimlerin edim-karşı edim (sinallagma) ilişkisinin bağlayıcı unsur teşkil ettiği bir karışık muhtevalı sözleşme olmadığı bu şekilde tespit edildikten sonra, karışık muhtevalı sözleşme bağlamında yapılacak son bir değerlendirme ise, YİD'in birden fazla tipik edimin aynı tarafça yüklenildiği bir karışık muhtevalı akit sayılıp sayılmayacağıdır. Örneğin, pansiyon sözleşmesinde bir taraf oda tahsisi (kira), yiyecek-içecek verilmesi (satım) ve odanın bakımını (hizmet) üstlenirken, karşı taraf para borcu altına girmekte ve bir karışık muhtevalı sözleşme oluşmaktadır[231]. İnşaatın planını ve hesaplarını yapmayı ayrıca inşaata nezaret etmeyi taahhüt eden mimar da, iki tipik edim (istisna ve vekalet) üstlenmekte ve karşı taraf, belirli bir miktar ücret ödeme borcu altına girmekte, bu şekilde kurulan mimarlık sözleşmesi ise bir karışık muhtevalı sözleşme sayılmaktadır. Keza dişçilik sözleşmesinde de diş yapımı (istisna) ve tedavi (vekalet) edimleri tek taraf üzerinde toplanmakta ve karşı taraf renksiz edim olarak belli bir miktar para ödemekte olup,

[231] **Oktay Saibe**, s.274.

bu sözleşmenin karışık muhtevalı olduğu kabul edilmektedir[232]. Bu örnekler ışığında, acaba YİD de yatırımcının üstlendiği finansman ve inşaat edimleri nedeniyle bir tarafın "*birden fazla tipik edimi aynen üstlendiği*" karışık muhtevalı bir sözleşme sayılabilecek midir? Bu noktada, yatırımcının edimlerinden biri olan finansmanın tipik bir edim olmadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira finansman, bir hukuki amaç olup, çok farklı edim tipleriyle sağlanabilmektedir. YİD modelindeki finansman da, kanuni finansman tipleri olan ödünç veya üçüncü şahsın fiilini taahhüt veya taksitle satımın tipik edimleriyle değil, tesisin inşası ve daha sonra işletilmesi suretiyle sağlanmaktadır. Öte yandan, tipik edim borçlarının tamamının kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait olmasının gerekmediği, bunların bir kısmı 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 edimidir[233]. Bu nedenle, finansman ediminin kanuna yabancı olmasına dayanılarak YİD'in karışık muhtevalı bir sözleşme olmadığının söylenemeyeceği ileri sürülebilecektir. Ancak, finansman edimi sui generis bir sözleşmenin dahi tipik edimi olmadığı için, böyle bir

[232]Tandoğan bunların ve ayrıca satım+istisna sözleşmelerinin (örneğin bir makina veya fabrikanın satılması ve başka bir yerde kurulması taahhüdü), karma sözleşmenin bir alt ayrını olarak, kombine sözleşme olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Tandoğan Haluk,** Tandoğan III, s.71; **Oktay Saibe**, s.274; Kuntalp ise, bu ismin uygun olmadığını, zira kombine tabirinin esasında her karışık muhtevalı sözleşme için zaten geçerli olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.83-84.

[233]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.85.

itiraz sonuca etkili olmayacaktır. Gerçekten YİD'te yatırımcı finansmanı temin etmekte ve bizzat inşa ettiği tesisin gerek inşası gerek işletilmesi masraflarını bu finansman kaynağından karşılamakta, yani yatırım sahibi finansmanın tüketilmesi aşamasında asli bir rol üstlenmemekte, sadece sözleşme hükümleri dahilinde denetleyici olabilmektedir. Dolayısıyla, YİD'in finansman unsuru, kendine özgü bir yapı göstermekte ve fakat sui generis bir sözleşmenin tip unsurunu oluşturan bir edim özelliğini de haiz bulunmamaktadır. Ayrıca, tipik edim görüntüsündeki "*inşa*" açısından da, YİD modelindeki yatırımcının taahhüdü özellik arz etmektedir. Zira, yatırımcı tesisi inşa ederken istisna akdindeki müteahhidinkinden çok daha farklı bir amaçla hareket etmektedir (bu farklılık aşağıdaki paragrafta ele alınacaktır). Bu nedenle de, tipik edim vasıtasıyla bir tipler karışımı yaratıldığı söylenemeyecek ve YİD karışık muhtevalı bir sözleşme sayılamayacaktır.

Bu hususta Yargıtay'ın yaptığı değerlendirme ise, YİD'in istisna ve kiranın bir arada bulunduğu bir karma sözleşme olduğu yönündedir. İlk olarak 24.2.1987 tarihli kararda ''*davacı Belediye'nin arsasına davalının turistik tesis yapması ve 25 yıl davalının yaptığı tesisi işletmesi ve 15 yıl üst hakkı tesisi ile 25 yıl sonunda bütünü ile tesisin Belediye'ye ait olması ve tesis bedelinin, 25 yıl için her yıl iki milyondan, kira bedeli olan 50.000.000. TL.'nı geçmesi halinde, davacı belediyenin artan tesis bedelini 12 eşit taksitle ödemesi şeklinde noterde 20.12.1982 tarihinde bir sözleşme yapılmış ..... davalı turistik tesisi inşa etmiş ve davacı Belediye, sözleşme hükümleri uyarınca, davalı lehine 15 yıl süreli üst hakkı tesis etmiş ve bu tapuya geçirilmiş ve bundan sonra davalı üst hakkını ipotek ederek ..... kredi almıştır. Taraflar arasındaki sözleşme bu haliyle yalnız bir kira sözleşmesi olmayıp, istisna*

sözleşmesi ile kira sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmedir'' denilmek suretiyle, YİD ifadesi kullanılmaksızın, YİD modeline benzetilebilecek olan bir sözleşmenin karışık muhtevalı olduğunu ortaya konulmuştur[234]. Daha sonra, 31.10.1995 tarihli kararda da yine YİD ifadesine yer verilmeksizin, ''*Taraflar arasında düzenlenen Söke 2.Noterliği'nin 4.4.1988 tarih ve 07019 yevmiye no.lu kira sözleşmesinde, tamamı 20678 metrekare olan kiralanan taşınmazın 6800 metrekarelik bölümüne kiracıların turistik tesisler inşa edeceği, 11 yıllık kira sözleşmesinin sonunda sabit olmayan tesisler hariç diğerlerinin mal sahibi davacıya bırakılacağı açıkça öngörülmüştür..... Şu durum karşısında, sözü edilen sözleşmenin salt kira sözleşmesi niteliğinde olmadığı, bir eserin yapılmasını da içeren karma bir akit olduğunda kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Taraflarca kira parası tespit edilirken kiralanan üzerine kiracının turistik bir tesis yapması edimi göz önünde tutulmuştur. En önemlisi, davalının eser yapma edimi sözleşmede kira ilişkisine nazaran daha egemen bir unsur ve ilişki olarak benimsendiği görülmektedir*'' denilerek, benzer nitelikteki bir sözleşme için karışık muhtevalı (karma) sözleşme nitelemesi tekrar edilmiştir[235]. Bir başka örnek olan 9.6.1998 tarihli kararda ise, YİD ismen zikredilmiş ve ''*Öte yandan, dava konusu sözleşme, davacıya ait arsa üzerinde davalı tarafından tesisler yapılıp, belirli bir süre kullanıldıktan sonra devredilmesini ve bu süre içinde kira bedeli ödenmesini öngören, yaygın ve bilinen adıyla, yap-işlet-devret modeline göre oluşturulmuş, salt*

[234]Y.13.HD., 24.21987 T., E.1986/12595, K.1987/2236 bkz. YKD., C.XIII, S.12, Aralık 1987, s.17671769.

[235]Y.13.HD., 31.10.1995 T., E.1995/9907, K.1995/9429 bkz. Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi, C.XV, S.170/1, Şubat 1996, s.120-121.

kira sözleşmesi niteliğinde olmayıp, onun dışında hukuki boyutları da bulunan karma ve yapıldığı andan itibaren bütünüyle özel hukuk hükümlerine tabi olan bir sözleşmedir'' ifadesi kullanılmıştır[236]. Yargıtay'ın bu kararlardaki nitelendirmelerinin yerinde olup olmadığı değerlendirilirken, öncelikle bütün bu kararlarda ele alınan sözleşmeler ile bizim incelediğimiz YİD sözleşmesinin farklılığına işaret etmek yerinde olacaktır. Gerçekten kararlardaki sözleşmelerde, yatırımcının dönemsel olarak kira bedeli ödediği ve bu unsurun her sözleşmedeki ağırlığının farklı olduğu görülmektedir. Örneğin 24.2.1987 tarihli karara konu sözleşmede, bina maliyetinin kira bedelinden yüksek olması halinde bina malikinin kiracıya ek ödeme yapması kararlaştırılmış ve böylece ''*karma sözleşmenin kira ile ilgili bölümündeki 25 yıllık kullanma süresi tamamen yerine getirilen istisna sözleşmesi ile sıkı sıkıya bağlı bulunduğu*'' ortaya konulmuştur. İşte bu hukuki yapıyı dikkate alan Yargıtay da, çok yerinde bir değerlendirme ile, bu sözleşmenin birden fazla tipik edimin aynı tarafça yüklenildiği bir karışık muhtevalı sözleşme olduğunu saptamış ve ayrıca yine yerinde bir tavırla, bu sözleşme için YİD tanımlaması yapmaktan kaçınmıştır. Zira, bu sözleşme YİD modeline benzetilebilecek ise de, bina maliyetinin kira bedellerinden yüksek olması halinde ek ödeme öngörülmesi suretiyle, finansman riskinin nihai olarak yatırım sahibine aktarılmış olması nedeniyle, çok farklı niteliktedir. Aynı şekilde, 31.10.1995 tarihli kararda, yine YİD ifadesi kullanılmaksızın incelenen sözleşmede de, ''*kira parası tespit edilirken kiralanan üzerinde kiracının turistik bir tesis yapması edimi göz önünde tutulmuştur*'' ve fakat bu sözleşmede ''*davalının eser yapma edimi sözleşmede kira*

[236]Y.13.HD., 9.6.1998 T., E.1998/4614, K.1998/5241 bkz. YKD, C.24, S.11, Kasım 1998, s.1655-1658.

ilişkisine nazaran daha egemen bir unsur ve ilişki olarak benimsenmiştir''. Bu durumda, eşit değerde olmayan iki tipik edimin aynı tarafça yüklenilmesinin söz konusu olduğu bu sözleşmenin, bir karışık muhtevalı sözleşme değil de, yan edimi kira bedeli ödemek olan bir istisna sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği[237] de savunulabilecektir. Son örnek (9.6.1998 tarihli) kararda ise, Yargıtay, sözleşmeyi YİD olarak nitelemiş ve karışık muhtevalı sözleşme tespitinde bulunmuştur. Esasen bu kararda, YİD sözleşmesinin tanımlaması hatalı yapılmış ve buna bağlı olarak somut olaydaki sözleşme de YİD sayılmıştır. Nitekim kararda ''*davacıya ait arsa üzerine davalı tarafından tesisler yapılıp belirli bir süre kullanıldıktan sonra devredilmesini ve bu süre içinde kira bedeli ödenmesini öngören, yaygın ve bilinen adıyla yap-işlet-devret modeline göre*'' ifadesi kullanılmış ve inşa edimi ile kira edimini bir araya getiren bir YİD tanımı yaratılmıştır. Halbuki, YİD'in esaslı unsurlarında ve sağladığı proje finansmanı imkânı kapsamında böyle bir edim yapısı mevcut olmadığı için karardaki YİD tanımlaması hatalı olmuştur. Dolayısıyla, gerçekte YİD olmayan münferit bir sözleşme YİD gibi mütalaa edilmekle yanlış bir sonuca ulaşılmıştır. Yargıtay daha yeni bir kararında[238] ise, ''*Taraflar arasında düzenlenen 7.10.1988 tarihli Kızılay Sosyal ve Rant Tesisinin Yap-İşlet-Devret ve Kiralama sözleşmesinde tamamı 45.000 m2 kapalı alana sahip Kızılay Sosyal ve*

[237]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.100.

[238]Y.13.HD., 21.2.2003 T., E.2002/12997, K.2003/1639 (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y.6.HD., 16.3.2004 T., E.2004/1701, K.2004/1795 sayılı kararda (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) ise, YİD sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda ifadesini bulan kira sözleşmesi olarak kabulünün mümkün olmadığı ifade edilmiş, ancak sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin başka bir değerlendirme yapılmamıştır.

Rant Tesisi binasının Yap-İşlet-Devret Finansman Modeli içinde davacı Beğendik tarafından yapılması, tamamlanması, işletilmesi ve işletme süresinin bitiminden itibaren 20 yıl kira süresinin devamı kararlaştırılmıştır. Şu durum karşısında sözü edilen sözleşmenin salt kira sözleşmesi niteliğinde olmadığı, bir eserin yapılmasını da içeren karma bir akit olduğunda kuşku ve duraksamaya yer yoktur'' ifadesiyle, tipolojik bir değerlendirme yapmaksızın, karışık muhtevalı sözleşme görüşünü tekrarlamıştır. .

Görülüyor ki, Yargıtay kararlarında yapılan değerlendirmeler, YİD'in hukuki niteliğine ışık tutacak nitelikte değildir. Diğer taraftan, anılan kararlardaki sözleşme örneklerinin YİD ile benzerliklerinden hareketle, dönemsel kira ödeme ediminin YİD içinde yer alıp alamayacağı hususunun incelenmesi yerinde olacaktır. Bilindiği gibi, YİD modelinin özgün yapısında bu nitelikte bir dönemsel kira ödeme unsuru yer almamaktadır[239]. Bununla birlikte, kira sözleşmesinin tipik edimi olan bu unsurun, YİD sözleşmesinde de yatırımcının bir edimi olarak kararlaştırılabileceği

[239]Kamu yatırımlarında YİD modelinin kullanılması, sadece yüksek teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren projelerde söz konusu olduğu için, yatırımcının harcayacağı sermayeyi ancak işletmenin gelirinin tamamını kullanarak geri alabileceği varsayılmakta ve amaç finansman olduğu için de işletme süresinin tespitinde yatırım için harcanan bedelin (kâr dahil) ve kullanılan kredilerin geri ödenme süresi dikkate alınmaktadır (3996 sayılı Kanun, m.1.3.a,7). Bu nedenle de, yatırımcının işletme dönemi içinde kira ödemesi ihtimali ortaya çıkmamaktadır.

muhakkaktır[240]. Şöyle ki, yatırım ve finansman maliyetine nazaran tesisin kârlılık beklentisi çok yüksek ise, yatırım sahibi işletme dönemi içinde kendisine bir miktar kira ödemesi yapılmasını talep edebilecektir. Aksi halde, taraflar arasındaki menfaat dengesi bozulabilecek ve finansman amacının dışına çıkılması ve yatırımcı lehine bir ivazsız kazandırma yaratılması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, kira bedeli bir edim olarak sözleşmeye dahil edilebilecek, ancak bu eklenen edimin ağırlığına göre sözleşmenin yapısında değişiklik söz konusu olabilecektir. YİD, esas itibariyle bir proje finansman modeli olduğu için, kurulan ilişkide yatırım maliyetinin tamamının (kural olarak) yatırımcı tarafından karşılanıyor ve bu maliyet nedeniyle yatırım sahibine rücu edilmiyor olması gerekmektedir. Bu yapı içinde, yatırımcının

[240]Yukarıda ele alınan Yargıtay kararlarında da görüldüğü gibi özel yatırımlarda yatırımcının inşa borcu yanında kira ödemesi modeline dayalı sözleşmeler kullanılabilmektedir. Bu gibi sözleşmelerde finansman temini borcu yatırımcı üzerinde bırakıldığı sürece YİD modelinin mevcudiyetinden bahsedilebilecektir. Örneğin T.Emlak Bankası A.Ş. ile özel bir şirket arasında, spor ve eğlence tesisleri yapımı ve işletilmesi hususunda imzalanan sözleşmede, yatırımcı şirket maliyetini kendisi karşılamak suretiyle tesisi inşa edecek ve uzun bir süre için işletme hakkına sahip olacaktır. Ayrıca, inşaat döneminin bitiminden itibaren, her yıl katlanarak artan miktarda kira ödemesi de yapılacaktır. Bu sözleşme ile kurulan dengede, inşa maliyetinin işletme gelirlerinden tahsiline imkân yaratabilmek amacıyla ilk yıllarda rayicin ¼'ü oranında bir kira bedeli ödenmesi ve her yeni kira döneminde bu miktarın yavaş yavaş arttırılması öngörülerek, inşaatın maliyetini karşılamaya fazlasıyla yeterli olacağı varsayılmış ve tesisin rantından yatırım sahibine de yararlanma imkânı yaratılmıştır.

yüklendiği finansman borcuna ek olarak belli bir miktar kira ödüyor olması da, hukuki ilişkinin YİD niteliğini ortadan kaldırmayacaktır[241]. Bununla birlikte, eğer kira bedeli ödenmesi, taraflarca inşa ve finansman borcu ile aynı düzeye yükseltilmiş bir edim olarak kararlaştırılmış ise, YİD tipine katılan kira tipik edimi vesilesiyle bir karışık muhtevalı sözleşmenin doğduğu kabul edilebilecektir. Buna karşın, eğer rayiç kira bedelinin çok altında bir kira kararlaştırılmış ise kiranın bir yan edim olduğu ve YİD tipinin etkilenmeyeceği kabul edilebilecektir. Zira, bir tipin asli edimleriyle eşit değerde olmayan bir yan edimin yüklenilmesi, sözleşmenin anlamsal yapısını değiştirmeye yetmeyeceği için, karışık muhtevalı bir sözleşme oluşmayacaktır[242]. YİD sözleşmesinde de asli edim, tesisin finansmanın da sağlanması suretiyle inşası olduğuna göre, düşük miktarlı dönemsel kira ödenmesi, daha az değerdeki bir edim

---

[241]3465 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik m.68 uyarınca, Genel Müdürlük, esasları sözleşmede düzenlenmek üzere, işletme süresinde gayri safi hasıladan pay alabilir. Ayrıca, **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesinin 27.maddesinde, ''*Bir işletme yılında dış hat yolcu servis ücretinin 15 ABD Doları olarak uygulanması halinde idare tarafından o işletme yılı için garanti edilen dış hat yolcu servis ücretine tabi yolcu sayısına ulaşılana kadar tahakkuk eden tüm dış hat yolcu servis ücreti geliri görevli şirkete ait olacaktır. İdarece garanti edilen yolcu sayısına ulaşıldıktan sonra tahakkuk eden dış hat yolcu servis ücreti gelirinin tamamı ise idareye ait olacaktır*'' hükmüne yer verilmiştir. Böylece bir anlamda kira unsuru YİD ilişkisine dahil edilmiş olmaktadır.;

[242]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.100; **Oktay Saibe**, s.274.

olup, bu niteliği itibariyle de yan edim sayılabilecektir[243]. Gerçekten, trampada değiştirilecek şeyler yanında bir miktar paranın da verilmesi suretiyle menfaat dengesini kuran bir yan edim yaratılabildiği gibi[244], YİD'te de, sözleşmenin yapısı bozulmadan, belirli bir kira ödemesi yan edim olarak öngörülebilecektir.

5. YİD'in Sui Generis Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi

Esasen, iki tipik sözleşmenin tipik edimlerinin bir araya geldiği YİD modelinde, tipik sözleşmelerdeki karşı edimlerin yerini finansman unsuru almakta ve bu suretle özgün bir yapı oluşmaktadır. Gerçekten, YİD modelini kullanarak bir projeyi inşa ettiren yatırım sahibinin temel amacı, inşaatın finansmanını bu yolla temin etmek iken, tesisi inşa eden yatırımcının temel amacı da, inşaatın yapımını ve finansmanını temin etmek karşılığında elde edeceği işletme hakkı sayesinde harcadığı sermayeyi geri almak ve aynı zamanda, bir müteahhide ödenen bedelden (iş parasından) veya bir kredi kurumuna ödenen faizden daha yüksek miktarda kâr da elde etmektir. Dolayısıyla, YİD sözleşmesinde iki tipik sözleşmenin tip unsurlarının kanunun öngörmediği biçimde bir araya gelmesinden daha ötede bir hukuki yapı ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle, YİD'in temelde bir proje finansman modeli olduğu dikkate alındığında, inşa ile işletme hakkı unsurlarının, finansman unsurunun edim muhtevası halini aldıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir başka ifade ile, ilişkinin taraflarını YİD

[243]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.92-94.

[244]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.89.

modeline yönlendiren belirleyici hukuki amacı, bir tesisin inşası veya işletme hakkının alınmasından ziyade, yatırım için gerekli olan finansmanın sağlanması ve bu finansmanın kârı ile birlikte geri alınması noktasına odaklanmaktadır.

İşte bu özellik, tipik sözleşmelerin tipik edim muhtevaları veya bunların yüklenilme biçimleri değiştirilerek yaratılan sui generis sözleşmeleri çağrıştırmaktadır. Örneğin, satış için tevdi sözleşmesinde, şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri, satım sözleşmesindekinden farklı olarak, kesin bir devir yapılması amacına yönelik olmayıp, şeyin bir başkasına satılmasının sağlanması amacına hizmet etmektedir. Gerçekten, satım her zaman ‘’*tam hak ve yararlanma, sınırsız hak sağlama*’’ amacı ile bir malın devrine ilişkin bulunduğu halde, satım için bırakma sözleşmesinde bırakılan kişinin, sözleşmeyi bizzat kendisi ile yapması durumu bir yana bırakılacak olur ise, bu tür bir tam yararlanma hakkı olmayıp, tersine müşteri çıkarsa malı üçüncü kişiye satmak yükümü söz konusudur. Aynı şekilde, satım için bırakılanın, yalnızca satış bedelini ödemekle yükümlü bulunan ve malı geri vermek borcu kesinlikle bulunmayan alıcının tersine, satış bedelini ödemek veya malı geri vermek biçiminde seçimlik iki yükümlülüğü vardır. Satım için bırakılanın malı kendisi için alıkoyması halinde dahi, ilişki satım ilişkisine dönüşmemekte, satış için bırakılan kendi lehine bir satım yapmış olmaktadır. Ayrıca, satım sözleşmesi, mülkiyetin nakli ile sona erdiği ve alıcının bundan böyle malı ne yaptığı önem taşımadığı halde, satım için bırakma sözleşmesinde satım için bırakılanın malı üçüncü bir kişiye devretmek amacı ile alması karakteristik ve bu sözleşmeyi niteleyen ‘’*sui generis*’’ niteliğini belirleyen vazgeçilmez bir unsurdur[245]. Böylece, satım için tevdide, satım

[245]**Akyol Şener**, s.48-49; **Teoman Nebiye**, s.14.

sözleşmesinin amacının dışına çıkılması ve satıcının borcunun muhtevası değiştirilmesi suretiyle, sui generis bir sözleşme yaratılmış olmaktadır. Aynı durum, teminat amacıyla satışta da mevcut olup, satıcının borcunun muhtevası, şeyin zilyetliğinin ve mülkiyetinin kat'i olarak devri değil, sadece teminat teşkil etmek üzere geçici devri olduğu için sui generis bir sözleşme doğmaktadır [246].

YİD sözleşmesinde de, istisna sözleşmesinin tipik edimi olan ''*inşa*'' ile hasılat kirası sözleşmesinin tipik edimi olan ''*işletme*'', edim karşı edim yapısı içinde bir araya gelmemekte, bilakis aynı tarafta kalan bu edimlerin muhtevalarının, bir başka ifade ile yöneldikleri amacın değişikliğe uğradığı görülmektedir[247]. Gerçekten, inşa borcunu ifa eden yatırımcı, ''*inşaat sözleşmesi(ndeki) müteahhidin rizikosu kendisine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında*''[248] üstlenmesi olarak tanımlanabilecek olan inşa edimini, ücretini almak üzere teslim amacıyla ifa etmemekte, bundan daha farklı bir muhtevada, finansman temini taahhüdünde bulunarak inşasını üstlendiği tesisin işletme hakkına sahip olmak suretiyle, istisna sözleşmesindeki iş parasından daha fazla bir kâr elde etmeyi hedefleyerek edimini yerine getirmektedir. Aynı şekilde işletme ediminin muhtevasında da, hasılat kirasındakine nazaran farklılık bulunmakta, yatırımcının işletme hakkını elde etmekteki beklentisi, mevcut bir işletmeyi kendi nam ve

[246]**Bilge Necip**, s.9; **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.78; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan III, s. 19-21 .

[247]İnşa Borcunun Muhtevası hususunda bkz. Üçüncü Bölüm, §5,I,B.1; İşletme Hakkın Tanımak Borcunun Muhtevası hususunda bkz. Üçüncü Bölüm, §5,II,B,1.

[248]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.4.

hesabına işleterek kâr elde etmenin ötesine geçmektedir. Zira, yatırımcı, inşa edimini ifa ederken harcadığı sermayeyi geri alabilmek ve aynı zamanda gerek inşada kullanılan emeğin gerek harcanan fonun karşılığı olacak şekilde bir kâr elde edebilmek beklentisi içinde bulunmaktadır. Zaten bu nedenle, YİD modeli, istisna sözleşmelerine nazaran daha maliyetli olmakta ve tesiste üretilecek mal veya hizmetin alıcısına yansıtılamayan bu maliyet fazlası nedeniyle yatırım sahibinden ek taahhütlerde bulunması (piyasada koruma sağlaması, alım garantisi vermesi, maliyet ve kârı karşılayacak düzeyde bir tarifenin kabulü gibi) beklenebilmektedir. İşte bu şekilde, YİD'in bütün hukuki yapısını belirleyen finansman amacına yönelik olarak tipik edim muhtevalarının değişikliğe uğradığı YİD'in sui generis bir sözleşme olarak kabul edilmesi en uygun hukuki niteleme olacaktır. Kaldı ki, kısmen veya tamamen kanunun öngördüğü tipik sözleşmelerin hiç birinde mevcut olmayan unsurları içeren sözleşmeler sui generis kabul edildiklerine göre[249], hukuki ilişkinin tamamını etkileyen ve diğer edimlerin muhtevalarının değişmesine neden olan finansman unsurunun özgünlüğü, ayrıca bu özgünlüğün bütün üzerindeki esaslı etkisi itibariyle YİD'in de sui generis sözleşmeler grubuna dahil edilmesi gerekmektedir.

[249]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan III, s. 13; Kuntalp ise, ''*karışık muhtevalı aktin mevcut olabilmesi için unsurlarının hiç olmazsa bir kısmının kanuni akit tiplerine ait olması gerekir. .....Buna göre, yabancı bir unsuru, yani bahşiş elde etme olanağının tanınması unsurunu kapsayan garson sözleşmesi esas itibariyle karışık muhtevalıdır*'' demek suretiyle, aksi görüşü ortaya koymaktadır. Bkz. **Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.64,82.

Ayrıca, esaslı unsurları aynı olan ve bu unsurların aynı özgün yapı içinde bir araya geldiği çok sayıda YİD sözleşmesinin varlığı ve bunların tekrarlanan bir model yaratmış oldukları dikkate alınarak, münferit sui generis YİD sözleşmelerinin, zaman içinde YİD sözleşmesi tipi oluşturdukları da gözden kaçırılmamalıdır. Zira, tip sadece kanunlar ile yapılan düzenlemelerle değil, sosyal hayat içinde düzenli olarak tekrarlanan hukuki ilişkilerle de yaratılabilmektedir. Gerçekten, 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 zorunludur[250]. Bu bağlamda, her ne kadar, her somut projede taraflar arasında farklı risk paylaşımları ve bu nedenle sözleşmeye eklenen muhtelif edimler olabilmekte ise de, aynı ana çatı altında, özgün yapısı değişmeden tekrarlanan münferit YİD sözleşmelerinin genelleştirilmesi ve soyutlaştırılması suretiyle, bir YİD sözleşmesi tipi yaratıldığını kabul etmek yerinde olacaktır.

III. YİD'İN SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu yapısı itibariyle bir sui generis sözleşme olduğu açıklık kazanan YİD sözleşmesi, yatırımcının finansman ve inşa borcu ile yatırım sahibinin işletme hakkı tanıma borcu üzerine yapılanmaktadır. Bu karşılıklı borçların muhtevaları dikkate alındığında da, tarafların edimlerini yerine getirmeleri ile borç ilişkisinin tükenmediği, ilişkinin temelindeki menfaat dengesi itibariyle, tarafların amacının gerçekleşmesi için edimlerin bir zaman dilimi içinde devamlılığının zorunlu olduğu görülmekte, bu nedenle de sözleşmenin ani edimli değil, sürekli bir borç ilişkisi

[250]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.44-45.

yarattığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleşmesi olarak tanımlanan edim sonucunun, zaman içinde bir süreci kapsadığı borç ilişkileri sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmekte[251] ve YİD'te de tarafların ifa menfaatleri açısından aynı yapı görülmektedir. Yatırımcı ani edimli bir tipik borç niteliğindeki inşa borcunu[252] ifaya başladığı anda, gerçekte, inşa maliyetini karşılamak suretiyle,

[251]**Seliçi Özer**, Seliçi I s.7-8; **Oğuzman Kemal/Öz Turgut**, s.10,44.

[252]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.26**;** Seliçi II, s.78**; Tandoğan Haluk**, Tandoğan II, s.28-36; **Selimoğlu Y.Engin**, s.686; Bununla birlikte, istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliği olduğu da savunulmaktadır. Bu görüşe göre, sürekli-geçici karmaşığı bir sözleşme niteliği taşıyan ''*eser sözleşmesinde iş sonucunun (eser) meydana getirilmesinin yolu, yordamı da hukuken önem taşır. Müteahhidin işi, borçlanılmış edimin tüm dışında kalan bir ''hazırlayıcı faaliyetten'' ibaret görülemez. Eserin ücreti, yalnız eserin karşılığı olmayıp, aynı zamanda bu eseri hazırlayan, iş sonucuna götüren eylemlerin de karşılığıdır. Nitekim, BY.m.368/III, 369 ve 370 kuralları, iş sonucuna götüren eylemlere, müteahhidin işine de hukuksal önem ve değer bağlamışlardır. Öyleyse, eser sözleşmesinin hiç bir zaman ''sürekli sözleşme ilişkisi''niteliği taşımayacağını ileri sürmek de doğru olmasa gerektir*'' bkz. **Serozan Rona**, s.173-174 ve 184; Benzer şekilde Kaplan da, inşaat sözleşmeleri açısından, müteahhidin teslim borcunun ani edimli, çalışma borcunun sürekli edimli borç ilişkisi hükümlerine tabi tutulması gerektiğini ifa de etmiştir. Bkz.**Kaplan İbrahim**, Kaplan III, s.121; **Sungurbey İsmet,** Sungurbey I, s.457 vd.; İstisna ve özellikle inşaat sözleşmesinin sürekli ilişki olarak kabulü gerektiği hususunda bkz. **Özyörük Sezer**, s.52-56;

sürekli edim niteliğindeki finansman borcunun[253] da ifasına başlamış olmakta, yatırım sahibi de sözleşmenin kurulması ile birlikte, yatırım arazisinin kullanım hakkını ve inşa edilecek tesisin işletme hakkını yatırımcıya vermiş ve yatırım arazisinin teslimi ile de bu hakkın konusunu 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)[254] yerine getirmeye başlamış bulunmaktadır[255]. İşletme süresi içinde de,

[253]Finansman borcu, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tipik edimler ile örtüşmemekte ise de, özü itibariyle ödünç (karz) sözleşmesine benzetilebilecektir. Zira her ikisinde de, bir taraf diğer tarafın finansman ihtiyacını gidermekte ve bir süre için finansmanı oluşturan sermayenin ihtiyacı olan tarafça veya onun için kullanılması imkânı yaratılmaktadır. Bu itibarla finansman borcu, ödünç verenin kullandırma borcuna benzemekte ve dolayısıyla sürekli bir edim niteliği taşımaktadır. Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.23.

[254]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.11, 21-22.

[255]Her ne kadar, işletme hakkının kullanılabilmesi için önce tesisin inşasının tamamlanması gerekmekte ve bu nedenle inşaat bitmeden yatırım sahibi için de kullandırma borcunun ortaya çıkmayacağı düşünülebilecek ise de, tesisi inşa edecek taraf ile işletme hakkını kullanacak tarafın aynı olduğu dikkate alındığında, arazinin teslimi ile bir kullanım hakkının sağlandığı kendiliğinden anlaşılmaktadır. Belki bu noktada, yatırımcıya tanınan kullanım hakkını, henüz tesis mevcut olmadığı için, işletme kirasındakinden ziyade adi kiradakine benzetmek uygun olacak ise de, esasen YİD sui generis bir sözleşme olduğu için, yatırım sahibine tanınan kullanım hakkının tipik akitlerden herhangi birisine benzetilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır.

yine her iki tarafın ifa menfaati süreye bağlı olarak gerçekleşmektedir. Zira, yatırımcı işletme süresinde elde edeceği işletme geliri ile beklediği kâra kavuşurken, yatırım sahibi aşısından da, kendisinin dolaylı olarak yararlandığı ve yatırımda kullanılan finansmanın iadesi sağlanmış olmaktadır.

Dolayısıyla, YİD'in muhtevasını, önce tesisin inşasının tamamlanması, ardından da inşa edilen tesisin işletilmesi şeklinde, önce ani edimlerin ifa edildiği ardında sürekli edimlerin ifasına geçildiği, ard arda başlayan ve birbirinden bağımsız nitelikte olan farklı hukuki ilişkiler değil, aksine ilişkinin kuruluşundan itibaren yap-işlet-devret ekseninde yapılanan ve bir bütünlük arz eden, sürekli borç ilişkisi yaratan[256] sui generis bir sözleşmesel ilişki oluşturmaktadır.

Öte yandan, YİD'in de dahil olduğu sürekli borç ilişkileri grubunda, edim amacının gerçekleştirilmesinde menfaati bulunan tarafın muhatabının, başlangıçtan beri amacı bilerek, borç ilişkisinin sona ereceği zamanı önceden görebilmesi ve buna göre davranışını düzenleyebilmesi gerekmekte, bu bağlamda hukuki ilişkinin süresinin bitme anının, belirli bir tarih olarak gösterilebileceği veya edim amacının gerçekleşmesi olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Ancak, sürenin edim amacına göre belirlenebilmesi için, amacın bir saik niteliğinde olmaması, tarafların

[256]Yargıtay'ın bir YİD sözleşmesinin feshine ilişkin ihtilafı muhakeme ettiği 17.6.1999 tarihli kararında, ''*sözleşmenin biçimine göre sürekli sözleşme ilişkisinde bunu sona erdiren bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması söz konusudur*'' ifadesi ile YİD'in sürekli bir borç ilişkisi yarattığı kabul edilmiştir. Y.15.HD., 17.6.1999 T., E.1999/2489, K.1999/2585, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

bu amaç üzerinde mutabık kaldıklarının görülebiliyor, yani amacın objektif olarak anlaşılabilir olması gerekmektedir. Örneğin, bir boşaltma ameliyesi için vinç kiralanmasında, edim amacının bu şekilde belirtilmesi suretiyle, sürekli ilişkinin boşaltma ameliyesinin tamamlanması ile sona ereceği kararlaştırılmış olmaktadır[257].

YİD sözleşmelerinde de edim amacı olarak değerlendirilebilecek ''*finansman temini ve bu finansmanın geri dönüşüne imkân yaratılması*'' olgularının gerçekleşmesi hususunda tarafların bir mutabakat sağladıkları ve bu edim amacının objektif şekilde anlaşılabiliyor olduğu muhakkaktır. Bu nedenle, sözleşmenin süresi, ancak edim amacının gerçekleşeceği ana kadar devam edebilecektir. Görülüyor ki, edim amacının gerçekleşmesi itibariyle, YİD'in belirli süreli bir borç ilişkisi yarattığının kabulü zorunlu olmaktadır. Aksi halde, yatırım sahibinin ihtiyacı olan yatırıma kavuşma beklentisi ve bu noktadaki ifa menfaati belirsizliğe bırakılmış olacaktır ki, bu da, menfaat dengesini ve ilişkinin yapısını bozacaktır. Dolayısıyla, YİD sözleşmesinin devam edeceği süre, tesisin inşasına ve harcanan finansmanın işletme gelirinden karşılanmasına imkân verecek bir zaman dilimini kapsamalı ve bu şekilde tespit edilecek süre de sözleşmede gösterilmelidir. Eğer böyle bir süre sözleşmede gösterilmemiş ise, edim amacının sözleşmeden objektif olarak anlaşılabiliyor olmasına istinaden, yapılacak yatırımın büyüklüğü, harcanacak finansmanın tutarı ve tesisin muhtemel getirisi dikkate alınarak, BK.m.366'nın kıyasen uygulanması suretiyle, bir karşı edim olan işletme hakkının kullanılabileceği azami süre ve buna ilaveten BK.m.74 uyarınca işe derhal başlanması halinde tesisin inşa edilebileceği makul süre tespit edilerek, bu sürelerin toplanmasıyla sözleşme süresi

[257]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.69.

bulunabilecektir. İşte bu şekilde hesaplanacak sürenin sonunda da YİD sözleşmesi sona erecektir.

Bu noktada tespit edilecek sürenin yatırımcının sermayesini ve kârını işletme gelirinden tamamen tahsil edebildiği zaman dilimine eşit olmayabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim, YİD bir proje finansman modeli olması nedeniyle, finansman ve işletme riskinin yatırımcı üzerinde bırakıldığı bir hukuki ilişki yaratmakta, bu bağlamda yatırımcının, iyi bir fizibilite raporuna dayalı olarak, muhtemel yatırım ve finansman maliyeti ile işletme gelirini belirleyerek işe başlaması gerekmektedir[258]. Bir başka ifade ile, yatırımcı önceden yaptığı hesaplamalara dayalı olarak yatırım sahibine karşı, yatırımın inşası ve finansmanın geri alınması için ihtiyaç duyduğu toplam süreyi taahhüt etmekte, bu süre içinde hem tesisi inşa edip hem de yeterli işletme gelirine ulaşmak riskini kendisi üstlenmektedir. İşte bu yapı itibariyle, YİD sözleşmelerinin süresinin tespitinde, yatırımcının harcadığı sermayeyi ve makul kârını işletme gelirinden tamamen tahsil etmiş olacağı süre değil, böyle bir tahsilatın yapılmasına imkân verecek (taraflarca hesaplanan) varsayımsal süre esas alınacaktır. Dolayısıyla, yatırımcının ‘’*yatırım maliyetini ve kârını elde edinceye kadar tesisi işletmek*’’ hususunda bir ifa menfaati bulunmamakta, sadece kendisinin de katılımı ile hesaplanan ve yeterli olacağı taraflarca kabul edilen veya BK.m.74 uyarınca tespit edilen belirli süre içinde işletmeyi kullanmak ve gelirini toplamak imkânının kendisine verilmesi, ifa menfaatini sağlamak için yeterli olmaktadır.

[258]**Stewart/Smith Martin**, , s.10; **Mauel John G.**, s.6-8; **Sevil Güven/Başar Mehmet**, s.83-85.

Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde de, 3096 sayılı Kanun m.7 (99 yıl), 3465 sayılı Kanun m.5 (49 yıl) ve 3996 sayılı Kanun m.7(49 yıl) uyarınca sözleşme süreleri, sözleşmede gösterilmektedir[259]. Özel yatırımlara ilişkin böyle bir kanun hükmü ise mevcut olmamakla birlikte, belirli süre unsurunun, yukarıda

[259]Oldukça uzun olan bu azami sürelere her sözleşmede ulaşılmıyor ise de, bu sürelerin uzun tutulmuş olmasındaki amaç, genellikle büyük çaplı ve riskli yatırımlara ilişkin olan kamu projelerini özel yatırımcılar için ilgi çekici hale getirebilmek ve aynı zamanda, mülkiyet anlayışını temsil eden uzunlukta bir yararlanma hakkı tanımak suretiyle, devletin özelleştirme politikasına da uygun hareket etmiş olmaktır. Bkz. **Polatkan Vahit**, Polatkan III, s.59,73; Buna karşın, Coşkun tarafından, YİD'in özelleştirme politikaları ile çeliştiği savunulmuş, uzun vade sonunda da olsa tesisin devlete intikalinin özelleştirme ile ters bir sonuç olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Coşkun İsa**, s.49; Öte yandan, bu uzun süreler nedeniyle YİD'in finansman amacından ve kamu yatırımlarındaki teknoloji transferi işlevinden uzaklaştığı eleştirisi yapılmıştır. Gerçekten, çok uzun süreli YİD sözleşmeleri, tesislerin ekonomik ömürlerinin tükenmesine ve idarenin yeni teknolojiden yararlanamamasına yol açmaktadır.Bkz. **Şahin Bahri**, s.153; Ayrıca sözleşmenin çok uzun süreli olması nedeniyle siyasi ve ekonomik değişimlerden yoğun olarak etkilenilecek olması da bir olumsuzluk olarak ifade edilmektedir. Bkz.**Kalça Adem/Karayılmazlar Ekrem**, s.13; Sözleşmenin ilk yıllarında maliyet yatırımcıya yüklendiği için bir avantaj sağlanıyor ise de, daha sonra uzun süreli alım garantileri verilmesi geleceğe dönük belirsiz bir mali yük yaratmaktadır. Bkz.**Uluatam Özhan**, s.29.

açıklanan şekilde, YİD içindeki önemi nedeniyle, özel yatırımlar için de işletme sözleşmenin bir süresi bulunması zorunlu olacaktır.

Ayrıca, YİD sözleşmesinin devam edeceği bu sürenin, taraflar açısından ilişkinin, bu süreden önce sona erdirilememesi ve aynı zamanda sürenin sonrasında devam ettirilmemesi anlamını taşıyacağı da gözden kaçırılmamalıdır[260]. Zira, belirlenen süre içinde yatırımcı tesisi inşa edip bir işletme niteliğine getirmekle finansman temini borcunu ifa etmiş olmakta, yatırım sahibi de işletme hakkı tanımak suretiyle finansmanın geri dönüşü imkânını yaratmakta ve böylece sözleşme süresi içinde sürekli olarak ifa edilen bu edimler, sürenin sonuna gelindiğinde tükenmektedir. Nitekim, tesisin rantını yatırımcıya bırakan yatırım sahibinin tek amacı, kendi yatırımı için harcanan finansmanın yatırımcıya geri dönüşüne imkân yaratmaktır ve nitekim işletme hakkı tanınması yatırım sahibinin karşı edimidir. Dolayısıyla, proje kapsamında yapılan fizibilite çalışmaları esas alınarak tespit edilecek olan, tesisin inşası ve finansmanın (makul bir kâr ile birlikte) geri alınması için elverişli asgari

[260]Sürekli borç ilişkileri, sona erme sebeplerini bünyelerinde taşımadıkları, yani edimlerin ifası ilişkiyi tüketmediği için, hukuki ilişki dış sebeplerle sona ermekte, bu dış sebepler de kanundan veya tarafların anlaşmalarına bağlı olarak sözleşmeden doğmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmede süre kararlaştırılmış olmasının anlamı, sözleşmenin bu süreden önce sona ermemesi ve süre bittikten sonra da devam etmemesi olabileceği gibi, sözleşmenin en geç gösterilen azami sürede sona ermesi veya kararlaştırılan asgari sürede sözleşmenin feshedilemeyeceği şeklinde de olabilecektir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.70-71.

süre tamamlandığında, yatırım sahibinin ifa menfaatinin sağlanabilmesi için tesisin ona devredilmesi gerekmektedir.

Bu noktada, yatırımcı için yeterli olacağı öngörülen asgari süreden daha uzun bir süre için de işletme hakkı tanınabileceği de akla gelebilecektir. Ancak, YİD'in yapısında, tip unsuru olarak bir kira bedeli borcu bulunmadığı için, yatırımcının sermayesini ve kârını geri almasına elverişli işletme süresi tamamlandıktan sonraki dönemde, tesisin işletme hakkını bir kira bedeli ödemeden kullanması, karşılıksız bir kazandırma teşkil edecektir. Bu nitelikte bir ilişkinin de YİD tipi dışında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bununla birlikte, tabii ki öngörülen asgari sürenin bitiminden sonra da tesisin yatırımcı tarafından kullanılmasına, bir bedel karşılığında izin verilmesi mümkündür. Fakat bu şekilde devam edecek kullanma ve işletme hakkı da yine, YİD sözleşmesine dayalı olmayacak ve muhtemelen bir hasılat kirası ortaya çıkacaktır[261].

YİD sözleşmesindeki sürenin anlamı bu şekilde tespit edilince, bu hukuki ilişkide, BK.m.287'deki gibi sukut ile tecdidin mümkün olmayacağı da kendiliğinden ortaya

[261] Y.13.HD., 21.2.2003 T., E.2002/12997, K.2003/1639 sayılı karar (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) konu olayda ise, Beğendik Mağaza İşletmeciliği Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Türkiye Kızılay Derneği arasındaki YİD sözleşmesinde Kızılay Sosyal Rant Tesisi Binasının YİD finansman modeli dahilinde Beğendik tarafından yapımı ve işletilmesi, işletme süresinden (37 ay) sonra da 20 yıl süre ile kiralanmasının kararlaştırıldığı görülmektedir.

çıkmaktadır. Zira, sürenin sonunda tarafların ifa menfaatleri sağlanmış ve dolayısıyla edim borçları da tükenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YİD SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ, ŞEKİL SORUNU VE TARAFLARIN BORÇLARI

§4. YİD SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN BELİRLENMESİ VE ŞEKİL SORUNU

I. YİD SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLERİNİN BELİRLENMESİ

Bir sui generis sözleşme tipi olan YİD'e her hangi bir kanunda yer alan ve tipik sözleşmeler için öngörülmüş bulunan özel hükümlerin doğrudan uygulanamayacağı muhakkaktır. Zira, başta Borçlar Kanunu olmak üzere, hiç bir kanunda YİD sözleşmesi unsurları ve hükümleri belirtilmek suretiyle, tipik bir sözleşme olarak düzenlenmiş değildir. Her ne kadar 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar ile YİD hususunda özel düzenlemeler yapılmış ise de, bu kanunların kapsamlarının kamu yatırımlarıyla sınırlı olduğu, bu nedenle özel kişiler arasında yapılacak YİD sözleşmelerini kapsayacak bir genellikte bulunmadığı yukarıda açıklanmıştır. Bu durum karşısında, YİD sözleşmelerine uygulanacak hükümlerin, özel bir değerlendirme neticesinde tespiti zorunlu olmaktadır.

Sui generis sözleşmelere uygulanacak hükümlerin ne şekilde belirleneceği sorusuna, doktrinde farklı cevaplar verilmektedir. **BİLGE**, bu sözleşmeler ile Borçlar

Kanunu'ndaki tipik sözleşmelerin benzerliklerinin saptanması suretiyle bir sonuca ulaşılmasını önermekte ve benzerliği saptanan tipik sözleşme hükümleri ile Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin öncelikle uygulanabileceği, ancak kanun ve adet hukukunda uygulanabilecek bir hüküm bulunamaması halinde TMK.m.1 uyarınca hakimin hukuk yaratmak yoluna başvurabileceğini ifade etmektedir[262]. **TANDOĞAN**, benzer şekilde, bu sözleşmelerin iyiniyet kurallarına ve işlerde yaygın teamüllere göre yorumlanacağını, mahiyetleri izin verdiği oranda, bunlara benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabileceğini ve gerektiğinde, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden de yararlanılabileceğini, ayrıca bu şekilde bir çözüme ulaşılamayan hallerde hakimin hukuk yaratması suretiyle uygulanacak hükmün bulunabileceğini belirtmektedir[263]. **KUNTALP** de, sui generis sözleşmelere Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin doğrudan ve özel hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini ifade etmek suretiyle, hakim görüşü özetlemiştir[264]. **OKTAY** ise, özellikle sözleşmenin yorumlanması hususunda uygulanacak hükümlerin neler olacağını değerlendirirken, tipik sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin genel hükümlerin isimsiz sözleşmeler için de aynen geçerli olacağını belirtmekte ve ayrıca sui generis sözleşmelerdeki boşlukların tamamlanmasında, benzer sözleşmelerinin hükümlerinin değil, güven ilkesi dahilinde taraf iradelerinin esas alınması gerektiğini, böylece sözleşmenin bütünü ile uyumlu bir sonuca varılabileceğini ifade etmektedir. Bu şekilde boşlukların doldurulabilmesi için de tabii ki, tarafların farazi iradelerinin tespiti ve bunun mümkün olmadığı

[262]**Bilge Necip**, s. 5.

[263]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan III, s. 13; **Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.28.

[264]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.15.

hallerde TMK.m.1 uyarınca, önce örf adet hukukuna göre bir çözüm bulunması, son ihtimalde ise hakim tarafından hukuk yaratılması gerekecektir[265].

Öte yandan, isimsiz sözleşmelerin yaratılmasında tarafların özgürlüklerinin sınırsız olmadığı ve belirli durumlarda tipik sözleşme hükümlerinin aynen uygulanabileceği de kabul edilmektedir. Nitekim, kanunda öngörülen sınırlamalardan kaçmak amacıyla bir isimsiz sözleşme yaratılmış ise, bunun bir kanuna karşı hile olduğu gerekçesiyle, ilgili tipik sözleşmenin emredici hükümleri isimsiz sözleşmeye de uygulanabilecektir[266]. Bu ihtimalin YİD sözleşmesi açısından da değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilecektir. Ancak, her şeyden önce, kamu yatırımlarında uygulanmak üzere özel kanunlarla düzenlenen bir sözleşmenin bir başka kanundaki sınırlamadan kaçmak amacıyla yapıldığı, yani kanuna karşı hile teşkil ettiği hukuken söylenemeyecektir. Kaldı ki, YİD modeli ile kanunun yasakladığı bir amaca ulaşılması hedeflenmemekte, sadece kendi özgün yapısı içinde kabullenilmesi gereken bu hukuki ilişki kapsamında, özel bir finansman imkânı yaratılmaktadır. Aynı şekilde, YİD içinde barındırdığı tipik edimlere ilişkin olarak kanunda öngörülmüş bir tarafı koruyucu (kirada kiracıyı, istisna da iş sahibini gibi) hükümlerden kaçınmak amacına da yönelmiş olmadığı için, bir kanuna karşı hilenin varlığından bahsedilmesi de mümkün değildir. Gerçekten, YİD'te kiracı gibi görünen yatırımcı, gerçekte finansman temini suretiyle projelerin gerçekleşmesini sağlayan ve finansman gücünü bu şekilde değerlendiren bir tacir, istisna sözleşmesindeki iş sahibi gibi görünen yatırım sahibi de, yatırımcının kendisine temin ettiği mali kaynağı

[265]**Oktay Saibe**, s.281, 290-292.

[266]**Oktay Saibe**, s.270-272.

dolaylı olarak kullanan, bu surette projesini gerçekleştiren ve üçüncü bir kişinin finansman imkânlarından yararlanan bir kişidir. Dolayısıyla, bu yapı içinde menfaat dengeleri değişmekte ve kira veya istisna sözleşmesindeki bir tarafın korunmasını gerektiren menfaatler, YİD ilişkisinde ortaya çıkmamaktadır. Bu da göstermektedir ki, YİD, kanuni sözleşme tiplerindeki ekonomik amaç ile aynı amacı güden ve fakat kanuni sınırlamalardan kurtulmak için yaratılmış yapay bir sözleşme değildir. İşte bu nedenle, sui generis bir sözleşme olan YİD'e uygulanacak hükümlerin tespitinde, tipik sözleşmelerin hükümlerinin doğrudan uygulanması yoluna gidilemeyecektir.

Bununla birlikte, tipik sözleşme hükümlerinden yararlanılabilmesi için, belirli bir sözleşme ilişkisinin kanundaki kavram şablonlarından, tanım kalıplarından birine biçimsel yönden uyması zorunluluğu bulunmadığı için, bu hükümlerin YİD'e kıyasen uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Gerçekten, kanun hükümlerinin uygulanmasında, ele alınan sözleşmedeki menfaatler dengesinin kanundaki tipin temelindeki menfaatler durumuna uygunluğu belirleyici olacaktır. Dolayısıyla, YİD'in temelindeki menfaat dengelerine uygun düştüğü ölçüde, kanuni tiplerin hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca, kanundaki hükümlerin uygulanamadığı hallerde yaratılacak yeni kuralların da, aynı bakış açısı ile oluşturulması ve menfaatler durumuna ve somut sözleşme adaletine en uygun düşen kuralın bulunması gerekecektir[267].

Sonuç olarak, bir sui generis sözleşme tipi olan YİD için, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden doğrudan yararlanılabilecek, ayrıca benzerlikleri itibariyle istisna ve

[267]**Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir**, s.40,51.

hasılat kirası sözleşmelerinin hükümleri ile 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlardaki düzenlemeler ise kıyasen uygulanabilecektir. Tabii ki, bu hükümlerin yetersiz kaldığı noktalarda da TMK.m.1'e istinaden, hakimin hukuk yaratması zorunlu olacaktır.

II. YİD SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL SORUNU

Bilindiği gibi, Borçlar Kanunu m.11 uyarınca, sözleşmelerin geçerliliği hiç bir şekle tabi tutulmamış olup, ancak bir kanun hükmü ile şekil şartı öngörülen hallerde, bu şekle riayet edilmedikçe sözleşme geçerli olmayacaktır. Bu durumda, 3096, 3465 ve 3996 sayılı kanunlarda öngörülen yazılı şeklin, YİD tipi için de bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi gerektiği, zira kanun ile öngörülen bir şekil şartının bulunduğu ileri sürülebilecektir.

Esasen, 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar, sadece kamu yatırımlarını kapsadığı için, bu kanunların öngördüğü yazılı şeklin genelleştirilmesinin doğru olmayacağı düşünülmektedir. Kaldı ki, hukukumuzdaki şekil serbestisi ilkesi gereği, YİD'te, bir sui generis sözleşme olması itibariyle, bir kanun hükmüyle YİD için yazılı şekil şartının öngörülmesi, eşyanın doğası gereği mümkün değildir. Ayrıca, her ne kadar tipik sözleşmelerde var olan şekil şartından kurtulmak amacıyla isimsiz sözleşme yapılması halinde, şekil şartının isimsiz sözleşme için de geçerli olacağı kabul edilmekte[268] ise de, YİD'in kanuna karşı hile teşkil eden bir sözleşme olmaması bir yana, YİD sözleşmesinde yansımaları bulunan tipik sözleşmelerde dahi böyle bir

[268]**Oktay Saibe**, s.270-272.

şekil şartının var olmadığı dikkate alındığında, YİD'in şekil şartına tabi kılınması için bir neden bulunmadığı, kendiliğinden ortaya çıkmaktadır[269].

§5. YİD SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

I. YATIRIMCI PROJE ŞİRKETİNİN BORÇLARI

YİD modelindeki yatırımcının, üç asli borcu bulunmakta olup, bunlar finansman temini, inşa ve devir borçlarıdır. Yatırımcının, inşa ve devir borçları, tipik sözleşmelerde örnekleri bulunan edimlerle ifa edilebilmekte ve fakat finansman borcu, özgün yapısı itibariyle, daha farklı bir şekilde yerine getirilebilmektedir. Gerçekten, finansman unsuru, bir hukuki amaç olarak, çok farklı sözleşme tiplerinin konusu olabilmekte ve her bir sözleşme tipi içinde de farklı şekilde ifa edilmektedir. Örneğin, karz sözleşmesinde, ihtiyaç duyulan finansman belli bir miktar paranın karşı tarafa verilmesi suretiyle sağlanırken, finansal kiralama sözleşmesinde, işletmede kullanılacak yatırım malının üreticiden temini ve kullanımının kiracıya bırakılması yoluyla finansman temin edilmektedir. YİD sözleşmesinde de, sözleşmenin tipini oluşturan anlamsal yapı içinde, finansman unsuru ilişkinin belkemiği olarak görülebilmekte ve bir yanda inşa borcu bir yanda işletme hakkı olan bu hukuki ilişkinin bütün dengelerini de, finansman borcunun ifası ve finansmanın geri dönüşü sorunu belirlemektedir. İşte bu yapı içinde, finansman borcunun ifası, farklılık göstermekte ve inşa borcu ile işletme dönemindeki bakım ve onarım borcunun ifası suretiyle, gerçekte finansman borcu da ifa edilmiş olmaktadır.

[269] **Şenyüz Doğan**, s.14.

Gerçekten, yatırımcı finansman borcunu ifa ederken yatırım sahibine doğrudan bir sermaye aktarımı yapmamakta, kendi yarattığı fonu, inşa ve işletme döneminde, bizzat kendisi kullanarak, tesisin inşasını ve süre sonunda da devrini sağlayarak, yatırım sahibinin ifa menfaatini temin etmektedir.

Finansman borcunun bu niteliği nedeniyle de, yatırımcının inşa borcunun mahiyeti farklılaşmakta olup, buna bağlı yan borçlar da, aşağıda açıklandığı üzere, özgün birer hal almaktadır. Nitekim, yatırımcının asli borçlarından doğan, bu borçların sözleşmeye uygun şekilde ifasını sağlayan yan borçları da mevcuttur. Bu yan borçlarının bir kısmı Borçlar Kanunu'nun tipik sözleşmelere ilişkin hükümlerinden kıyasen, bir kısmı da işin mahiyetinden çıkartılmaktadır. Örneğin, işi sadakat ve özenle yapma, malzeme temini, genel ihbar, işe zamanında başlama ve devam etme borçları, inşa borcunun iyi surette ifası, tesisin sözleşmeye uygun olarak yapımı ile ilgili yan borçlarıdır. Ayrıca, istisna sözleşmesinden farklı olarak teslim borcuna değil de, inşaatın tamamlandığını ihbar borcuna bağlı olarak ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcu da, yine bir yan borç niteliğindedir[270]. Benzer şekilde, kira sözleşmesinin bir yansıması olarak ortaya çıkan ve fakat yatırımcıya ait olan bakım ve onarım borcunun da, devir borcuna bağlı bir yan borç olarak kabulü mümkündür.

Bütün borçları bu şekilde özellik gösteren yatırımcının, istisna sözleşmesindeki müteahhitten farklı olarak, inşa borcunun ifası tamamlandığında teslim borcunun doğmuyor olması, bunun yerine, sadece inşaatın tamamlandığını ihbar etme borcunun bulunması da, önemli bir farklılık olarak ortaya çıkmaktadır.

[270]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s:48; 160.

A. Finansman Temini Borcu

1. Borcun Muhtevası

YİD'in bir finansman modeli olması itibariyle, yatırım sahibinin bu modeli seçmesine neden olan ve dolayısıyla yatırımcının yerine getirmesi beklenen en önemli edim, 3996 sayılı Kanun m.3.a'da da ifade edildiği gibi, yatırımın finansmanın sağlanması olmaktadır. Ancak, istisna sözleşmesi müteahhidi gibi bir ücret alacağı olmayan yatırımcının, kendisine yapılacak avans ödemeleri veya ara hakedişlerle bir finansman yaratmak imkânı ve yatırım sahibinden bu hususta destek istemek hakkı bulunmamaktadır[271]. Bu nedenle yatırımcı, finansman borcunun ifasında, yatırımın gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan sermayeyi, gerek kendi özkaynaklarından gerek kredi kurumlarından temin etmek ve bu mali kaynağı yatırım sahibinin ifa menfaatini temin edecek şekilde harcamak zorundadır. Tabii ki, yatırımcılar, yatırımın tamamı için yeterli olacak özkaynağa sahip olamadıkları veya

[271]Genellikle taşınır teslimi projelerinde müteahhit iş sahibine çektiği poliçelerin onun tarafından kabulünü şart koşar ve bu poliçeleri bir bankaya iskonto ettirerek parasını alabilir. Eserin yapılmasının bir süreye bağlı olduğu inşaat işlerinde, müteahhidin bu dönemde iş sahibine bir çeşit kredi açmasının sakıncalarını önlemek için de genellikle ona avans ödemeleri yapılır. İşin ilerleme aşamalarına göre düzenlenen avans ödemelerini iş sahibi kendi temin edeceği banka kredileriyle yapabilir. Böylece iş sahibinin kredi ihtiyacını müteahhit değil, kredi kurumları karşılamış olmaktadır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.303.

kendi kaynaklarının tamamını söz konusu yatırım için riske atmak istemedikleri için, kredi kullanmak yoluna gitmektedirler[272].

[272]Bu krediler ise, uluslararası finansman kuruluşlarından olduğu kadar yerel bankalardan da temin edilebilmekte, hatta bazı durumlarda finans kurumlarının proje şirketinde pay sahibi olmaları da tercih edilmektedir. Ancak her durumda, non recourse veya limited recourse sisteminin geçerli olduğu YİD projeleri için finansman sağlayan kredi kurumları, proje şirketinin sermayedarlarından farklı olarak, kâr elde etmek amacıyla girdiği bir yatırımda zarar etmeyi de göze almak durumunda değildirler. Kredi kurumları açısından verilen kredinin ve tahakkuk edecek faizlerin zamanında ve tam olarak ödenmesi noktasındaki menfaat, risk paylaşımında belirleyici rol oynamakta, buna bağlı olarak da proje gelirinin belirli bir düzeyde ve sürekli olmasının temin edilmesini sağlayacak bir risk paylaşımı istenmektedir. Bu nedenle, bir finansman modeli olan YİD'te kredi kurumları büyük bir önem taşımakta ve gerek kredi sözleşmelerindeki gerek YİD sözleşmesindeki özel hükümlerle kredi kurumlarına proje üzerinde söz sahibi olmasına imkân verecek yetkiler tanınmaktadır. Bu özel yetkilerin tesisinde kredi kurumunun niteliği de önem taşımakta ve projelerin büyüklüğü nedeniyle yatırımcılar farklı kaynaklardan kredi kullanmak zorunda kalmaktadırlar. Örneğin, projede kullanılacak mal veya hizmeti ihraç eden ülkelerin EXIM bankaları ihraç edilen mal veya hizmet bedeli satın alma kredisi vermekte, bu krediler özellikle yatırım süresindeki faiz ve risk primini de karşılamaktadır. Bunun yanında, Dünya Bankası (IFC), The Overseas Private Investment Corporation-USA (OPIC), JEXIM/MITI, EDC/Kanada gibi, ihracattan bağımsız kredi kurumlarından temin edilen krediler de söz konusu olmakta ve bunlar özellikle hidroelektrik projelerin inşaat işlerinin finansmanında kullanılabilmektedir.

Esasen, yatırımcı, kendi özkaynaklarından ve/veya kredi kullanarak temin ettiği mali kaynağı yatırımın inşası borcunun ve işletme dönemindeki bakım onarım borcunun ifası için harcamak suretiyle yatırım sahibine dolaylı bir kaynak kullanımı sağlamış olmaktadır. Her ne kadar, temin edilen mali kaynak hiç bir zaman yatırım sahibinin tasarrufuna bırakılmıyor veya onun talimatlarına bağlı olarak harcanmıyor ise de, YİD sözleşmesinde kararlaştırılan şartlar dahilinde kullanılan finansman ile nihai olarak yatırım sahibine ait olacak bir yatırım gerçekleştirildiği için, yatırım sahibi bu mali kaynaktan, dolaylı olarak, yararlanmakta, onu kullanmaktadır. Bu nedenle, yatırımcının finansman temini borcunun, karşı tarafa bir mali kaynağı kullanma hakkı veren ve bu bağlamda sürekli nitelikte bir edim borcu ile ifa edilebilen borçlardan olduğu düşünülmektedir.

2. Borcun Hükümleri

İfa tarzı itibariyle, atipik nitelikte olan finansman borcuna uygulanacak hükümlerin tespitinde, Borçlar Kanunu'ndaki tipik sözleşme hükümlerinden yararlanmak mümkün olamayacaktır. Gerçekten, finansman amacına yönelik tipik sözleşme olarak ilk akla gelen karz sözleşmesinin, ödünç alana belli bir miktar paranın iade edilmek üzere geri verilmesi esasına dayalı sistemi içinde yapılanmış hükümlerinin, yatırım sahibine hiç bir nakdi ve hatta gayri nakdi kredi verilmesinin söz konusu olmadığı YİD'e uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir;

Bu şekilde temin edilemeyen kredi ihtiyacını karşılayan ise ticari bankalar olmakta, genelde lider bir bankanın organizasyonuyla birden fazla ticari bankadan kaynak yaratılabilmektedir. Bkz. **Demirci Zeki**, Demirci III, s.26-27.

Bilindiği gibi karz sözleşmesinde, ödünç konusu nesnenin mülkiyeti karşı tarafa geçmekte (BK.m.306) ve sözleşme sonunda, bu nesnenin teslimine bağlı olarak iade borcu doğmaktadır. Bu sözleşme modelinde, ödünç veren sözleşme konusu malın mülkiyetini ödünç alana geçirmek suretiyle ona bir sermaye sağlamayı taahhüt etmekte ve buna bağlı olarak da ödünç alan, kendisine verilen şeyi kullanmak ve tüketmek hakkına sahip olmaktadır[273]. Dolayısıyla, ödünç alan, nesnenin kendisine teslimini, ödünç veren de, sözleşme sonunda ödünç konusunun iadesini talep edebilecektir. YİD'te ise, her ne kadar yatırım için kullanılan finansman, tesisin inşası vesilesiyle, yatırım sahibinin malvarlığına dahil olmakta ise de, bu ilişkide yatırım sahibine teslim edilen ve mülkiyeti geçirilen bir ödünç konusu bulunmamakta, yatırımcı finansman olarak kullanılan mali kaynağı bizzat harcamaktadır. Bu nedenle, yatırım sahibinin, BK.m.306'ya dayanarak kendisine ödünç konusunun teslimini talep etmesi ve bu talebi yerine getirilmediğinde de borca aykırılık hükümlerine dayanması söz konusu olmamaktadır.

Ayrıca, YİD sözleşmesindeki yatırımcının finansman borcunu ifası, yarattığı mali kaynaktan dolaylı bir şekilde yatırım sahibini yararlandırmak, onun bu finansmanı dolaylı olarak kullanmasını temin etmek şeklinde olabilecektir. Başka bir ifade ile, yatırımcı tesisi inşa etmek ve işletme döneminde de gerekli bakım ve onarımları yapmak suretiyle bu borcunu ifa edebilecektir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede, finansman borcunun ne şekilde ifa edileceği ve kullanılan sermayenin hangi yolla geri alınabileceği belirtilmiştir. Kamu yatırımlarına ilişkin olan bu Kanun, kamu yatırımlarına doğrudan uygulanabildiği gibi, ilişkideki

[273] **Aral Fahrettin**, s.309-310.

benzerlik ölçüsünde özel yatırımlara da kıyasen uygulanabileceği için, m.3.a ve m.7'nin, bu benzerlikle sınırlı olarak, genelleştirilmesi uygun olacaktır[274]. Böylece, YİD sözleşmesindeki finansman borcunun, yatırım için gerekli sermayenin yatırımcı tarafından bulunarak tesisin inşası ile bakım ve onarımında kullanılması suretiyle ifa edileceği, yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dahil) yatırımcıya geri dönüşünün ise, işletme süresinde üretilecek mal veya hizmetin (yatırımcı tarafından üçüncü kişilere) satışından elde edilecek gelirden mahsup suretiyle yapılabileceği, bunun dışında yatırım sahibinden bir ödeme talep edilemeyeceği kesinlik kazanmaktadır. Dolayısıyla, yatırım sahibinin, inşa, bakım onarım ve devir borçlarının yerine getirmesini talep haricinde, münferit olarak finansman temini borcunun ifasını yatırımcıdan talep etmesi de mümkün olmayacak, onun ifa menfaati, tesisin inşa edilmesi ve bakımlı bir şekilde işletildikten sonra, süre dolduğunda kendisine devir edilmesiyle temin edilecektir. Buna bağlı olarak da, YİD'in tarafları arasında ödüncün teslimi veya (sözleşme süresinin sonunda) iadesi sorunu (BK.m.309,311,312) hiç gündeme gelmeyecektir.

Aynı şekilde, karz sözleşmesinin, faize ilişkin hükümlerinin (BK.m.307-308) de YİD sözleşmesine uygulanması mümkün olmamalıdır. Esasen, her ne kadar BK.m.307/II uyarınca, sadece ticari işlerde, ayrıca taahhüt edilmese dahi, faiz borcu doğmakta,

[274]94/5907 sayılı BKK. m.19 uyarınca, görevli şirketin finansmanını sağlamakla yükümlü olduğu toplam yatırım tutarı ve varsa uygulanacak eskalasyonlar ile bunlara uygulanacak formüller, köprü kredi kullanılacak ise bunun kullanılacağı durumlar, vergi ve stopajların ödenmesi, ek maliyetler ve bunların nasıl karşılanacağı ile kullanılacak her tür krediye ilişkin hususlar sözleşmede gösterilecektir.

buna karşılık, adi işlerde kural olarak faiz ödenmesi gerekmemekte ise de, bir yatırım projesinin finansmanında kullanılacak olan YİD modelinin ancak bir ticari iş niteliğinde ortaya çıkacağı dikkate alındığında, YİD'in finansman unsurunun karza benzetilmesi halinde, bir faiz borcu doğması gerektiği söylenebilecektir. Bununla birlikte, paranın kullanım bedeli olarak tanımlanabilecek faizin doğabilmesi için, her şeyden önce faiz borçlusuna belli bir miktar paranın (ödünç) verilmiş olması gerekmekte, halbuki YİD'te yatırım sahibine ödenen bir miktar para bulunmamaktadır. Bu nedenle, faiz borcunun doğması, eşyanın doğası gereği mümkün değildir. Öte yandan, tesis nihai olarak yatırım sahibine ait olacağı için, dolaylı bir ödünç ilişkisi kurulduğu ve yatırım sahibi için finansmandan dolaylı bir yararlanma sağlandığı da muhakkaktır. Ancak, finansmanın nihai etkisi yatırım sahibinin malvarlığında doğacak ise de, mali kaynağı yönetenin yatırımcının kendisi olduğu ve işletme geliri ile birlikte bu mali kaynağı da yatırımcının bizzat kullandığı, dolayısıyla yatırımcı açısından kendi parasını başkasına kullandırmanın bir maliyeti doğmadığı gibi, bir kira bedeli ödemeden işleteceği tesisin gelirini de kullanmak imkânına sahip olduğu unutulmamalıdır. Nitekim, YİD bir proje finansman modeli olduğu, dolayısıyla harcanan fonun geri dönüşünün sadece işletme gelirlerinden sağlanacağı ve finansman riskinin yatırımcıya ait olacağı dikkate alındığında, yatırım sahibi için bir faiz borcu doğacağının kabulü zaten mümkün olmayacaktır. Zira yatırımcı, işletme süresinde kendi faaliyetleriyle, kâr beklentisini karşılayabileceği düşüncesiyle hareket etmekte, yatırım sahibi de, tesisin rantını belirli bir süre için yatırımcıya bırakmak suretiyle, finansman maliyetinin ve makul bir kârın elde edilmesi imkânı yaratmaktadır. İşte bu finansman yapısı nedeniyle, yatırımcının, işletme gelirinden kâr elde etmek haricinde bir faiz talep etmek hakkı

doğmamaktadır. Öte yandan, tesisin kârlılığına göre faizden daha yüksek bir kâr elde edilmesi mümkün olduğu gibi, yatırımcı, zarar ihtimalini de göze almak durumunda kalmaktadır.

Bir başka tipik finansman modeli olan finansal kiralama ile YİD arasındaki benzerliğin ve farklılığın ele alınmasında da yarar görülmektedir. Esasen, finansal kiralama da, bir yatırım finansmanı aracı olması itibariyle YİD ile aynı grupta değerlendirilebilecektir. Zira, bir yatırım ihtiyacında olan kiracı, gerekli mali kaynağa sahip olmadığı için kiralayanın mali kaynaklarından yararlanmakta olup, bu açıdan YİD ile benzeşmektedir. Buna karşın, kiracı kullanım hakkını elde ettiği yatırım malının edinme maliyetini taksitler halinde kiralayana ödemek borcu altında olduğu halde, YİD yatırımcısının böyle bir borcu mevcut değildir. Kaldı ki, kiracı yatırım malını işletmesinde kullanarak taksit ödemelerini yapacak ise de, sorumluluğu işletme gelirleriyle sınırlı olmayıp, kira bedellerinden bütün malvarlığı ile sorumludur. Bu nedenle, finansal kiralama yoluyla alınan yatırım malının kullanımı ile yürütülen ticari faaliyette kâr elde edilememiş olsa dahi, kiracının kira bedeli borcu devam edecektir. YİD'te ise, finansmandan nihai olarak yararlanan yatırım sahibinin, sözleşme yerine getirildiği sürece, herhangi bir şekilde yatırımda kullanılan mali kaynağın geri ödenmesi hususunda bir borcu bulunmamakta, o sadece tesisin işletme hakkını vermekte, bu hakkı kullanan yatırımcısı ise, hem yatırımı bizzat gerçekleştirmekte ve yatırım maliyetine kendi katlanmakta, hem de işletme riskini üstlenerek, işletme kârından harcadığı sermayeyi geri almaya çalışmaktadır. İşte bu temel farklılıklar nedeniyle, 3226 sayılı Finansal Kiralama

Kanunu hükümlerinin, kıyasen dahi olsa, YİD sözleşmelerine uygulanması mümkün görülmemektedir.

Bununla birlikte, YİD yatırımcısı, finansman temini borcunun ifasında finansal kiralamadan yararlanabilecektir. Gerçekten, yatırımcı şirket, işletme döneminde kullanılacak tesisatı satın almak suretiyle temin edebileceği gibi, finansal kiralama yoluyla da sağlayabilecektir[275]. Ancak, finansal kiralama sözleşmelerinin asgari feshedilmezlik süreleri nedeniyle (3226 Sayılı Kanun, m.7) sorunlar yaşanabileceği de muhakkaktır. Zira, YİD sözleşmesi sona erdiğinde tesis yatırım sahibine ''*her türlü borç ve taahhütlerden ari olarak*'' devredilecek olup, finansal kiralama konusu mallar ise, asgari feshedilmezlik süresi tamamlanıp opsiyon hakkı kullanılmadıkça, yatırımcının mülkiyetine intikal etmeyecektir. Bu nedenle, sabit işletme tesisatının değil, menkul işletme tesisatının veya inşaat döneminde kullanılacak ekipmanın bu yolla temininin daha uygun olacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte, tesisin bünyesine dahil olacak ve sözleşme süresi sonunda da devri ile birlikte yatırım sahibine intikal edecek nitelikteki sabit tesisatın temininde finansal kiralama kullanıldığında ise, finansal kiralama sözleşmesinin YİD sözleşmesine bağlı bir sözleşme olarak düzenlenmesi ve opsiyon hakkının da yatırım sahibine devri suretiyle sorun çözümlenebilecektir. Gerçekten, sözleşme sona erdiğinde, kiralama şirketi, bakiye kira bedellerini ve kira konusu malı geri isteyeceği için (3226 SK.m.25), tesise dahil olmuş malın iadesinin engellenebilmesi, devralınan opsiyon hakkına istinaden, bakiye kira bedelleri borcunun yatırım sahibi tarafından

[275]**Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.7; **Güneş Cengiz**, Güneş II, s. 252-253.

.

ödenmesiyle mümkün olabilecek, ödenen meblağın da yatırımcıdan tahsili gerekecektir. Öte yandan bu halde, yatırımcının her türlü borçtan arındırılmış bir tesis devredemediği için borca aykırı davrandığı kabul edilerek, BK.m.96 uyarınca doğan zarardan (bakiye kira bedelleri) sorumlu olduğu kabul edilebilecektir.

Görülüyor ki, tipik finansman sözleşmelerine ilişkin hükümlerden YİD için yararlanmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması ve bu hükümlerin yeterli olmadığı hallerde de hakimin hukuk yaratması yoluyla boşlukların doldurulması zorunlu olmaktadır. Tabii ki, bu şekilde hukuk yaratma yoluna gidilirken de, YİD'teki finansmanın bir proje finansman tekniği olduğu, dolayısıyla, yatırımın kendi kendini finanse etmesi esası üzerine kurulu bir yapısının bulunduğu unutulmamalıdır. Bu bağlamda, yatırım sahibinin ifa menfaati gereği, finansman borcunun ifasını talep etmesinin mümkün olmayacağı, sadece inşa, bakım onarım ve devir borçlarının ifasının talep edilebileceği, bu borçların ifası kapsamında finansman borcunun da zaten ifa edilmiş olacağı dikkate alınarak, yatırımcının finansman borcuna münferit aykırılığından bahsedilemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

3. Finansmanın Teminata Bağlanması

a. YİD Modelinde Teminatın Önemi

Yatırımcının finansman temini borcunun yatırım sahibinin vereceği belirli garantilerle veya ek finansman temini taahhütleriyle hafifletilmesi de mümkündür.

Bu bağlamda, özellikle güçlü bir ekonomiye sahip olmayan ülkelerin kamu yatırımlarında kullanılan teminat çeşitleri ise aşağıda ele alınacaktır[276]. Ancak, bu noktada öncelikle belirtmekte yarar gördüğümüz husus, YİD modelinin esaslı edimlerinden olan finansman temininde yaratılacak bu teminatların veya yatırım sahibinin vereceği taahhütlerin, modelin kapsamı dışına çıkılmasına neden olmamasıdır. Aksi halde, menfaat dengesini sağlamak üzere risk paylaşımı yapılması adı altında, yatırımcının bütün riski ortadan kaldırılmış olabilecek, böylece bir YİD modelinden değil, belki bir adi şirketten bahsedilmesi daha doğru görülecektir. Gerçekten, YİD modeli içinde yatırım sahibi tarafından verilecek krediler veya

[276]Bununla birlikte, İngiltere ve Hong-Kong gibi gelişmiş ekonomilerdeki YİD projelerinde devlet garantisi kullanılmamıştır. İngiltere'deki Dartford Bridge Crossing projesinde de, özsermaye/kredi oranı 0/100 olarak belirlenmiş olup yatırımcı şirket, mevcut tünellerin de işletme hakkına sahip olduğu için, bu tünellerin geliri ile finansman sağlanmıştır. Avustralya'daki Sydney Harbour Tunnel projesinde ise, garanti yerine halka tahvil satışı yoluna gidilerek finansmana destek sağlanmıştır Bkz.**Tiong Robert L.K.**, Tiong I, s.183-187; **Tekeli Mine**, s.25-26; Ülkemizdeki YİD uygulamalarında da, mevcut bir yatırımın (boğaz köprülerinin) gelirinin yatırımcı şirkete bırakılması finansman desteği sağlamak amacıyla tahsis edilmesi düşünülmüş, ancak bu sistemin hukuka uygunluğu hususunda tereddüte düşülerek istişari görüş alınmıştır. Bunun üzerine Danıştay 1.Dairesinin 16.12.1998 T., E.1998/267, K.1998/481 sayılı kararında (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), 3996 sayılı Kanun m.6 uyarınca, işin finansmanından yatırımcı şirketin sorumlu olması gerektiği belirtilerek, boğaz köprüsü gelirlerinin yatırımcı şirket tahsisinin bu hükme aykırılık oluşturacağı sonucuna ulaşılmıştır. .

garantiler hususunda dikkatli davranılmaz ise, yatırımcının finansman riski tamamen ortadan kaldırılacağı gibi, aynı zamanda, sıradan bir anahtar teslimi sözleşmesindekinden daha da pahalı bir model kullanılmış olacaktır[277].

Proje finansmanı niteliği nedeniyle özgün bir yapısı olan YİD'te yatırımcıya verilecek teminatların belirli bir düzeyi aşması, yatırımcının sadece eser inşası riskini üstlenmesi, bunun dışında işletme nedeniyle doğacak risklerden korunması, dolayısıyla ürettiği mal veya hizmeti pazarlamak, satmak kaygısı taşımadan, garantilere dayanmak suretiyle işletmeden gelir elde etmesi sonucunu yaratacaktır. Halbuki, YİD modelinin tercih edilmesinde özellikle yatırım sahibi açısından önem taşıyan husus, işletmenin kendi kendini finanse edecek olması ve finansman riskinin tamamen yatırımcının üzerinde bulunmasıdır. Ayrıca, alım garanti verilen hallerde, yapılacak üretimin serbest rekabet ortamında emsalleri ile yarışacak kaliteye ulaşamaması ihtimali de yüksektir. Zira, mal veya hizmetin ayıplı olması hali dışında, alım taahhüdünün gereği olarak, üretimin tamamı satın alınacak, dolayısıyla yatırımcının üretim kalitesini artırmak için herhangi bir çaba göstermesi de gerekmeyecektir. Bu durum ise, işletme dönemi sonunda işletmeyi devir alacak olan

[277]YİD modelinde, kural olarak, inşaat döneminde kredi geri ödemeleri başlamadığı için, biriken faiz yükü işletme dönemine yığılmakta ve aynı zamanda yatırımcı üzerine aldığı riskler nedeniyle finansman maliyetini de artırmaktadır. Ayrıca, bu risklere bağlı olarak yatırımcı daha yüksek kâr payı hedeflemekte ve bu nedenle maliyete yansıtılan dış para faiz oranı yükselmektedir. Bu ekonomik yapısı itibariyle YİD, anahtar teslimi modelden daha pahalı bir yatırım aracı olmaktadır. Bkz. **Şahin Bahri**, s.161-163.

yatırım sahibinin menfaatleri açısından uygun değildir. İşte bu sakıncalar ve bunun yanında çok sayıda projeye verilen garantilerin Hazine üzerindeki aşırı yükü dikkate alınarak[278], elektrik piyasasında tam rekabetçi bir ortam yaratmak amacıyla,

[278]Yatırım sahibi tarafından verilecek garantiler hususunda 3996 sayılı Kanun'un sunduğu imkânların amacı aşan sonuçlara yol açtığı da gözden kaçırılmamalıdır. Finansman ve buna bağlı olarak işletme riskinin, esas itibariyle, yatırımcı üzerinde kalması gereken bu sistem içinde, yatırımcıya alım garantisi ve buna ek Hazine Garantileri verilmesi, belirli bir noktadan sonra, yatırımcının zarar etmesi ihtimalinin tamamen ortadan kaldırmasına yol açmakta ve dolayısıyla YİD tipi dışına çıkılması söz konusu olabilmektedir. Nitekim, ülkemizde yapılan uygulamaların çoğunda başarıya ulaşılamamasının bir nedeni de bu garantilerin aşırı bir güvence yaratması neticesinde yatırımcının veriminin düşmesi, yatırım sahibi idarenin de garantilerin yarattığı borç yükü altında ezilmesi olmuştur. Bkz. **Çelebi Nuran/Efendi Ayşe**, , s.305; Bu nedenle de, 11 YİD projesinin iptali yoluna gidilmiştir. Bkz. **Milliyet Gazetesi**, 14.12.2003, Ekonomi Sayfası; Sayıştay'ın TBMM'ne sunduğu Enerji Raporunda, özellikle yeterli inceleme yapılmadan ve sadece şirketlerin önerileri esas alınarak ve hatta bazı hallerde fizibilite raporu dahi istenmeden verilen projeler nedeniyle, ülke ihtiyacına uygun olmayan enerji yatırımlarının yapıldığı ve verilen alım garantileri nedeniyle, tarifeye yansıtılan yüksek maliyetlere bağlı olarak zararın arttığı tespit edilmiştir. Bkz. **Cumhuriyet Gazetesi**, 3.4.2004, s.12 ve 29.7.2004, s.4; Sayıştay raporundaki tespitlere şirketlerin yaptığı itirazlar hususunda bkz. **Cumhuriyet Gazetesi**, 21.5.2004, s.12; Ayrıca idare kendisinin yapması gereken yatırımları gerçekleştiremediği için de, tamamlanmış YİD projelerinden yararlanamamış ve hatta garanti kapsamında ödemeler yapmak durumunda kalmıştır.

20.2.2001 tarihinde kabul edilen 4638 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun Geçici 8.maddesi ile, kamu yatırımlarına Hazine Garantisinin verilmemesi ve mevcutların sona erdirilmesi, projelerin belirli bir tarihte (2002 yılı sonu) işletmeye alınmış olması koşuluna bağlanmış ve bu şekilde devletin üzerindeki Hazine Garantisi yükünün hafifletilmesi düşünülmüştür[279]. Ancak, bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı

Örneğin, İzmit Yuvacık Barajının suyunun büyük kısmının İstanbul Büyükşehir Belediyesine verilmesi öngörülmüş ve DPT de bu yönde rapor hazırlamış olduğu halde, Belediye kendinden kaynaklanan nedenlerle suyu almak istememiş, İzmit Belediyesi de bu miktar suyu kullanamamış ve sonuçta üretilen mal tüketilmediği halde garantiler nedeniyle şirkete ödeme yapılması zorunluluğu doğmuştur. Bkz. **Cumhuriyet Gazetesi**, 21.9.2003, s.12.

[279]Ayrıca, 24.10.2001 tarihinde, o dönemin Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Hüsamettin Özkan, Devlet Bakanı Kemal Derviş ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Zeki Çakan tarafından bir basın açıklaması yapılarak, mevcut YİD projelerinden sadece 29 adedi için verilecek Hazine Garantilerinin prensiplerini kamuoyuna duyurmuşlardır; Garantisi verilebilecek projelerin, 4628 Sayılı Kanun Geçici m.8 uyarınca, 2002 yılı sonu itibariyle işletmeye geçmeleri ön şart olarak tespit edilmiş, şirketlerin elektrik satış tarifesinde artışa neden olacak bir talepte bulunamayacakları belirtilmiş, sağlanacak kredilerin en az 4 yıl olması öngörülmüş ve bu ilkeler çerçevesinde dökümanların revize edileceği (bu bağlamda, imzalanmış sözleşmeler dahil Hazine ve Bakanlık tarafından bir kez daha incelemeye alınmış olup, özellikle elektrik satış fiyatlarının indirilmesi hususunda firmalarla yeniden pazarlık başlatılmıştır) ifade edilmiştir. Bunun yanında Hazine Garantilerinin süresi ve kapsamının da değiştirildiği ilan edilmiş ve 10 yıl süre ile Enerji Satış

iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi, sözleşme özgürlüğüne haksız bir müdahale olarak gördüğü Geçici 8.maddeyi iptal etmiştir[280].

Anlaşmalarından doğan ödeme yükümlülüklerinin tamamına garanti verileceği, kalan sürede de sadece fiilen satın alınan enerji bedelinin garanti edileceği, enerji alım taahhütlerinin ise en geç 2012 yılında sona ereceği açıklanmıştır.

[280]Anayasa Mahkemesi'nin, 13.12.002 T., E.2001/293, K.2002/28 sayılı kararında, ''*Anayasa'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48.maddesi, 'Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir' kuralını getirmektedir. Buna göre taraflar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasa'nın 48.maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir. Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikler arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içerisinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır. Dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır. Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk*

Esasen, bu aşırı noktalara varılmadığı sürece, akit tiplerinin nisbi kapalı bir yapıda olmalarına ve bu nedenle tipin anlamsal yapısı değiştirilmedikçe, bazı unsurlarında değişiklik yapılması imkânına istinaden, YİD'in finansman unsuru üzerinde de değişiklikler yapılması mümkün olmalıdır. Kanunla düzenlenen sözleşmelerde, bu değişiklik imkânı sadece emredici olmayan hükümlerle sınırlı olduğu halde, isimsiz

---

güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar. Açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır..... .

Geçici 8.maddenin 1. fıkrasında öngörülen 3996 sayılı Yasa kapsamındaki Hazine Garantileri, daha önce karalaştırılmış bulunan projelerde sözleşmenin ayrılmaz bir bölümüdür. İdarenin bütünlüğü nedeniyle, sözleşmenin bir tarafının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ya da başka bir kamu kuruluşu olması ve Hazine Garantilerinin ise Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan tarafından verilmesi bu durumu değiştirmez. Çünkü bu sözleşmelerin tarafı durumundaki yüklenici şirketler yatırım ve hizmetleri bunların Hazine Garantisi içinde yürütüleceğini bilerek üstlenmektedirler'' gerekçesine dayanılarak hüküm iptal edilmiştir. Bkz. RG. 18.4.2002 T., 24730 S.; Ancak, maddenin ''*Bu projeler haricinde 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Kanun ile 16.7.1997 tarihli ve 4283 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Hazine Garantisi verilemez*'' şeklindeki 2.fıkrası iptal edilmemiş olduğu için, mevcut Hazine Garantilerinin sona erdirilmesi mümkün olmasa da, bundan sonraki projeler için Hazine Garantisi verilemeyeceği söylenebilecektir. Bununla birlikte, 3996 sayılı Kanun m.11 ve 94/5907 sayılı BKK halen yürürlükte olduğu için, bu düzenlemeler uyarınca yeni garantilerin verilebileceği de ileri sürülebilecektir.

sözleşmelerde tek sınır, tipin anlamsal yapısıdır[281]. Dolayısıyla, bir sui generis tip olan YİD'in finansman unsurunda yapılacak değişiklikler de, bu sınır içinde olup olmadıklarına göre değerlendirilmelidir.

[281]**Kuntalp Erden**, Kuntalp II, s.46-47; Kanunda düzenlenen sözleşme tipleri mutlak emredici ve nisbi emredici hükümler öngörülmüş olup, mutlak emredici olanların aksi kararlaştırılamamakta ve fakat nisbi emredici olanlar kanunda gösterilen şekilde değiştirilebilmektedir. Ayrıca bunların yanında, tamamlayıcı hükümler de bulunmaktadır ve bunlar sözleşmede boşluk olan hallerde uygulanacaktır. İsimli-isimsiz sözleşme ayrımı da bu bağlamda çok abartılmadan uygulanmalıdır. Şöyle ki, kanunda düzenlenen, isimli bir sözleşmede dahi hakim, gerek gördüğü hallerde genel hükümleri uygulayabilecektir. Gerçekten, mevcut sözleşme, kanuni tipin bütün unsurlarını haiz olsa dahi, eğer ruhu ve ekonomisi açısından (*bu ifadenin, sözleşmenin anlamsal yapısını karşıladığı düşünülmektedir*) bir farklılık gösteriyor ise veya kanunda isimli sözleşme için yapılan düzenleme fazlasıyla genel, yüzeysel ise, hakimin genel hükümleri uygulaması gerekecektir. Öte yandan, kanundaki tamamlayıcı hükümler, isimli sözleşmelerdeki ihtiyaçlara uygun düşen çözümler içermekte olmasına rağmen eğer mevcut sözleşmedeki boşluğun doldurulması hususunda, tarafların boşluğun doldurulması hususundaki farazi iradeleri ile tamamlayıcı hüküm örtüşmekte ve fakat sözleşmenin ekonomisi, isimli sözleşmeye nazaran çok değiştirilmemiş ise, hakim tamamlayıcı hükmü, isimli sözleşmeden farklı nitelikteki mevcut sözleşme için de uygulayabilecektir. Bkz.**Tercier Pierre,** N.111,132.

Bu değerlendirmede YİD hususunda, sınırlı bir kapsamda olsa da, en ayrıntılı yasal düzenlemeleri içeren 3996 sayılı Kanun m.11 ve 94/5907 sayılı BKK yol gösterici olabilecektir. Nitekim, bu Kanun'un sisteminde yatırım sahibinin finansman yükünü paylaşmasına yönelik hükümler yer almakta ve 94/5907 sayılı BKK ile de hangi sınırlar içinde bu paylaşımın yapılabileceği gösterilmiş bulunmaktadır. Eğer bu sınırlamalar, YİD ilişkisindeki risk paylaşımının bir uzantısı olarak değerlendirilecek olur ise, hükümlerin temelindeki mantık da anlaşılabilecektir. 94/5907 sayılı BKK m.39'da, idarece satın alınacak mal ve hizmet bedelleri için ödeme yapılacağına dair garanti vermeye, yabancı finans kuruluşlarınca sağlanacak köprü krediler için geri ödeme garantisi veya görevli şirkete köprü kredi sağlanması hususunda mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, finansör kuruluşlarca sağlanan ana krediler[282] için, tesisin ve görevli şirketin hisselerinin uygulama sözleşmesi ve diğer sözleşmelerdeki koşullara uygun olarak, süresinden önce idarece

[282]Ana kredi, 94/5907 sayılı BKK m.3.k'da, ''*Kanunda öngörülen ve münhasıran yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacıyla, görevli şirketçe finansman kuruluşundan sağlanan ve Hazine garantisini haiz olmayan krediyi*'' olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm m.39 ile bir arada ele alınınca, Hazine Garantisinin sadece sözleşmenin süresinden önce sona ermesi haline münhasır olarak ana kredileri garanti ettiği görülmektedir. Ayrıca, Hazine Garantisi Prensiplerinde (bkz. **Güneş Cengiz**, Güneş II, s.785) de, TEDAŞ'nin Enerji Satış Anlaşmasından kaynaklanan tarifeye ilişkin ödeme yükümlülüklerinin vadesi geldiğinde TEDAŞ tarafından şirkete ödeneceğini ve Elektrik Enerjisi Fonu ile şirket arasında akdedilecek Fon Anlaşması hükümlerinden kaynaklanan Fon ödeme yükümlülüklerinin Fon tarafından vadesi geldiğinde şirkete ödeneceğine ilişkin garanti verilebileceğine ilişkindir.

idarece devir alınması halinde, geri ödeme garantisi vermeye Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan yetkili kılınmıştır[283]. BKK'nın 40.maddesinde ise, köprü krediler düzenlenmiş, yatırım sahibinden (idareden) kaynaklanan kayıp ve zararların, mücbir sebeplerden doğacak zararların ve tarafların mutabakatı ile yapılacak sözleşme değişikliği nedeniyle ortaya çıkacak maliyet artışlarının finansmanı için yatırımcıya (görevli şirkete) köprü kredi sağlanabileceği belirtilmiş, ayrıca verilecek kredinin yatırımcının (görevli şirketin) özkaynakları ile sınırlı olacağı ve istisnai hallerde bu sınırın aşılabileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, m.40'da, hiç bir şekilde, yatırımcının (görevli şirketin) hatasından kaynaklanan zararlar ile vergi ve stopajların finansmanında kullanılmamak üzere, köprü kredi verilmeyeceği de ifade edilmiştir. Görülüyor ki, risk paylaşımı bağlamında ilişkinin yapısı ile uyumlu olduğu kabul edilebilecek olan bu sınırlı finansman temini imkânının, YİD'in tip yapısını oluşturan esaslı unsurları ortadan kaldırmadığı kabul edilebilecektir. Zira, bu garantinin verilmesi halinde dahi, finansman temini ve geri ödenmesi borcunun asli sorumlusu yatırımcı olmaya devam etmekte, sadece belirli risk hallerinde bu sorumluluk yatırım sahibi idare tarafından üstlenilmektedir.

Bu nedenle, özel yatırımlarda da, en fazla m.40'da belirlen bu sınır dahilinde, yatırım sahibi tarafından finansman temini taahhüdünde bulunulmasının mümkün olduğu söylenebilecektir.

---

[283] 3996 sayılı Kanun m.11'de, BKK m.39'daki düzenlemeden farklı olarak, kamu kuruluşlarınca yatırımcı şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilmemesi halinde ilgili sözleşme çerçevesinde ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için de garanti verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer yandan, finansman unsuru bağlamında yaratılabilecek bütün alternatiflerde ortak bir sorun ise, taraflar için öngörülen ek taahhütlerin yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin feshinin mümkün olup olmayacağıdır. Eğer bu taahhütler, sözleşmede kurulan denge içinde, bir asli edim düzeyine çıkartılmışlar ise, garanti veya ek finansman temini taahhüdünün ihlali halinde yatırımcı için fesih hakkının doğacağı kabul edilmelidir. Buna karşın, sözleşmeden garantinin yatırımcı açısından asli olmayıp, sadece destekleyici bir fonksiyonu olduğu anlaşılıyor ise veya ek finansman taahhüdü sigorta ile desteklenmiş ise, bunların asli edime nazaran daha düşük değerde olduğu, yani birer yan edim oldukları ve dolayısıyla ihlallerinde, bir çekilmezlik hali oluşmadıkça, fesih hakkının doğmayacağı kabul edilebilecektir[284].

b. YİD Modelinde Tercih Edilen Teminatlar

YİD'in bir proje finansman modeli olması itibariyle, kural olarak, yatırım sahibinin hiç bir mali yük altına girmeden, sadece tesisin işletme hakkını belirli bir süre için yatırımcıya bırakmak suretiyle, yatırımının gerçekleşmesinde ihtiyaç duyduğu finansmanı temin edebilmesi gerekmektedir. Ne var ki, her proje yatırımcılar için yeterince kârlı bulunmayabileceği gibi, projenin taşıdığı riskler nedeniyle de yatırımın cazibesi azalabilecektir. Gerçekten, kamu yatırımları açısından YİD bir özelleştirme metodu olarak görülmekte ise de, devlet desteği olmadan YİD projelerinin başarıyla uygulanması çoğu zaman mümkün olmamakta, devletin alım

[284]Yan edim borçlarının ihlali halinde BK.m.96 uygulanacak ve bu kapsamda, kusurlu borçlu zarardan sorumlu olacak ise de Serozan, alacaklıya fesih hakkının da tanınması gerektiğini hususunda bkz. **Serozan Rona**, s.307-308.

taahhüdü, ek finansman imkânları ve Hazine Garantileri sunması beklenmektedir[285]. Ayrıca yatırımcılara kredi veren finans kurumları, kredinin geri ödenmemesi riskine karşı bir koruma sağlanmasını talep etmekte, bu taleplere karşılık olarak da devlet, tarifeye yansıtılabilen köprü krediler kullandırmakta ve sözleşmenin süresinden önce sona erdiği hallerde kredi borcu bir kamu kurumu tarafından üstlenilmektedir[286].

[285]Elektrik santrallerinin yapımına ilişkin YİD projelerinde imzalanan Enerji Satış Anlaşmalarının (ESA) tarafı TEAŞ veya daha sonraki yapılanmalar uyarınca onun yerine geçen kamu kurumları olmuştur. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.2 uyarınca mevcut enerji satım anlaşmaları Türkiye Elektrik Ticaret ve taahhüt Anonim Şirketi tarafından devralınmıştır. **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi , m.25 ile **Atatürk** Hava Limanı Yapım İşletim ve Devir İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi m.25'te ise, asgari yolcu sayısı yatırım sahibi olan Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından garanti edilmiştir.

[286]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.21; Bu şekilde sözleşme sona erdiğinde kredi borcunun kamu kurumları tarafından üstlenilmesi, sözleşmenin erken sona ermesi nedeniyle, ilişkinin tasfiyesi anlamında olmak üzere kullanılan finansmanın iadesinden farklıdır. Zira, ilişki ileriye dönük olarak tasfiye edilirken, yatırımcının daha önce ifa ettiği finansman borcu kapsamında yatırıma girmiş ve fakat sözleşme erken sona erdiği için, sona erme tarihi itibariyle işletme gelirinden geri alınması mümkün olmayan finansman tutarı yatırımcıya iade edilecektir. Dolayısıyla, sözleşme döneminde işletme gelirinden alınması beklenen ve fakat işletme riskleri nedeniyle geri alınamamış olan finansmanın iadesi söz konusu olmamalıdır. Kamu yatırımlarında ise, bu önemli nokta dikkate alınmaksızın ödenmemiş bütün kredi

Yatırımcının tesisin işletilmesi için ihtiyaç duyacağı yakıtın veya bir başka temel girdinin temini hususunda garanti talep etmesi halinde ise, yine bir devlet kurumu tarafından satım taahhüdünde bulunulmakta ve böylece tesisin girdi ihtiyacının düzenli ve sürekli olarak karşılanması sağlanmaktadır[287]**.** Bunlara ek olarak yatırımcılar, proje risklerini üstlenmekten kaçınabilmek amacıyla, maliyeti düşürmeye yönelik vergi avantajları, enflasyona göre ayarlanan bir tarife sistemi, yerel parayı yabancı paraya çevirebilme imkânı, rekabete karşı koruma sağlanmasını, mücbir sebep hallerinde yatırım tutarının ödenmesini ve ayrıca yatırım sahibinden ilk talepte ödeme garantisi de talep edebilmektedirler. Kamu yatırımlarında daha çok politik riskler nedeniyle gündeme gelen bu garanti ihtiyacının karşılaması ise, Hazine Garantileriyle mümkün olabilmektedir[288].

---

borçları kamu kurumlarınca üstlenilmekte, böylece finansmanın iadesi sınırı dışında, kredi kurumlarına bir teminat yaratılmış olmaktadır.

[287]Doğalgaz kombine çevrim doğalgaz santrallerinin ve termik santrallerin kurulmasına ilişkin YİD projelerinde tesiste kullanılacak doğalgazın proje şirketine satışı Boru Hatları İle Petrol Taşıma Anonim Şirketi (BOTAŞ) ile imzalanan Gaz Satım Anlaşmalarıyla (GSA) taahhüt edilmiştir. Hidroelektrik santrallerin kurulmasına ilişkin YİD projelerinde ise, tesiste kullanılacak suyun temini Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ) ile imzalanan su kullanım anlaşmalarıyla sağlanmaktadır.

[288]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.19-25; 3996 sayılı Kanun m.11'de ve 6.8.1994 tarih, 94/5907 sayılı BKK (bkz. RG.1.10.1994 T., 22068 S.) m.39 ile Hazine Garantilerinin kapsamı belirlenmiştir. Ayrıca, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da da, YİD modeliyle

Yatırım sahibinin bir özel hukuk kişisi olması halinde ise, yatırımcının ihtiyaç duyacağı garantiler, ancak bir banka aracılığı ile, alım taahhüdü ise bizzat yatırımcı veya onunla bağlantılı bir özel şirket tarafından yerine getirilebilecektir. Tesisin ihtiyacı olan temel girdinin temininde ise, eğer devlet tekeline tabi bir mal söz konusu ise, özel hukuk kişisi olan yatırımcının verebileceği teminat, kendisinin veya yine bir bankanın vereceği garanti olacaktır. Dolayısıyla, yatırımın bir özel kişiye ait olduğu durumlarda, yatırım sahibinin yanında onun lehine garanti veren bankalar bulunacaktır.

Öte yandan, kredi kurumlarının da teminat talepleri olabilmektedir. Özellikle kamu yatırımlarında YİD projelerini üstlenecek yatırımcı firmaların, sadece belirli bir projeyi yapmak üzere kurulan münhasır amaçlı firmalar olmaları nedeniyle, kredibiliteye sahip olmayan bu firmalara kredi verecek kredi kurumları açısından,

---

gerçekleştirilen projeler kapsamında ödeme yükümlülükleri garanti edilen kuruluşlar kapsama alınması ve Hazine Yatırım Garantisi ve Hazine Karşı Garantisi anlamında YİD projeleri için verilen garantiler düzenlenmiştir. Bu Kanun ile, yurt içi piyasalardan yapılacak borçlanmalar için garanti verilmeyeceği ve Hazine'nin mali yıl içinde vereceği garantinin limitinin de yıllık bütçe kanunlarında gösterileceği hükme bağlanmıştır (m.8). 4749 sayılı Kanun uyarınca yayınlanan Hazine Garantileri Kapsamında Yapılacak Ödemelerin Üstlenilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (bkz. RG.21.12.2002 T., 24970 S.) ve Hazine Garantileri Verilmesi, İzlenmesi, Bütçeleştirilmesi ve Raporlanmasına İlişkin Esas ve Usullere Dair Yönetmelik (bkz. RG.12.4.2002 T., 24724 S.) ile de konunun ayrıntıları düzenlenmiştir.

proje geliri yeterli teminat olmayabilmekte ve ek teminat almak zorunluluğu daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır[289]. Bu noktada, kredi kurumlarına karşı yatırımcı proje şirketinin ortaklık yapısı bir teminat oluşturabilmektedir. Gerçekten, yatırımcı şirketlerin, münhasır amaçla kurulan yeni bir tüzel kişilik olarak yatırım projelerinde tecrübe ve ticari geçmişe sahip olmamaları, proje şirketinin kuruluşundaki konsorsiyum sözleşmesinin taraflarının ve bu sözleşmenin içeriğinin kredi kurumu açısından önem kazanmasına yol açmaktadır[290].

Ayrıca, kredi kurumlarının risklerinin en aza indirgenmesi amacıyla, yatırım sahasında ve işletme tesisatı ile şirketin diğer malvarlığı üzerinde rehin tesisi veya proje sigortası gibi hukuki yollara başvurulmaktadır. İşletmenin düzenli devam ettiği dönemdeki gelir akışının kesilmesi riskine karşılık olarak da, proje gelirinin bir mutemet banka nezdinde açılan özel bir hesapta (escrow account) toplanması ve ödemelerin mutemet bankanın kontrolü altında bu hesaptan yapılması tercih edilmektedir. Böylece, toplanan gelirden kâr payı dağıtımı yapılmasından önce, mümkün olan en kısa sürede, kredi geri ödemelerinin yapılması güvence altına alınmış olmaktadır. Ayrıca, proje şirketinin tarafında projeye dahil olan müteahhit firma, tedarikçi, sigorta şirketi gibi menfaat sahiplerinin şirketten olan alacakları da,

---

[289]**Nassar Nagla**, s.7.

[290]**Morrison Neil**, s.5; Bu nedenle genellikle, konsorsiyumun büyük ortağının tanınmış bir firma olması tercih edilmekte ve bu ortak tarafından bir itibar mektubu (comfort letter) düzenlenerek kredi kurumları nezdinde kredibilite temin edilmeye çalışılmaktadır. Bkz. **Deane Jennifer**, s.60; **World Development Report 1994** s.94; **Stewart/ Smith Martin**, s.13; **Wang S. Q./Tiong L.K.**, s.73.

kredi kurumları lehine, bir yeddiemin şirkete (trustee) temlik edilerek, hem proje şirketinin aktifi kontrol altına alınmakta, hem de bir teminat daha yaratılmaktadır[291].

aa. Kredi Kurumlarına Müdahale Yetkisi Tanınması

Özellikle, yatırımcı proje şirketinin kusuru nedeniyle yatırım sahibinin fesih hakkının doğduğu hallerde, kredi kurumlarının projenin devamlılığındaki menfaatlerini koruyabilmek için, proje şirketinin hisselerinin kredi kurumuna rehnedilmesi ile birlikte veya münferiden, kredi kurumuna, yatırım sahibi idareye *düzeltici faaliyet programı* sunmak imkânının verilmesi söz konusu olmaktadır. Böylece, kredi kurumları proje gelirinin devamlılığının sağlanmasını teminen aktif bir rol üstlenmekte ve kredinin gerçek teminatı olarak görülen proje geliri, bu şekilde, teminat olmak niteliğini korumaktadır[292].

Düzeltici faaliyet programı, genellikle kredi kurumu ve bazı hallerde de şirket tarafından sunulabilmekte olup, böylece projenin kredi kurumu veya onların atayacakları yeni bir şirket tarafından üstlenilerek, sözleşmedeki şartlar dahilinde işletmenin gerçekleştirmesi için alınması gerekli tedbirleri ve bu tedbirlerin uygulanması için gerekli olan süreyi tanımlayan bir içerikte olması gerekmektedir. Yatırım sahibinin onayının alınması kaydıyla uygulanabilecek olan bu program sayesinde sözleşmenin feshi engellenmiş olmaktadır[293].

---

[291]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.12; **Stewart/ Smith Martin**, s.10-11.

[292]**Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.12-13.

[293]**Nassar Nagla**, s.9.

Ne var ki, kamu yatırımlarında sözleşme ihlalinin ortadan kaldırılması için şirkete uzun bir zaman verilmesi ve bunu takiben düzeltici program sunulması için yine uzun bir zaman tanınması halinde, tesisin üretim yapamaması nedeniyle kamu hizmeti aksayabilecektir. Bu nedenle, şirkete ve kredi kurumuna tanınacak sürelerin tespitinde, çatışan menfaatler nedeniyle, çok hassas bir düzenleme yapılması zorunlu olmaktadır. Ayrıca, kredi kurumu tarafından, düzeltici proje kapsamında, yeni bir proje şirketi önerilmesi halinde de, seçilen şirket esas itibariyle kredi kurumunun menfaatleri dikkate alınarak belirlendiği için, tesisi kamu yararı ve idare menfaatlerine uygun olarak işletip işletemeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Ancak, düzeltici projelerin idare tarafından onaylanması ihtiyacı, seçilecek şirketin idarenin menfaatlerini de temin edecek nitelikte olmasını gerektirecektir[294].

[294]Diğer taraftan, rekabetin gelişmediği ve gerekli yasal düzenlemelerin mevcut olmadığı piyasalarda, kreditörlere tanınan bu nitelikteki yetkilerin olumsuz etkileri olacağı ve özellikle ilgili üretim pazarına yeni üreticilerin girişinin engelleneceği ileri sürülmektedir. Gerçekten, proje firmasının piyasada tek üretici olduğu durumlarda, kusurlu ihlal veya mücbir sebeplerin ortaya çıkması hallerinde yaratılacak çözümler, ürünün piyasaya yeterli miktarda arzını etkileyebilecektir. Buna bağlı olarak, piyasaya ikame yeni ürün girişi de kredi kurumları tarafından yaratılacak çözümlere göre belirlenecektir. Bkz. **Nassar Nagla**, s.7,10.

bb. Yatırım Sahibinin Sağladığı Teminatlar

i. Kredi Temini Taahhüdü

Yatırımcının finansman riskinin azaltılmasını teminen başvurulan bir başka teminat ise, belirli durumlarda yatırım sahibinin ek kredi temini taahhüdünde bulunması ve ayrıca geri ödeme garantisi vermesi olmaktadır[295]. Nitekim, 3996 sayılı Kanunun uygulamasına ilişkin 94/5907 sayılı BKK'nda Hazine Garantileri ve proje şirketine kullandırılacak köprü krediler hususunda özel düzenlemeler yapılarak teminat ihtiyacı karşılanmak istenmiştir. 94/5907 sayılı BKK'nın 3/l maddesinde *''uygulama sözleşmesi çerçevesinde belirtilen koşullarda gerektiğinde, görevli şirket hatası dışındaki durumlar nedeniyle, projenin beklenmeyen finansman ihtiyaçlarını*

[295]Çoğu zaman rekabetin sınırlanması veya ortadan kaldırılması anlamına gelecek uygulamalar dahi, her durumda projenin devamını ve öngörülen gelirin elde edilmesini asli menfaat olarak gören yatırımcı ve kredi kurumları açısından yeterli olmamakta, verilecek tekel hakları veya başka korumaların yanında, kredi geri ödemlerinin maddi teminatlarla güvence altına alınması da gündeme gelebilmektedir. Bu teminat ihtiyacının karşılanması bağlamında, münferit risklerin münferit garantilerle temin edilmesi amaçlanmakta, genel ve kapsamı belirsiz garantilerden kaçınılmaktadır. Örneğin, yatırım ve işletme için idari izinlerin verilmemesi, kamulaştırmanın tamamlanamaması, yurt dışına kâr transferinin engellenmesi gibi tarafların kontrolü dışında kalan muhtelif riskler tek tek özel hükümlerle garanti altına alınmaktadır. Bkz. **Nassar Nagla**, s.5-6; **Stewart/Smith Martin**, s.11; **Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.13.

karşılamak amacıyla, idare adına, fonlar veya diğer uluslararası finans kuruluşlarınca temin edilen ve kısmen veya tamamen Hazine Garantisini haiz kısa ve orta vadeli tali kredi'' olarak tanımlanan ve BKK'nın 40.maddesinde düzenlenen bu krediler, şirketin kusuru olmamak kaydıyla, YİD sözleşmesinin tarafı olan idareden kaynaklanan her türlü kayıp ve zararların karşılanması, görevli şirketin mücbir sebepler nedeniyle ortaya çıkan zararlarının finansmanı ve tarafların mutabakatı ile yapılacak proje değişikliklerinin finansmanı için kullanılmakta olup, idare tarafından temin edilmektedir. Sağlanacak köprü kredilerin üst sınırını, görevli şirketin özkaynakları oluşturmakta, ancak Yüksek Planlama Kurulu tarafından daha fazla kredi sağlanmasına izin verilebilmektedir. Bu şartlar altında kullandırılan köprü kredilerin temin edildiği kredi kurumlarına karşı teminat sağlanması ise, Hazine tarafından garanti verilmesi suretiyle olmaktadır. Görülüyor ki, köprü kredi uygulaması, şirketin kusuru dışındaki nedenlerle oluşan maliyet artışları ve zararların giderilmesi için bir imkân olarak kullanılmakta ve görevli şirketin finansman riskini azaltmaktadır. Özellikle, mücbir sebeplerden doğan zararların bu surette giderilebilecek olması, köprü kredi uygulamasını, inşa edilecek tesisin bütün işletme risklerini müteahhidin üstlenmesi esasına dayanan YİD modeli için önemli bir istisna haline getirmektedir.

Özel yatırımlarda da, kamu yatırımlarındaki gibi, finansman temini borcunun sözleşmeye konulacak hükümler ile hafifletilmesi ve yatırım sahibinin bu hususta taahhütte bulunması mümkün olmalıdır. Gerçekten, akit serbestisi dahilinde, sözleşmede kararlaştırılacak sınırlı hallerde yatırım sahibinin kredi temin etme borcu altına girmesine bir engel bulunmamaktadır. Hatta, yatırım sahibinin, yatırımcı

şirkette belli bir miktar pay sahibi olması suretiyle, yatırıma sermaye aktarması da düşünülebilecektir[296].

ii. Alım Garantisi

İşletme riskleri arasında en önemlisi belki de, üretilecek mal veya hizmet için yeter miktarda alıcı bulunamaması olmaktadır. Piyasa riski olarak da adlandırılabilecek olan bu tehlikeye karşı genellikle, belli bir miktar üretim için alım taahhüdü veya sunulacak hizmet için belli bir miktar talebin sağlanması garantisi verilmektedir[297].

Yatırımcıya tesiste üretilecek mal veya hizmetin alımı hususunda garanti verilmesi, yatırım sahibi veya bir üçüncü kişinin bu hususta taahhütte bulunması suretiyle olmaktadır. Kamu yatırımlarında bir kamu kurumu tarafından alım taahhüdünde bulunulurken, özel yatırımlarda bu taahhüdü yatırımcının veya bir başka alıcının verememesi halinde, piyasa riskini garanti eden bir banka garantisi ile istenilen teminatın sağlanması düşünülebilecektir. İşletme riski yüksek projelerde gündeme gelen bu garanti sayesinde, üretilecek mal veya hizmetin alıcısı, daha yatırıma başlanırken, belirlenmekte ve böylece yatırımcı, gelir riskinin büyük bir kısmını yatırım sahibi üzerinde bırakmaktadır. Gerçekten, kendisine alım garantisi verilen bir yatırımcı için, işletme dönemi içinde normal üretim faaliyetini sürdürmek şartıyla, harcadığı sermayeyi ve beklediği kârı elde etmesi çok kolaylaşmakta, yatırımcının

[296]Örneğin, **Birecik Barajı** ve Hidroelektrik Enerji Santrali Projesinde, kamu ortaklığı da bulunmakta olup, tesis halen başarıyla işletilmektedir.

[297]**Wang S. Q./Tiong L.K.**, s.73.

tek riski, işletmenin sürekliliğini sağlamak olmaktadır. 3996 sayılı Kanun'daki tanıma (m.3.a) bakıldığında da, ''*şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya yararlananlarca satın alınması suretiyle..*'' ifadesi ve Garantiler başlıklı m.11'deki ''*kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının satın alacakları mal ve hizmet bedelleri*'' ifadesi de, kamu yatırımları açısından, YİD modelinin idarenin alım taahhüdüne dayalı bir sistem olarak düşünüldüğünü göstermektedir.

Kamu yatırımlarında alım garantisi dahilinde tarife tespiti yetkisi de idareye verilmiş olup, 94/5907 sayılı BKK'nda idarece satın alınacak mal ve hizmet bedellerinin ise Hazine tarafından garanti edileceği hükme bağlanmıştır (m.39.a). ''*Al yada öde*'' kaydı[298] içeren alım taahhütleri veya hizmetten yararlanacak asgari müşteri sayısının

[298]Özellikle enerji üretim santrallerinin yapımı projelerinde, enerji satımına ilişkin sözleşmeler yapılmakta ve bu sözleşmelerde, ''*al yada öde*'' kaydı bulunmaktadır. Nitekim, şirket için belirlenen üretim programı dahilinde yapılacak veya emre amade tutulacak üretim için idare tarafından alım taahhüdü verilmekte ve alımı yapacak olan kamu kurumu ile şirket arasında enerji satış anlaşması imzalanmakta, idarenin alım taahhüdüne karşılık programın aksatılması halinde şirket için de cezai şart ödemek zorunluluğu öngörülmektedir. Ancak rüzgâr veya su gibi doğal kaynaklarda bir yetersizlik olması nedeniyle üretim yapılamaması halinde, idare tarafından bir ödeme yapılmazken, şirketin cezai şart ödemesi de gerekmemektedir. Yat limanı veya havalimanı projelerinde ise, şirkete tesis içindeki alanların kiraları, otopark ücretleri, reklam ücretleri, bilet satışı, emanet odaları, bagaj taşıma ücretleri gibi belirli gelirler tahsis edilmektedir. Ayrıca, idare tarafından yolcu servis ücretine tabi

asgari yolcu sayısı garanti edilmekte, ancak bu noktada enerji santrallerinden farklı olarak garanti miktarının üzerindeki gelir şirkete değil idareye ait olmaktadır. Gerçekten, enerji santrallerinde fazla üretimin satın alınması hususunda idareye bir yükümlülük getirilmemekle birlikte, üretilen fazla enerjinin farklı bir tarife üzerinden idareye satışı ihtimali mevcuttur. Ancak, fazla üretime alıcı bulunamaması riski de her zaman mevcuttur ve bu riske yatırımcı proje şirketi katlanacaktır. Nitekim, **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.19), imtiyazın konusu olarak santralin inşa edilmesi ve bu tesiste üretilecek enerjinin TEAŞ'ne satışını, ayrıca tesiste üretilecek enerjinin sözleşme süresinin sonuna kadar, TEAŞ tarafından satın alınacağı ve satın almanın reddi halinde de, bu sebeple üretimi yapılamayan enerji için, üretimde kullanılan yakıt gideri hariç, enerji bedelinin firmaya ödeneceği hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, **Hidroelektrik Santralinin** Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketine veya Görevli Şirkete Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.19,20) üretilen veya amade kılınan enerjinin TEDAŞ tarafından satın alınmasını düzenlemiştir. Bu sözleşmelerden daha farklı olarak, **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi sadece dış hat yolcu sayısı garantisi verilmiş ve ayrıca, m.28'de tahakkuk eden yolcu servis ücretlerinin tahsili riski de şirkete yüklenmiştir. Garanti edilen bu sayının aşılmasından sonra tahakkuk edecek dış hat yolcu servis ücretinin ise idareye ait olacağı kabul edilmiştir. **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesinde de benzer bir

garanti edilmesi sayesinde tesiste üretilen mal veya hizmet için alıcı bulunamaması riski yatırımcının üzerinden kaldırılıp, alım taahhüdünde bulunan veya garanti veren yatırım sahibine yüklenirken, aynı zamanda sözleşmelerde yer alan tarife hükümleri ile de üretim yapılamayan durumlarda doğacak gelir kaybı en aza indirgenmektedir[299]. Ayrıca, mücbir sebepler veya yatırım sahibinin sorumluluğunda

---

düzenleme yer almaktadır (m.28,29). Alım taahhüdünün yer almadığı YİD sözleşmelerine örnek olarak da, **Yat Limanı** inşasına ilişkin imtiyaz sözleşmesi verilebilecektir. Bu sözleşmede, herhangi bir hizmet alım garantisi olmadığı gibi, asgari sayı garantisi de mevcut değildir.

[299]3096 Sayılı Kanun m.9, 3465 sayılı Kanun m.7 ve 3996 Sayılı Kanun m.8 uyarınca YİD modeliyle inşa edilecek tesislerde üretilecek mal veya hizmetlerin satış fiyatı ilgili Bakanlık tarafından tespit edilmekte ve tarifelerin tespitinde yıllık işletme, bakım ve onarım giderleri, faiz ve kur farkı garantisi verilmemiş ise kur farkları, teknik ve sermaye amortismanları, diğer masraf ve harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli gelirin saptanması esas alınmaktadır. Tarifenin belirlenmesi usulü ise, 94/5907 Sayılı BKK m.34,35'te düzenlenmiş olup, maliyet artı kâr yöntemi ile tavan ücret yöntemi alternatif olarak öngörülmüştür. Tesiste üretilen mal veya hizmetin niteliğine göre, bu yöntemlerden biri veya diğeri tercih edilebildiği gibi, daha farklı bir yol tercih edilerek yatırımcıya bırakılan gelirlerin bir kısmının tarife dışı gelir olarak kabul edilmesi de mümkündür. Nitekim, **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi**,** müteahhide tahsis edilen gelirlerden (İhale Şartnamesi m.15'te sayılmış) sadece m.26/3'te belirtilenler için bir tarife öngörülmüştür. **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar

olan risk olayları nedeniyle üretim yapılamayan hallerde en azından işletme giderlerinin karşılanamaması riskini ortadan kaldırmak için, iki bölümlü bir tarife formülü belirlenmektedir[300].

Diğer taraftan, tarifelerin, mal ve hizmetlerde fiyat kontrolünün ve yeknesaklığın temini amacıyla idare tarafından belirlenecek olması, ilk bakışta yatırımcının aleyhine bir durum olarak görülebilecektir. Ancak, gerçek durum daha farklıdır. Her şeyden önce, fiyat tarifelerinin tespitinde (YİD sözleşmesi uyarınca işletme gelirinden karşılayacağı öngörülen) işletme masrafları, kredi faizleri vs., daha önceden yatırımcı tarafından verilen fizibilite raporundaki rakamlar dikkate alınarak tarifeye yansıtıldığı gibi, ayrıca belirli bir miktar kâr da bulunan rakama ilave edilmektedir[301]. Dolayısıyla, yatırımcıya, işletmenin normal kapasitede üretim

---

Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi'nde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır (m.27).

[300]Tarifenin ayarlanması hususunda bkz. **Demirci Zeki**, Demirci III, s.46-51.

[301]Tarifenin tespitinde, mümkün olan en fazla sayıda tüketicinin alım yapabilmesine imkân sağlayacak bir satış fiyatı belirlenmesi ihtiyacı da gündeme gelmektedir. Özellikle tüketimi zorunlu olmayan mal veya hizmetlerin üretimi söz konusu olduğunda tespit edilecek satış rakamının uygunluğu, şirketin de menfaati gereği olmaktadır. Zira, yüksek satış fiyatı ile arz edilecek mal veya hizmetin tüketici tarafından satın alınmaması halinde şirketin başka bir gelir kaynağı da kalmayacaktır. Bu kapsamda, tarifelerin idare ile birlikte tespiti, hangi durumlarda gözden geçirileceği ve şirket kusuru dışındaki nedenlerden kaynaklanan maliyet artışlarının tarifeye yansıtılacağı sözleşmelerde ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Tarife

yapması durumunda, tespit edilen tarife üzerinden satış yapmak suretiyle, masraflarını karşılamak ve makul bir miktar da kâr elde etmek garantisi sağlanmaktadır. Kaldı ki, idare tarafından verilen alım garantileri sayesinde müteahhidin ürettiği mal veya hizmeti satamamak riski de ortadan kalkmaktadır[302].

---

tespitinde maliyet+kâr yöntemi tercih edildiğinde, şirketin maliyet azaltıcı önlemler alması için bir oto kontrol kalmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmelere özel hükümler ilave edilmek suretiyle, maliyet, azaltmaları halinde şirkete ilave kâr payı verilmesi veya maliyet düşüşünden kaynaklanan gelir artışının şirketle paylaşılması imkanları yaratılarak bir kontrol sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak, bu hükümlere rağmen maliyetlerin düşürülememesi gündeme geldiği için genellikle sabit bir tarife tespiti ve bu tarifenin sözleşmeye ek yapılması tercih edilmektedir. Bu şekilde tarife belirlenirken de, şirketin fizibilitesinde gösterdiği maliyet rakamları esas alınmakta ve bu rakamlara makul bir kâr ilave edilerek, işletme dönemince uygulanacak satış bedeli tarihler itibariyle belirlenmektedir. Böylece, maliyet artışları kural olarak tarifeyi etkilememekte ve dolayısıyla şirketin kârı azalmaktadır. Bu durum da, şirketi maliyet azaltıcı önlemler almaya sevk edecektir. bkz. **Nassar Nagla**, s.12; Örneğin su arıtma veya sulama projelerinde olduğu gibi, üretimin israf edilmesinin engellenmek istendiği durumlarda, kullanım arttıkça fiyatın artırıldığı bir tarife sistemi tercih edilebilmekte veya belirli yol güzergahlarında trafiğin kontrolünü sağlamak isteniyor ise, yine kullanım arttıkça fiyat artırılabilmektedir. Bkz. **Kessides Christine**, s.48.

[302]Ayrıca, tarifenin önceden belirlenmiş olması ve belirli durumlarda yeniden düzenlenebilmesi, rekabetçi piyasa koşulları içinde fiyatın düşük oluşması riskine karşı da yatırımcı proje şirketi için bir koruma oluşturmaktadır. YİD projelerinin

getirisinin kur değişimi ve enflasyon riskini kabullenmeye yetecek kadar yüksek olmaması nedeniyle, yatırım sahibi devletin kontrolü altında olduğu kabul edilen bu riskler de proje şirketi tarafından üstlenilmemektedir. Gerçekten, kredi ödemelerinin yabancı para cinsinden yapılacağı durumlarda yerel paradan belirlenen tarifenin kur değişimleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi öngörülerek proje şirketi için bir koruma yaratılmaktadır. Aynı şekilde, enflasyon nedeniyle oluşacak fiyat değişimleri de tarifeye yansıtılmakta ve bütün bu hükümler sayesinde proje şirketi, pazar riskini alım taahhüdünde bulunan tarafa, yani kamu yatırımlarında devlete yüklemiş olmaktadır. Bkz. **Mauel John G.**, s.11-12; **Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.28; Ayrıca, üretim yapılamayan belirli durumlarda da tarifenin kapasite bedeli bölümü üzerinden ödeme yapılmak suretiyle verimlilik ve finansman hedeflerinin gerçekleştirilmesine yardımcı olunmaktadır. Bkz. **Kessides Christine**, s.48; Zira, kapasite bedeli, yatırımcının inşaat, işletme, sigorta, kredi ve kâr payı ödemelerinden doğan maliyetlerini karşılamaya yönelik sabit bir rakam olarak belirlenmekte, enerji bedeli ise bunun aksine fiilen üretilerek teslimi yapılan üretim karşılığında, belirli alış fiyatı üzerinden hesap edilerek ödenmektedir. Sabit bir bedel olarak kapasite bedeli ödenmesinin en temel nedeni, yatırımcının kontrolü dışında olduğu kabul edilen yakıt fiyatındaki artış ve talep düzeyinin düşmesi risklerinin, bu hususları kontrol edebileceği düşünülen yatırım sahibi devletin üzerinde bırakılması düşüncesidir. Bkz. **Stelwagon William M.**, s.4; 3096 sayılı Kanun m.9'da, tarifelerin tespitinde yıllık işletme bakım ve onarım giderleri, faiz ve kur farkı garantisi verilmemiş ise kur farkları, teknik ve sermaye amortismanları, Elektrik Enerji Fonu için ayrılacak fon payı, diğer masraf ve harcamalar ile ortaklara dağıtılacak makul bir temettü için gerekli gelirin sağlanmasının esas alınacağı hükme bağlanmıştır. 3465

iii. Ödeme Garantisi

Esasen YİD modelinde, kural olarak işletme riski yatırımcının üzerinde bırakıldığı için, normal şartlarda yatırım sahibinin bir ödeme borcu doğmamaktadır. Ancak, tarafların anlaşması ile, tesiste üretilecek mal veya hizmetin satış bedelinin yatırımcıya ödenmesi hususunda yatırım sahibi veya bir üçüncü kişi ödeme garantisi verebilmektedir. Ödeme garantisi, üretilecek mal ve hizmetin satışının belirli bir miktarın altında kalması riskini içeren, yatırımcıya yönelik bir taahhüt olarak, iş sahibi tarafından veya bir üçüncü kişi tarafından verilebilecektir. Böyle bir taahhüt, taraflar arasındaki YİD sözleşmesinin metnine dahil edilebileceği gibi, bağımsız bir garanti olarak da düzenlenebilecektir. Belirsiz üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olduğu kabul edilebilecek olan bu beyanın yatırım sahibi tarafından verilmesi de, taahhüdün niteliğini değiştirmeyecektir. Zira, yatırım sahibi, böyle bir taahhütle kendi borcunu garanti etmemekte, belirsiz kişilerden oluşan bir müşteri çevresinin yaratacağı talebi garanti etmektedir.

---

sayılı Kanun m.7'de de ''*tarifenin tespitinde otoyol gelirini makul seviyede tutulacak trafik dengesi, maliyeti oluşturan çeşitli harcamalar, mahalli şartlar, bu yola işletme devresinde yapılan yatırımlar ile bu kabil yollardan içte ve dışta alınan ücret seviyeleri dikkate alınarak bu tür yatırımları mümkün kılıcı ve teşvik edici bir gelir seviyesinin belirlenmesi esas alınır*'' hükmü bulunmaktadır. 3396 sayılı Kanunda ise tarifenin tespitinde uygulanacak usul ve esasların Bakanlar Kurulu Kararı ile belirleneceği belirtildiği için, 94/5907 sayılı BKK (bkz. RG. 1.10.1994 T., 22068 S.) yayınlanarak, tesiste üretilecek mal veya hizmetin uygulama sözleşmelerinde öngörülen usul dahilinde belirleyeceği hükme bağlanmıştır.

Verilecek garantinin, ilk talepte ödeme kaydı içermesi, bir başka anlatımla banka teminat mektupları formatında olması mümkün olabileceği gibi, garanti edilen riskin doğumuna bağlı, yani belirlenen satış rakamına ulaşılamadığının veya üretilen mal veya hizmetin satılamadığının tespiti ile ödeme borcu doğuran bir taahhüt olarak düzenlenmesi de mümkündür.

Kamu yatırımları için üçüncü kişi tarafından yatırımcılara verilecek garantiler ise, 3996 Sayılı Kanun'un 11.maddesinde ve ayrıca bu Kanun'un Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 94/5907 sayılı BKK'nın ''*Garantiler*'' başlıklı Altıncı Kısmında düzenlenmiş olup, YİD modeliyle yapılan projeler için, idare adına sermeye şirketleri ya da yabancı şirketlere, kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklarının ve mahalli idarelerin satın alacakları mal ve hizmet bedelleri ile kamu kuruluşlarınca bu şirketlere taahhüt edilmiş üretim girdilerinin temin edilmemesi halinde ilgili sözleşme uyarınca ortaya çıkabilecek ödeme yükümlülükleri için garanti vermeye, bu çerçevede mali yükümlülük altına giren fonlar lehine garanti vermeye, gerektiğinde temin edilen köprü krediler için geri ödeme garantisi vermeye Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan yetkili kılınmıştır[303]. Esasen, kamu kurumları tarafından alım taahhüdünde bulunulan hallerde Hazine tarafından bu

[303]Hazine'nin vereceği bu nitelikteki garantiler için de genel esaslar tespit edilmiş olup, imzalanan YİD sözleşmelerinin ekinde veya ihale evrakının içinde bu Hazine Garantisi Prensipleri metni yer almıştır. Buna göre Hazine, alım taahhüdünde bulunan kamu kuruluşunun (TEDAŞ) vadesi gelmiş ödemeleri, Elektrik Enerji Fonu tarafından yapılacak vadesi gelmiş ödemeleri garanti etmiştir. Bkz. **Güneş Cengiz**, Güneş II, s.785.

taahhütler için garanti verilmesi, gerçek anlamda bir garanti olmamaktadır. Zira, bütün kamu kurumlarının malvarlığı esasen Hazine içinde değerlendirileceğine göre, verilen garanti sadece ödeme taahhüdünün teyidinden ibaret olmaktadır. Bununla birlikte, genellikle bu nitelikteki garantiler verilmektedir.

iv. Hammadde Garantisi

İşletme gelirinin düşük olması riskinin önemli bir unsuru, üretimde kullanılacak hammaddenin temini olmakta ve özel sözleşme hükümleriyle işletme maliyetinin girdi kalemine belirlilik kazandırılmaktadır[304]. Bu amaçla hammadde üreticileri veya tedarikçileri ile imzalanan tedarik anlaşmalarında, fiyat tespiti yapılırken, enflasyon nedeniyle oluşacak artışlar dikkate alınmakta, dolayısıyla enflasyon riski yatırımcı üzerinde kalmakta, ancak enflasyonu aşan fiyat artışlarına tedarikçinin katlanması gerekmektedir. Tabii ki, bu tedarik sözleşmesi de YİD sözleşmesinin geçerliliğine bağlanmakta ve böylece bileşik sözleşmeler oluşmaktadır.

[304]Kamu yatırımlarında, İşletme maliyetinin en önemli kalemi olan yakıt veya bir başka temel girdinin fiyatının artması veya bu girdide kıtlık olması riskine, üretimde kullanılacak petrol veya gaz gibi girdilerin temini için ilgili sağlayıcı kurumlarla satış sözleşmeleri imzalanmakta ve bu sözleşmelerde işletme dönemince tesisin ihtiyacı olan girdinin revize edilerek belirli fiyattan kesintisiz sağlanması garanti altına alınmaktadır. Nitekim, Kombine Çevrim Doğalgaz Santrali Kurulmasına ilişkin projelerde BOTAŞ ile Gaz Satış Sözleşmesi imzalanarak santralin ihtiyacı olan hammadde temini garanti edilmektedir.

Tedarikçinin bir devlet kurumu olması halinde ise, devletin fiyat artışlarını kontrol edebileceği varsayılarak, enflasyon üzerindeki fiyat artışlarına, alım taahhüdünde uygulanan tarifenin yeniden ayarlanması suretiyle, alım taahhüdünde bulunan devlet kurumu, yani yatırım sahibi devlet katlanmaktadır. Ayrıca, bir devlet kurumu olan tedarikçinin taahhütleri ile devletin bir başka kurumu tarafından verilen alım taahhütlerinin teminatı olarak Hazine Garantisi alınması gündeme gelmektedir. Buna ek olarak, yakıt kıtlığı nedeniyle üretim yapılamayan haller için yakıt tedarikçisi, yatırımcının gelir açığını ve alım taahhüdü sözleşmesinde şirket aleyhine tahakkuk eden cezai şartın tazminini taahhüt etmektedir. Yakıt teminindeki bir başka önemli risk olarak da, yakıtın zamanında ulaştırılamaması, yani nakliye sorunlarının doğması olarak öngörülmekte, bu risk kural olarak tedarikçi üzerinde bırakılmaktadır. Bu sistemde, yakıtın zamanında ulaştırılamamasına bağlı olarak doğan üretim kaybı nedeniyle, alım taahhüdünde bulunan devlet kurumuna ödenecek cezai şart yanında, tedarik sözleşmesinde özel olarak öngörülen cezai şartın da tedarikçi tarafından proje şirketine ödenmesi gerekmektedir. Ancak, mücbir sebep hallerinde tedarikçinin borcu sona ermiş olduğu için, cezai şart ödenmesi de söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte, tedarikçinin bir devlet kurumu olması durumunda, politik riskler mücbir sebeplere dahil edilmemekte, dolayısıyla politik riskler nedeniyle oluşan nakliye riskleri, alım taahhüdü vasıtasıyla devlet üzerinde bırakılmış olmaktadır[305].

[305]İthal yakıt kullanılan projelerde, politik bir risk sayılan ithalat rejimindeki değişiklik nedeniyle yakıt temin edilemiyor ise, tedarikçi açısından bu durum bir mücbir sebep sayılmakta ve tazmin yükümlülüğü doğmamaktadır. Ne var ki, tedarikçinin bir devlet kurumu olması halinde, ithalat rejimi devlet tarafından

v. Yatırımcı Lehine Üst Hakkı Tesisi

Yatırım arazisi üzerinde yatırımcı lehine bir irtifak hakkı tesisi suretiyle, yatırımcının kullanım hakkı bir ayni hak düzeyine yükseltilebilmekte, böylece yatırımcı, hem yatırım sahibine karşı hem de yatırım sahibinin alacaklılarına karşı korunurken, kredi kurumları nezdinde de daha itibarlı bir konuma ulaşmış olmaktadır. Gerçekten, yatırımın finansmanının tamamını kendi öz sermayesinden karşılamak imkânı bulunmayan yatırımcı, kredi kullanmak zorunda kalacağı için, kredi kurumlarına bir teminat vermek durumunda olacaktır. Her ne kadar, YİD modelinin non recourse limited niteliği itibariyle yatırımcının kredi borcundan şahsi sorumluluğu olmaması gerekmekte ise de, YİD projelerinin kredibilitesi her zaman yüksek olmamakta ve kredi kurumları, proje geliri yanında ayni teminat almayı tercih etmektedirler[306]. İşte bu nedenle, yatırım sahibi lehine tesis edilen sınırlı ayni hak, genellikle üst hakkı

---

belirlendiği için, ithalat rejimindeki sorunlar mücbir sebep sayılmamakta ve proje şirketinin gelir kaybı alım taahhüdü uyarınca tam kapasite bedeli ödenerek karşılanmaktadır. Buna karşın, kullanılan yakıtın yerel kaynaklardan temin ediliyor olması halinde, doğal kaynaktaki yetersizlik bir mücbir sebep olarak kabul edilmekte ve yakıt kıtlığı riski proje şirketinin üzerinde kalmaktadır. Zira bu halde, proje şirketi taahhüt ettiği kapasite düzeyini tutturamadığı için alıcıya cezai şart ödemek zorunda kalmıyor ise de, alım taahhüdünde bulunan devlet kurumu da tam kapasite bedeli ödemekten kurtulmaktadır. Bkz. **Mauel John G.**, s.8-10.

[306]Nitekim, gayrimenkul yatırım ortaklıkları da kendisi veya başkası lehine üst hakkı tesisi suretiyle YİD modeliyle gerçekleştirilecek projelere yatırım yapabilmektedirler. Bkz. Sermaye Piyasası Kurulu, Seri VI, No.11 Tebliğ, m.25/h.

olmakta ve bağımsız, daimi nitelikte bir üst hakkı tesisi suretiyle de, ayrı sayfaya kaydedilen üst hakkı üzerinde ipotek tesisi imkânı yaratılabilmektedir[307].

Esasen, YİD sözleşmelerinin uygulanmasında üst hakkı tesisi, kamu yatırımlarındaki bir ihtiyaç nedeniyle ortaya çıkmıştır. Zira, kamu yatırımlarında, yatırım arazisi olarak kullanılacak olan kamu arazisinin kullanımının özel yatırımcılara bırakılması aşamasında mülkiyet hakkının devri yoluna gidilmeksizin yatırımcıya bir ayni hak kazandırmak düşüncesi, üst hakkını bir çözüm olarak ortaya çıkarmıştır. Böylece, üst hakkı sahibi yatırımcı, inşa edeceği tesisin mülkiyetine sahip olacak ise de, taşınmazın kendisi yine kamu malı olmaya devam edecek, ayrıca üst hakkının sona ermesi halinde de tesisin mülkiyeti, taşınmazın mülkiyetine bağlı olarak, kendiliğinden idareye intikal edecektir. Bu niteliği itibariyle üst hakkı, taşınmaz mülkiyetini kazanmaya ihtiyaç olmaksızın, uzun süreli olarak, ticari, sınai işletme veya turistik tesis kurmak istendiğinde kullanılabilecek bir hukuki imkân olarak görülmüştür. Ayrıca, özel mülkiyete konu olamayan, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan dağ, göl kıyısı, deniz kıyısı gibi yerlerde de otel, motel, dinlenme tesisleri gibi turistik tesislerin yapımı da üst hakkı sayesinde mümkün olabilmiştir[308].

---

[307]Üst hakkı yerine intifa hakkı tesisi de düşünülebilecek ise de, MK.m.796 uyarınca, intifa hakkının ölümle sona eriyor olması, yatırımın sürekliliği ve buna bağlı olarak, yatırımcının işletme döneminin tamamlanmasındaki menfaati ile bağdaşmayacaktır. Krş. **Şenyüz Doğan**, s.2.

[308]**Ünal Mehmet**, s.15; **Yılmaz Osman**, s.115; İdarenin kamu malı üzerinde, özgüleme amacına ters düşmedikçe irtifak hakkı kurabilmek yetisinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. **Kuntalp Erden**, Kuntalp V, s.533.

Nitekim, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu m.8/C'de, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde, Bakanlığın talebi üzerine, imar planı yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallar üzerinde bağımsız ve sürekli üst hakkı tesis edilebileceğini hükme bağlanmıştır[309]. Ayrıca, 6831 sayılı Orman Kanunu m.17'de de, turizm amaçlı tesisler için kullanım hakkı izni sahipleri adına tapuda irtifak hakkı tesisi öngörülmüştür.

Benzer şekilde, 3996 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkartılan 94/5907 sayılı BKK m.38'de de üst hakkı tesisine ilişkin düzenleme yapılmıştır[310]. Bu hükümde, kamulaştırma bedeli yatırımcı şirket tarafından ödenen yatırım arazisi üzerinde, bedelsiz olarak, kamulaştırma bedelini idarenin karşıladığı hallerde ise, kullanım

[309]Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca tesis edilen üst haklarına ilişkin resmi senetlerde yer alan ve hakkın devrini veya hak üzerinde ipotek tesisini ilgili bakanlıkların iznine tabi kılan hükümlerin, üst hakkının bağımsızlığını ortadan kaldırdığı ve bu kayıtları içeren üst haklarının ayrı sayfaya kaydedilmemesi gerektiği hususunda bkz. **Kuntalp Erden**, Kuntalp V, s.537-540; İmtiyaz sözleşmelerine bağlı olarak tesis edilen üst haklarının, imtiyaza bağlılıkları nedeniyle bağımsız sayılamayacakları ve hatta özel hukuka tabi YİD sözleşmelerine bağlı olarak tesis edilen üst hakları için de, varlığı ve devamı uygulama sözleşmesinde düzenlenen YİD hakkının varlığı ve devamına bağlı bir hakkın ''*müstakil bir hak*'' sayılması sorunun mevcut olduğu hususunda bkz. **Gürzumar Osman Berat**, s. 223-226.

[310]Kamu arazisi üzerinde üst hakkı tesisine ilişkin yetkinin idareye kanunla tanınması gerekliliğinden hareketle, BKK ile böyle bir yetki verilmiş olması eleştirilmektedir. Bkz. **Gürzumar Osman Berat**, s.216, dpn.55.

bedeli karşılığında ve arazinin Hazine'ye veya ilgili kamu kurumuna ait olması halinde de yine bedeli mukabilinde, şirket lehine, daimi ve müstakil üst hakkı[311] kurulacağının sözleşmede gösterilebileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır[312].

[311]Her ne kadar, Anayasa değişikliğinden sonra YİD sözleşmesinin özel hukuka tabi olmasına bir engel kalmamış ve buna bağlı olarak da imtiyaz sözleşmelerinin ilkeleri ile üst hakkının bir arada bulunmasından kaynaklanan sorunlar son bulmuş ise de, uygulama sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak üst hakkının da sona erecek olması karşısında, buradaki üst hakkının bağımsızlığından şüphe edilmesi gerekmektedir. Bkz. **Gürzumar Osman Berat**, s.225-227.

[312]Ancak bu imkân genellikle, özel hukuka tabi YİD sözleşmelerinde uygulanmış olup, imtiyaz sözleşmelerinde kamulaştırılan arazinin kullanım hakkının bedelsiz olarak şirkete bırakılması ile yetinilmiştir. Esasen, bu projelerde kural olarak tesisin inşa edileceği arazi, bedeli proje şirketi tarafından ödenmek suretiyle kamulaştırılmakta ve Hazine adına kaydedilmekte, dolayısıyla ayrıca bir kira bedeli alınması ihtiyacı kalmamaktadır. Özel hukuka tabi, **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.31.a), **Marmara** Ereğlisinde Kurulacak Doğalgaz Enerji Santraline Ait Uygulama Anlaşması (m.1), **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.4,32.a)'da tesisin inşa edileceği arazi üzerinde üst hakkı kurulacağı hükme bağlanmış olmasına karşın, **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine

Ancak, 94/5907 sayılı BKK m.38/VII uyarınca, uygulama sözleşmesinin herhangi bir

---

Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi, **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi, **Hidroelektrik Santralinin** Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Kurumuna Toptan Satışına İzin Verilmesine Dair Sözleşmede üst hakkı tesisi yerine arazinin kullanım hakkının verilmesi yoluna gidilmiştir; Eğer tesisin inşa edileceği arazinin mülkiyeti halihazırda Hazine'ye ait ise, bu durumda da üst hakkı tesisi yoluna gidilmesi veya arazinin kullanımının bedelsiz olarak şirkete bırakılması yerine, kira bedeli ödenmesi karşılığında arazinin kullanımı şirkete verilmektedir. Bkz. **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.10), **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.12) ve **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi'nde (m.25), tesislerin yapılacağı araziler Hazine'ye ait olduğundan bir kamulaştırma gereği doğmamış, buna bağlı olarak da bu arazilerin kullanım hakkının şirkete bırakılması karşılığında şirketten kira bedeli alınması kararlaştırılmıştır.Bunun yanında bazı sözleşmelerde de intifa hakkı tesisi tercih edilmiştir. Örneğin Belediye ile S.S.....Otobüsçüler Temin ve Tevzi Kooperatifi arasında, otobüs terminali yapımı için imzalanan YİD sözleşmesi (Danıştay 3.D., 17.12.2002 T., E.2002/2999, K.2002/4218, bkz.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Hazine arazisi üzerinde tatil köyü yapılmasına ilişkin YİD sözleşmesi (Danıştay 3.D., 24.5.2000 T., E.1998/1150, K.2000/1961; 24.5.2000 T., E.1998/150, K.2000/1961, bkz.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

nedenle sona ermesi halinde üst hakkı da kendiliğinden sona erecektir. Nitekim, 3996 sayılı Kanun m.9'da da, sözleşmenin sona ermesi halinde, yatırımın her türlü borç ve taahhütlerden ari ve bedelsiz olarak idareye geçeceği hükme bağlanmıştır[313]. İşte bu

[313]BKK'nda yer alan bu düzenlemenin, Medeni Kanun'un üst hakkının süresinden önce sona erdirilmesi halinde hak sahibine uygun bir tazminat ödenmesine ilişkin emredici nitelikteki hükümlerine aykırı olduğu, bu nedenle idarenin de BKK.m.38/son hükmüne dayanarak, tazminat ödemekten kurtulamayacağı, TMK.m.832,833 uyarınca yatırımcı şirkete tazminat ödenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Gürzumar Osman Berat**, s.219. Ancak, unutulmamalıdır ki, YİD esas itibariyle bir finansman modeli olduğu için, sözleşmenin erken sona ermesinde yatırımcıya ödenmesi gereken, üst hakkının bedeli değil, üst hakkının sona erme tarihi itibariyle kullanılan finansmanın işletme gelirinden geri alınması mümkün olmayan kısmından ibaret olmalıdır. Nitekim, idare de erken sona erme hallerinde, ana krediler için geri ödeme garantisi vermekte (BKK.m.39) ve tabii ki bu garanti kapsamında ödeme yapılmadan önce de üst hakkının terkini gerekmektedir (BKK.m.38). Zira, bir ücret alacağı olmayan yatırımcı açısından, karşı tarafın kusurundan doğan zararın tazminini talep hakkı haricinde, kullanılan ve tahsil edilemeyen finansmanın geri dönüşü önem taşımaktadır. Bu nedenle de, mücbir sebepler fesih hallerinde tarife yoluyla geri alınamayan öz sermaye dahi yatırımcıya ödenmekte, kredi borcu ise her durumda idare tarafından üstlenilmektedir. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.28); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına

düzenlemeler nedeniyle, üst hakkının bağımsız nitelikte olmadığı söylenebilecektir. Bununla birlikte, özel bir kanun ile getirilen bu düzenleme karşısında, resmi senette üst hakkının 3996 sayılı Kanun uyarınca yapılacak bir YİD projesi için yapılan uygulama sözleşmesi çerçevesinde kurulduğunun belirtilmesi halinde, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte üst hakkının da sona ereceği üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir[314].

94/5907 sayılı BKK m.38' de ayrıca, sözleşmede Hazine tarafından köprü kredi sağlanacağı hükmünün yer aldığı hallerde, üst hakkı üzerinde Hazine lehine birinci derecede ipotek tesis edilmek üzere, bu derecenin boş bırakılacağı da belirtilmiştir (bkz. m.38/IV). Bu hükmün, üst hakkının kredi kurumlarına ipotek edilmesi ve bu nedenle cebri icrada satılması ihtimalinde, tesisin uygun şartları haiz olmayan üçüncü kişilerin eline geçmesine karşı idare lehine bir koruma sağlayacağı düşünülmüş olabilecektir. Ne var ki, böyle bir halde üst hakkı yine paraya çevrilecek ve Hazine satış bedelinden sadece ipotek tutarını alabilecektir. Bu nedenle, yatırımcının kredi borcunda temerrüdü nedeniyle üst hakkı üzerinde kredi kurumu lehine tesis edilen ipotek paraya çevrilecek olur ise, yatırım sahibi idarenin, sözleşmeyi feshederek üst hakkını sona erdirmesi gerekecektir[315].

İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.27); **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.26).

[314]**Gürzumar Osman Berat**, s. 220-221.

[315]**Gürzumar Osman Berat**, s.224.

Öte yandan, üzerinde üst hakkı tesis edilen arazi kamu arazisi olacağı için, bu üst hakkı ayrı sayfaya kaydedilse dahi, üst hakkı üzerinde kredi kurumları lehine ipotek tesisinin mümkün olmaması gerektiği de söylenebilecektir. Kaldı ki, yarım kalmış bir tesisin ipotek hakkına dayanılarak satışa çıkartılabileceği bir piyasa mevcut olmadıkça ipotek hakkı da gerçek bir teminat oluşturmayacaktır. Gerçekten, tamamlanmamış bir otoyolun, tünelin veya enerji santralinin satışı büyük zorluk arz edeceği gibi, yatırım sahibi devletin görevlendirme kararına dayalı olarak işe başlayan proje şirketinin değiştirilmesi anlamına gelecek olan ipoteğin paraya çevrilmesi de, ancak tesisi satın alacak olan yeni yatırımcının idare tarafından kabul edilmesi halinde mümkün olabilecektir[316].

B. İnşa (Yapım) Borcu

1. Borcun Muhtevası

YİD modelinin adından da anlaşıldığı üzere, ilişkide ‘’*yap(yatırım)*’’ dönemi bulunmakta ve bu dönemde proje konusunun, yatırımcı tarafından inşası gerekmektedir. Ancak, YİD sözleşmesindeki yapma borcunun konusunu oluşturan bu inşa edimi, sadece yatırım sahibine devredilecek bir tesisin yapılması amacına yönelik olmayıp, bunun kadar önemli olan, finansman temini borcunun ifası ve işletme hakkının kullanımı amacına hizmet etmektedir.

[316]**Augenblick Mark/Custer B.Scott Jr.**, s.12.

Gerçekten, yatırımcının finansman temini borcu dahilinde yaratacağı mali kaynağın yatırımda kullanımı usulü, yine yatırımcının bu kaynağı bizzat harcamak suretiyle, yatırım konusu projenin inşasını ve daha sonrasında da bakım ve onarımını sağlaması şeklinde olmaktadır. Ayrıca, inşa borcunun ifası, yatırımcı açısından işletme hakkının kullanılabilmesi için gerekli ilk adımın aşılması, bir anlamda bir ön şartın sağlanması anlamına gelmektedir. Zira, eşyanın doğası gereği, tesis inşa edilmeden yatırımcının işletme hakkını kullanmak imkânı doğmayacağı için, işletme kârına ulaşmanın ön şartı da tesisin inşası olacaktır.

YİD ilişkisinin bu özgün yapısı içinde inşa ediminin muhtevasının da farklılaştığını düşünmekteyiz. Bu husus daha önce, YİD'in bir sui generis sözleşme olarak incelendiği bölümde ele alınmış olup[317], tekrardan kaçınmak amacıyla aynı konuya dönülmeyecek olmakla birlikte, yeri geldiği için, bir hususu vurgulamakta yarar görmekteyiz; Yatırımcının inşa borcu, önceden belirlenmiş bir ücreti almak amacıyla bir eseri yapıp teslim etmekten ibaret olmayıp, bundan daha farklı bir hedefe yönelmiştir. Yatırımcı, temin ettiği finansman kaynağını bir yatırımda kullanarak kâr elde etmek amacıyla hareket ettiği için, asıl hedefi de, işletme dönemi gelirine kavuşmak olmaktadır. İnşa borcunun ifası ise, işte bu hedefe giden yolda atlanması gereken bir ilk basamak, bir başka ifade ile kâra ulaşmanın ön şartı niteliği kazanmaktadır. Dolayısıyla, inşa edilecek tesis, YİD ilişkisinin menfaat dengeleri içinde, sadece yatırım sahibinin menfaatlerini değil, işletme geliri beklentisi olan yatırımcının da menfaatlerini ilgilendiren bir unsur niteliği kazanmaktadır. Bu bağlamda, yatırımcının tesisi inşa ederken, istisna sözleşmesindeki müteahhitten

[317]Bkz. İkinci Bölüm, §3,II.C.5.

farklı olarak, sadece yatırım sahibi için değil, aynı zamanda kendisi için de inşa edimini ifa ettiği söylenebilecektir. Bu nedenle, yatırımcının ifa menfaati değerlendirilirken, sadece inşa borcu perspektifinden bakılması yeterli olmayacak, işletme dönemindeki kâr beklentisi dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

2. Borcun Hükümleri

İşte bu muhtevası itibariyle istisna sözleşmesindeki inşa borcundan farklılaşan yatırımcının inşa borcuna hangi hükümlerin uygulanacağı, önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen, 3996 sayılı Kanun m.6'da da yatırımcının inşa borcundan bahsedilmiş ve ayrıca, bu borcun projelendirmeyi de kapsayacağı belirtilmiş[318] ise de, borcun ifasına ilişkin başka bir düzenleme yapılmamıştır. Bu

[318]3465 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik m.12'de projelerin önceden Genel Müdürlükçe hazırlanmış veya hazırlattırılmış olması mümkün olduğu gibi, proje hazırlanması işinin görevli şirkete de verilebileceği belirtilmiştir. Uygulamada da YİD sözleşmelerinde de proje yapımının görevli şirkete bırakıldığı görülmektedir; **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.4, *Tesisler: Şirketin bu sözleşme ve proje dökümanları gereğince projelendirip, finansmanını sağlayarak inşa, tedarik, montaj ve test ederek işletmeye alacağı ..... birimlerini*), (m.6, *şirket, masrafları tümüyle kendisine ait olmak üzere Tesislerin uygulama projelerine esas teşkil edecek kesin projeleri ..... göre hazırlayarak ..... gün içinde Bakanlığa*

nedenle, sorunun aşılmasında, borcun muhtevası ve sözleşmelerin nitelikleri çok farklı olmakla birlikte, istisna sözleşmesinin hükümlerinden yararlanmak ve BK.m.355 vd.'nın, ilişkinin mahiyetine uyduğu ölçüde, YİD'e kıyasen uygulanması yolunu tercih etmek, en pratik çözüm olacaktır.

---

sunacaktır. ....Projelere esas teşkil eden verilerle ilgili her türlü sorumluluk şirkete aittir. Projelerin onaylanmış olması, şirketin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz), **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.4 ve m.6, aynı hükümler), **Hidroelektrik Santralinin** Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.4 ve m.6, *aynı hükümler*), **Marmara** Ereğlisinde Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması (m.1, Tesisi tanımı) ve (m.5, *aynı hükümler*), **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.4, *Toplam yatırım tutarı; proje dökümanları uyarınca tesislerin projelendirilmesi, finansmanı, inşası, tedariki, montajı, testlerinin yapılması ve işletmeye alınması için gerekli toplam tutar*) ve (m.6, *aynı hüküm*); **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.11, *görevli şirket, teslim aldığı arazi üzerinde inşa edeceği tesislere ait, mimari statik, tesisat, alt yapı ve teftiş projelerini ..... gün içinde hazırlayarak idareye sunacaktır*); Ayrıca özel bir yatırıma ilişkin olan **T.Emlak Bankası A.Ş.** ile özel bir şirket arasında yapılmış bulunan, spor ve eğlence tesisi inşasına ilişkin YİD sözleşmesinin ekinde bir avan proje ve teknik şartname mevcut ise de, şirketin sunduğu proje raporundan projelendirme işinin bizzat şirket tarafından yapıldığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 3996 sayılı Kanun m.6'daki düzenleme nedeniyle, YİD yatırımcısının inşa borcunun, proje yapımını da kapsadığı, bu nedenle mimarlık hizmetini içine aldığı söylenebilecek ve bu durumun YİD'in hukuki niteliğinde bir değişiklik yaratacağı akla gelebilecektir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski tarihli kararlarında, proje çizimi, istisna sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiş iken, daha sonraki kararlarında vekalet sözleşmesi yönünde değerlendirme yapılmıştır. Doktrinde de, proje hazırlamaya ilişkin sözleşmelerin istisna, vekalet ve sui generis olduğunu savunanlar mevcuttur. Bütün bu tartışmalar, eser kavramının sadece maddi niteliği olan şeyleri mi, yoksa maddi olmayan fikir ürünlerini de mi kapsadığı noktasından doğmaktadır. Ancak, gelinen noktada, Federal Mahkeme'nin eski içtihadına dönerek, maddi olmayan çalışma sonuçlarını da eser kavramında kabul etmesiyle birlikte, hakim görüş olarak, proje hazırlanma işi, istisna sözleşmesi kapsamında değerlendirilmekte, bunun dışında ihale şartnamesinin hazırlanması, maliyet hesaplarının yapılması, inşaat işinin kontrolü ve idaresi işlerini kapsayan bir mimarlık hizmetinde vekalet hükümlerinin de uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[319]. Dolayısıyla, sadece proje çizimi borcu nedeniyle, YİD sözleşmesinin

[319]Federal Mahkeme, maddi olmayan çalışma sonuçlarının da eser sayılabileceği içtihadına geri dönerken, havai fişek ve spor gösterilerinin düzenlenmesini istisna sözleşmesi olarak niteleyen kararlarının geçerliliğini koruduğunu da teyit etmiş ve bir arsanın kotlarının hesaplanmasını ve bir planda gösterilmesini üstlenen topograf ile yapılan sözleşmeyi istisna sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Tandoğan'ın kendisi ise, maddi bir şeyde tecessüm etmeyen fikir, sanat veya spor çalışmalarına veya gösterilere ilişkin sözleşmelerin istisna değil, vekalet olarak kabulü gerektiğini savunmaktadır. Bkz. bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.6-19; aynı yönde,

hukuki niteliği değişmeyecek ise de, inşaat işinin maliyet hesaplarının yapılması, idaresi ve kontrolü de yatırımcıya bırakılacak olur ise, bu tür hizmetler nedeniyle vekalet hükümlerinin de YİD sözleşmesine kıyasen uygulanması düşünülebilecektir.

Bu arada, daha önce de belirttiğimiz gibi, YİD sözleşmesindeki inşa ediminin muhtevasının, istisna sözleşmesindekinden farklılık göstermekte olduğu unutulmamalıdır. Gerçekten, yatırımcının amacı, bir eser meydana getirip, bu eseri teslim ederek karşılığında bir bedel (iş parası) almak değil, işletme hakkını elde edeceği bir tesisi yapıp, mümkün olduğu kadar yüksek kâr elde edeceği şekilde tesisi

---

Baygın Cem, s.11; Proje hazırlanmasını istisna sözleşmesi dahilinde kabul edilmesi hususunda bkz. **Kaplan İbrahim**, Kaplan I, s.33-59; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.17; **Tercier Pierre**, s.406; **Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir,** s. 45; Yargıtay da bir kararında, ‘’*Taraflar arasındaki uyuşmazlık, avan proje, etüd ve çizimi ile yetkili kuruldan onay alınmak koşuluna dayanan eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır*’’ ifadesini kullanarak, aynı görüşü paylaşmıştır. Y.15.HD., 11.2.1991 T., 1991/2751 E., 1991/526 K. sayılı karar için bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.65, dpn.9; Öz ise, eserin maddi nitelik taşıması gerekçesiyle, sadece eşyayı biçimlendiren veya değiştiren olguların bir eser yaratabileceğini savunmanın doğru olmadığını ifade ederken aynı zamanda, fikri varlıkların da eser sayılabilmeleri için varlığın bütünüyle objektif bir değerlendirmeye konu olabilecek bir şey, teknik bakımdan da nesnel (objektif) bir varlık olmasını aramaktadır. Bu nedenle de, mimarın hazırladığı proje veya mühendisin yapacağı planı eser olarak kabul etmesine karşın, ne olacağı önceden objektif olarak ortaya konulamayan sanat etkiliklerini eser saymamaktadır. Bkz. **Öz M.T Turgut**, s.7.

işletebilmektir. İşte bu farklılık nedeniyle, gerek istisna gerek vekalet sözleşmesindeki hükümler YİD'e uygulanırken, taraflar arasındaki menfaat dengesinin özelliliği dikkate alınmalıdır. Ayrıca, istisna sözleşmesindeki inşa borcunun konusunu, yeni bir inşaatın yapımı, mevcut bir yapıda değişiklik, onarım veya ilave yapılması ya da yıkım işi oluşturabilmekte ise de[320], YİD modelindeki ''*işletme*'' unsuru nedeniyle, mevcut bir yapının yıkımı, yatırımcının asli borcu olamayacaktır. Zira, hem yatırım sahibi yeni bir yatırıma kavuşmak için bu ilişkiye taraf olmakta, hem de yatırımcı bir işletme geliri elde etmek beklentisi ile finansman ve inşa taahhütlerinde bulunmaktadır. Dolayısıyla, YİD'in konusunu yeni bir yatırım veya yenileme yatırımları oluşturacak, buna bağlı olarak da, YİD'te sadece yıkımdan ibaret bir inşa borcu olamayacaktır[321]. Ancak, yatırımcının üstlendiği inşa borcu, kapsamı ne olursa olsun, esas itibariyle tesisin projeye uygun şekilde yapımına dayanmaktadır. Bu nedenle, münferit sözleşmelerde hizmetlerin de yatırımcıya yüklenmesi ve bu nedenle vekalet hükümlerinin gündeme gelmesi mümkün ise de, YİD yatırımcısının asli borcu, inşa olduğu için, YİD'in hükümleri de bu eksende belirlenebilecektir.

---

[320]**Eren Fikret**,Eren I, s.56.

[321]Y.3.HD., 8.4.2002 T., E.2002/3040, K.2002/3476 sayılı karardan (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) mülkiyeti bir vakfa ait arsa üzerindeki otelin yıkılarak yerine kültür merkezi yapılması hususunda Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Ankara Büyükşehir Belediyesi arasında YİD sözleşmesi imzalanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, menkul malların yapımına ilişkin projelerin de YİD'te inşa borcunun konusunu oluşturması düşünülebilecektir[322]. Fakat, bu ihtimalde de, yine işletmeye elverişli bir menkul malın imali söz konusu olmalıdır. Zira, yatırımcının inşa borcunu yüklenmesinin temelindeki amaç, işletme geliri elde etmektir. Ayrıca, menkul mal imaline ilişkin bir YİD sözleşmesinde, yatırım sahibinin bir katılımının sağlanabilmesi için, ya bir devlet tekeli niteliğindeki işletme hakkının yatırımcıya tanınacak olması ya da mevcut bir menkul malın iyileştirilmesi zorunlu olmaktadır. Bu nedenle, kural olarak inşaat işlerinde kullanılan YİD modelinin, menkul mal imalinde kullanılabilmesinin, ancak yenileme yatırımlarında veya tekel imtiyazı verilebilecek kamu yatırımlarında söz konusu olabileceği düşünülmektedir.

Yatırımcının inşa borcunun ifası ise, YİD sözleşmesinin ilk dönemi içinde olmakta ve belirli bir süreye yayılmaktadır. ''*Yatırım / İnşaat dönemi*'' olarak adlandırılan bu

[322]**Şenyüz Doğan**, s.7; ''*Yap-İşlet-Devret*'', T.C.Sağlık Bakanlığı'nın tıbbi cihazları, üretici yabancı firmalardan YİD modeliyle temin etme uygulaması ve eleştirisi için bkz. **Duran Lütfi**, s.148-149; Atatürk tarafından kullanılmış olan TCG Savarona yatının geçen zaman içinde yıpranması ve bakım masraflarının çok artması nedeniyle, restore edilerek turizm alanında kullanılması amacıyla YİD modeliyle (restore et- işlet-devret) özel teşebbüse ihale edilmesi işleminin iptali istemiyle açılan dava, işlemin mevzuata uygunluğu gerekçesiyle reddedilmiş, Danıştay tarafından da karar onanmıştır. Danıştay 10.D.28.6.1994 T., E.1992/3614, K.1994/1901,bkz.Danıştay Dergisi, S.90,s.1074.

evrenin azami süresi, sözleşmenin toplam süresine dahil edilmekle birlikte[323], belirli bir zaman olarak sözleşmelerde ayrıca gösterilebilmekte ve bir iş programı da belirlenmektedir. Yatırımcının bu dönem içinde ifa etmesi gereken inşa borcuna aykırılık ise, yatırıma zamanında başlamamak veya haklı bir neden olmadan ara vermek ya da yatırımı zamanında tamamlayamamak şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu borca aykırılık halleri ise ileride ayrı başlıklar olarak ele alınmıştır[324].

C. Sadakat Borcu

1. Borcun Muhtevası

Yatırımcının inşa borcunun bir iş görme borcu niteliğinde olması nedeniyle, işin sadakat (bağlılık) ile ifası borcu da, bir yan edim olarak, YİD sözleşmesine kendiliğinden dahil olmalıdır. Zira, iş görme borçları, genellikle başkasının menfaatine uygun hareket etmeyi gerektirmekte ve bu uygunluğu sağlamaya hizmet eden sadakat borcu da, iş sahibinin yararına olabilecek her şeyi yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak suretiyle ifa edilebilmektedir. Bu bağlamda, iş sahibinin eserin imalinden beklediği menfaatin temini için müteahhidin de bu beklenen menfaati gerçekleştirmeye uygun şekilde davranması gerekmektedir[325].

---

[323]3465 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik m.5 ile 3996 sayılı Kanun m.7 ve 94/5907 sayılı BKK m.18'de sözleşme süresinin, tesislerin yapımı ve işletilmesini kapsadığı belirtilmiştir.

[324]Bkz. Üçüncü Bölüm,,§5, I.H,I.

[325]**Şenyüz Doğan**, s.15-16; **Dayınlarlı Kemal**, s.32; **Baygın Cem**, s.25.

İki özel durumda ise sadakat borcunun ifa tarzı farklılık göstermektedir; Bunlardan ilki, BK.m.357/II uyarınca, malzemenin iş sahibi tarafından verilmiş olması halinde, müteahhidin malzemeyi ihtimamla kullanmak ve bu hususta hesap vermek, ayrıca artanı iade etmek borcu, diğeri ise, BK.m.357/III uyarınca, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arazinin, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyacak ayıplarından müteahhidin iş sahibini haberdar etmekle yükümlü olmasıdır. Hatta, sadakat borcu gereği, sadece malzeme ve inşaat arazisine ilişkin ayıpların değil, işin gereği gibi ve zamanında ifasını engelleyecek her türlü durumun müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmesi gerektiği, aksi halde iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanabileceği gibi, bundan başka tazminat da isteyebileceği kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak, sadakat borcu nedeniyle, işin sözleşmeye uygun ifasını tehlikeye düşürecek talimatlar veren iş sahibinin uyarılması gerekecektir. Ancak, uyarıya rağmen iş sahibi talimatında ısrar ederse, zarara kendisinin katlanacağı muhakkaktır (BK.m.361, m.368/III)[326].

YİD ilişkisinde sadakat borcunun muhtevası da, ayrıca tespiti gereken bir hususdur. Zira, müteahhidin iş sahibinin menfaatlerini korumak, yani işi sadakatle yapmak zorunluluğu, inşa borcunun iş görme edimlerinin bir türü olmasından kaynaklanmakta iken, YİD sözleşmesindeki yatırımcı açısından bir iş görme ediminin ifasından ziyade harcadığı finansmanı geri alabileceği işletmeyi kurma amacı etkindir. Görülüyor ki, yatırım konusu projenin inşası, yatırım sahibinin

[326]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.49-50; Eren ve Bilge ise bu hususları özen borcu kapsamında ele almışlardır. bkz. **Eren Fikret**, Eren II, s.75-76; **Bilge Necip**, s.218.

olduğu kadar, yatırımcının kendi menfaatine de hizmet eden bir edim niteliğindedir. Dolayısıyla, yatırımcının inşa edimini ifa ederken sadece yatırım sahibinin menfaatlerini gözetmesi ve onun verdiği talimatlara (uyarıya rağmen talimat tekrarlanmış ise) mutlak suretle uyması kendisinden beklenemeyecektir. Gerçekten, tesisin gerektiği şekilde ve zamanında yapılması, işletme dönemine bir an önce başlanması ve daha fazla kâr elde edilebilmesini sağlayacak, yatırım sahibinin bu imkânı tehlikeye atabilecek tavır ve talimatları ise, yatırımcının işletme kârının azalmasına neden olabilecektir. İşte bu nedenle, YİD sözleşmesindeki yatırım sahibinin yatırımcıya müdahalesi, ancak işin daha iyi bir noktaya erişmesini sağlayacak şekilde olabilmelidir. Kaldı ki, istisna sözleşmesindeki müteahhit bile, iş sahibinin talimatı üçüncü kişilere zarar verebilecek nitelikte ise, iş nedeniyle zarar görecek üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kurtulabilmek için işi reddetmek durumundadır[327].

2. Borcun Hükümleri

YİD Yatırımcısının sadakat borcu bu muhtevasıyla ele alındığında, yatırım sahibi tarafından verilen ve işin devamını engelleyen veya üçüncü kişilere zarar verebilecek olan talimatlar karşısında direnebilmek imkanının kendisine tanınması da kaçınılmaz olmaktadır. Ancak bu direnme, istisna sözleşmesindeki gibi, işin reddini gerektirmemeli, yatırımcı işi reddetmeden, sadece talimatı yerine getirmeyi red edebilmelidir.

[327]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.21.

Bu şekilde kurulacak denge içinde, yatırım sahibi, işin gereği gibi ve zamanında yapılmasını (ve işletmeye bir an önce başlanmasını) engelleyecek talimatlar veremeyeceği gibi, bu talimatlara uymayan yatırımcının sadakat borcunu ihlal ettiğini de ileri süremeyecektir. Ayrıca, işe ilişkin her hangi bir hususta yatırımcının yapacağı uyarı ve önerilerin dikkate alınmasının da, yatırım sahibi için bir zorunluluk, bir anlamda yatırımcı lehine bir sadakat borcu olduğu düşünülmektedir. Bu değerlendirme paralelinde, işi aksatan talimatlar veren veya yatırımcının uyarılarını dikkate almayan yatırım sahibinin, istisna sözleşmesindeki gibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanmak ve ayrıca zarar talep etmek imkânını yitirmekle kalmayacağı, bunun yanında yatırımcının BK. m.97/III uyarınca edebileceği zararını da (işletme kârının azalması suretiyle ortaya çıkacak mahrum kalınan kâr olabilir) karşılamak borcu altına gireceği kabul edilmelidir. Bu bağlamda, BK. m.361 ve 368/III'ün YİD bünyesindeki uygulaması daha farklı olacak, yatırımcı, işin niteliğine uymayan talimatlara uymaya zorlanamayacağı gibi, yatırım sahibinin işi engelleyen tavrından kaynaklanan zararını da talep edebilecektir.

Buna karşın, yatırım sahibin uygunsuz bir talimatı yatırımcı tarafından da benimsenmiş ve uygulanmış ise, gerekli uyarıyı yapmayan yatırımcı sadakat borcunu ihlal etmiş olacağı için yatırım sahibinin zararından sorumlu tutulabilecektir. Ayrıca, BK.m.357/II uyarınca, malzemenin yatırım sahibi tarafından verilmiş olması halinde, bu malzemenin ihtimamla kullanılması, bu hususta hesap verilmesi ve artanın iadesi borçları, yatırımcı için de aynen geçerli olmalıdır. Zira, tesisin inşası her iki tarafın da menfaatine hizmet etmekte ise de, malzemenin yatırım sahibi tarafından verilmiş olması, menfaat dengesini değiştirecek ve yatırım sahibinin de BK.m.357/II'deki

korumadan yararlandırılması zorunlu olacaktır. Bununla birlikte, YİD ilişkisinde yatırımın finansmanını yatırımcı sağlayacağı için malzemenin de, kural olarak onun tarafından temin edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, yatırım sahibinin malzeme vermesi, ancak tali mahiyette olabilecek ve bu şekilde yatırımcının da finansman borcu hafifleyecektir. Bu nedenle, BK.m.357/II'nin yatırımcı için de uygulanması, YİD ilişkisindeki menfaat dengesine uygun görülmektedir. Benzer şekilde, yatırım sahibinin yatırımcıya özel, teknik bir bilgi aktarmış olması halinde işin bitiminden sonra da bu bilginin saklı tutulması yatırımcının sadakat borcu içinde kabul edilmelidir[328]. Her ne kadar kamu yatırımlarında, YİD modelinden beklenen yararlardan biri teknoloji transferi olduğu için, yatırım sahibi idarenin yatırımcıya özel ve teknik bir bilgi aktarması ihtimali yüksek değil ise de, özel yatırımlarda, projenin yatırım sahibi tarafından verilmesi veya özel bilginin yatırımcıya aktarılması söz konusu olabilecek ve böyle bir durumda, yatırımcının bunları gizli tutmak borcu doğacaktır[329].

Bu kapsamda ele alınması gereken sadakat borcunun ihlali halinde sözleşmenin feshi imkânının doğup doğmayacağı da, ayrıca önem taşıyan bir husustur. İstisna

---

[328]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.50, dpn 12; **Eren Fikret**, Eren II, s.77.

[329]İdarenin taraf olduğu YİD sözleşmelerinde ''*tarafların her biri diğer tarafın kendisine teslim ettiği veya başka şekilde eline geçen tüm gizli bilgi, döküman veya verinin (veya know-how'ın) gizli tutulacağını, çalışanlarının, görevlilerinin ve yöneticilerinin gizli tutmasını temin edeceğini ve bu sözleşmeye imza atan tarafların yazılı iznini almadan ilgili kamu kuruluş ve yargı mercileri hariç olmak üzere, üçüncü şahsın kullanımı için açıklamayacağını kabul eder*'' hükmü yer almıştır.

sözleşmesinde, sadakat borcu bir yan borç olmasına karşın, bu borcun ağır surette ihlali durumunda iş sahibinin, BK.358/II veya BK.m.369 ile birlikte, BK.106'ya dayanarak sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir[330]. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle YİD'te de, BK. m.106'nın uygulanabileceği muhakkaktır. Ayrıca, nihai amacı yatırım konusu tesise kavuşmak olan yatırım sahibinin, olumsuz sonucu öngörerek işin ayıplı ifasını engellemek üzere, BK.m.358/II'deki yetkileri kullanabileceği de kabul edilmelidir. Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin düzenlemelerde de idareye tanınan denetim yetkisi, bu amaca yönelik olup, işin her aşamada izlenmesi suretiyle zamanında müdahale ve gerektiğinde sözleşmenin feshi imkânı yaratılmak istenmiştir[331]. Öte yandan, yatırım

---

[330]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.51; Esasen BK.m.358/II, teslimden önceki aşamada yani işin icrası sırasında, müteahhidin kusurlu davranışının işin noksan ve bozukluklarla teslim edilmesine yol açacağının kesin olarak öngörülebildiği hallerde uygulanmaktadır. Bu hüküm, iş sahibine, teslimi beklemeye gerek kalmadan, borca aykırılık hallerindeki önlemleri almak imkanı tanımaktadır. Nitekim, iş sahibi, bozukluğun giderilmesi için bir süre tayin ederek müteahhide bir şans daha tanıdıktan sonra, için devamını, masrafı ilk müteahhide ait olmak üzere, bir başka müteahhide tevdi edebilmekte veya BK.m.106'daki hakları kullanabilmektedir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.119 vd.

[331]3096 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 16.8.1985 T., 9799 S. Yönetmelik, m. 7; 3465 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik, m.74; 3996 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 6.8.1994 T., 94/5907 S. BKK, m.23; YİD sözleşmelerinin hepsinde, idarenin denetim yapmak,

sahibinin de yatırımcıya karşı bir sadakat borcu bulunduğu dikkate alındığında, yatırım sahibi bu borcunu ağır bir şekilde ihlal ettiğinde, yatırımcının da BK.m.106'ya istinaden fesih yetkisini kullanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinde, idarenin kusuru olarak kabul edilecek hallerin sıralandığı ''*Risk Olayı*'' maddelerinde[332] yer alan hükümlerde de, idare tarafında gerçekleşen ve yatırımcının işe devamını engelleyici nitelikte olan olaylara yer verilmiş ve böylece idarenin sadakat borcu kabul edilmiştir.

---

düzeltme istemek ve gerektiğinde bizzat önlem almak ve belirli bir usul dahilinde sözleşmeyi feshetmek yetkisi mevcuttur.

[332] ''*Bakanlık, TEDAŞ ya da herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunun yaptığı veya yaptırdığı fiiller ve kesinleşmiş mahkeme kararları, şu kadar ki bu fiillerin veya mahkeme kararlarının risk olayı sayılabilmesi için şirketin bu sözleşmede esasa yönelik yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olacak, geciktirecek veya önleyecek nitelikte olması gereklidir. ...*'', ''*Bakanlık, TEDAŞ veya diğer herhangi bir kamu kuruluşunun projenin geliştirilmesi, finanse edilmesi, tesisin inşa edilmesi veya işletilmesi için gerekli olan ve kendi kanuni yetkisi dahilinde bulunan izin, yetki, hak ve onayları vermemesi*'' birer risk olayı olarak özel hukuka tabi YİD sözleşmelerinde yer almıştır.

D. Özen Borcu

1.Borcun Muhtevası

Borçlar Kanunu m.356/I uyarıca, istisna sözleşmesinin müteahhidi, işi özenle yapmak borcu altında olup, özen derecesi hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcu hükümlerine göre tespit edilecektir. Müteahhidin özen borcu bu şekilde açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, işçinin özen borcunun istisna sözleşmesi için yeterli olamayacağı ve bu nedenle kendi iş alanında uzman olması beklenen müteahhidin daha ağır bir özen borcuna tabi kılınması gerektiği kabul edilmektedir[333]. Dolayısıyla, tacir niteliğinde olup, inşaat işi ile uğraşan bir müteahhidin, iş sahibine nazaran inşaat işinden daha iyi anlayacağı kabul olunarak, bu bilgi ve deneyimi ile işin ifasında israftan kaçınması, fen ve sanat kurallarına uygun şekilde işin

[333]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.93; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.54-55; **Bilge Necip**, s.216-217;**Tunçomağ Kenan**, s.509; **Olgaç Senai**, , s.10; **Aral Fahrettin**, s. 348; **Eren Fikret**, Eren II, s.74; **Baygın Cem**, s.25; ‘’*eser sözleşmesinde yüklenici, kural olarak, işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre, daha yüksek özen göstermelidir. (BK.m.356/I). Yüklenici, bir işi yüklenir iken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan sorumlu tutulur.....*’’. YHGK., 9.10.1991 T., 1991/340 E.,1991/467 K. sayılı karar için bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.199.

yürütülmesini sağlaması, rizikolara karşı iş sahibinin dikkatini çekmesi özen borcunun gereği olarak görülmektedir[334].

YİD sözleşmesindeki yatırımcı da, kendi alanında uzman niteliğini haiz bulunması beklenen taraf olması nedeniyle, nihai olarak yatırım sahibine devretmek üzere yüklendiği inşa işini yaparken, aynı şekilde ağırlaştırılmış özen borcu altında olmalıdır. Özellikle kamu yatırımlarında, yüksek teknoloji gerektiren projelerde uygulanan YİD modeliyle iş yapmayı taahhüt eden yatırımcının, sıradan bir müteahhitten daha uzman olması ve teknoloji transferini de sağlayacak uzmanlığa sahip bulunması gerekmektedir.

Bu bağlamda, yatırımcının, işe başlamadan önce ve iş süresinde, özen borcunun ifası kapsamında alması gereken önlemler bulunmaktadır; Öncelikle, projenin gerçekleştirilebilmesi için gerekli ön şartların mevcudiyetini teyit etmesi ve işe başlamadan önce eksikliklerin tamamlanmasını sağlaması gerekmektedir. Bu bağlamda, inşaat yeri ile ilgili olarak, daha önceden hazırlatılmış fizibilite raporları varsa bunların fenne ve gerçeğe uygunluğu kontrol edilmeli, her türlü plan, proje ve verilerin doğruluğu ve uygunluğu teyit edilmelidir[335]. Nitekim, idarenin taraf olduğu

[334]**Kostakoğlu Cengiz**, s.405.

[335]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.56; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.193; **Dayınlarlı Kemal**, s. 38; Ayrıca müteahhidin, özen borcu gereği, işin finansmanını önceden temin etmesi gerekmektedir. Bkz. **Kostakoğlu Cengiz**, s .406; Bu noktada, müteahhidin finansman temini borcu ile yatırımcının finansman borcunu karıştırmamak gerekir. Müteahhit işin yapılması için gerekli alet ve aracı, ayrıca

YİD sözleşmelerinde fizibilite raporunun hazırlanmasında gerekli teknik veri ve bilgilerin kullanılmış olmasından, projenin muhtelif doğa risklerine uygunluğundan ve resmi standartları karşılıyor olmasından yatırımcının sorumlu olacağı hükme bağlanmış, gerekli izinlerin alınmasında idarenin yardımda bulunma taahhütleri mevcut ise de, bu hususstaki nihai sorumluluk yatırımcıya yüklenmiştir[336]. Ayrıca, eğer yatırım sahibi tarafından malzeme temin edilmiş ise, işe başlamadan önce, yatırımcı malzemeyi kontrol etmeli ve malzemenin ayıplı çıkması halinde bu durumu bildirmelidir. Aynı şekilde, tesisin inşa edileceği arazinin yatırım sahibi tarafından

---

malzemeyi ve hatta araziyi bile temin etmek borcu altına girmiş olabilir. Ancak, temin ettiği bütün bu unsurların maliyet bedelini, götürü ücretin içinde veya maliyet+kâr usulüyle iş sahibinden talep etmek hakkına sahiptir. YİD modelinde ise, yatırım sahibinin finansmanı yatırımcıya ödemek borcu bulunamamakta ve hatta yatırımcıya kredi veren finans kurumlarının dahi non-recourse credit kapsamında işlem yapmaları, yani işletme riskine katılmaları beklenmektedir.

[336]''*Fizibilite Raporu coğrafi, topografik, jeolojik, sismik, meteorolojik bilgilerle ve diğer veri ve bilgilere dayalı olarak hazırlanmıştır. Şirket bu veri ve bilgilerle ilgili tüm sorumluluğu üstlenmiş ve Fizibilite Raporunun hazırlanmasında bunların esas alındığını kabul etmiştir..... Şirket, masrafları tümüyle kendisine ait olmak üzere yaptığı çalışmaların yetersizlik, eksiklik veya kusurlarından ve/veya bu çalışmaların kapsamında bulunmayan ancak, önceden öngörülmesi mümkün olmayan jeolojik koşullar dışındaki hususlardan dolayı Fizibilite Raporundan farklı olarak meydana gelecek bütün teknik, sayısal, ekonomik ve mali değişikliklerden tam sorumlu olacak ve bunlardan kaynaklanan masraflar Toplam Yatırım Tutarı'na ve/veya Tarife'ye yansıtılmayacaktır*'' hükmü bütün enerji projelerinde yer almıştır.

gösterilmesi durumunda da, yatırımcı, işe başlamadan önce arazinin kontrolünü yapmak ve işe uygun olup olmadığını yatırım sahibine bildirmek borcu altındadır (BK.m.357/III)[337].

İstisna sözleşmesindeki müteahhidin işi özenle yapma borcu, yalnızca işin başlangıcında alınacak tedbirler ve kontrollerle sınırlı olmayıp, inşaatın tamamlanıp teslimine kadar devam eden bir borçtur. Nitekim, işin bizzat ifası gereken hallerde yardımcı şahıs veya alt müteahhit kullanmak veya yardımcı şahıs kullanılabilen hallerde talimatlandırma, gözetim ve yönetim görevlerinin gereği gibi yapılmaması, alt müteahhit kullanılan hallerde işin tamamının gerektiği gibi yürütülmesini sağlayacak koordinasyonun ve denetimin yapılmaması, kullanılan malzemenin kalitesizliği veya malzemenin gerektiği gibi kullanılmaması, malzemenin gerektiği gibi korunmaması, iş sahibinin verdiği malzemenin kontrol edilmemesi ve genel ihbar borcunun ihlalinin de özen borcunun ihlalinin özel durumları olduğu da

[337]Buna karşın eğer arazi yatırımcı tarafından temin ediliyor ise, bu halde bir arsa satımının mevcut olduğu ve dolayısıyla BK.m.189-190'nın uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Bilge Necip**, s.218; Eğer müteahhit denenmemiş bir yapı tekniği kullanıyor ise, özen borcu gereğince iş sahibinin olurunu almalıdır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.92; Ancak YİD'in özellikle kamu yatırımlarındaki uygulamasında teknoloji transferi de projenin bir özelliği olarak gösterilmekte olduğu için, kullanılacak yeni teknikler hususunda ayrıca izin alınması gerekmemelidir. Kaldı ki, fizibilite raporunda ve projelerde kurulacak tesiste kullanılacak teknoloji de açıklanmaktadır.

belirtilmektedir[338]. Özen borcunun bu kapsamı içinde müteahhit, işin yapımı esnasında da inşaattaki çalışanların güvenliğini ve çevresel güvenliği temin etmek zorundadır[339].

Esasen, YİD yatırımcısı açısından da aynı durum geçerli olmalıdır. Kaldı ki, yatırımcı yatırım döneminden sonra da tesisi elinde bulunduracak ve işletecek olduğu için, bütün sözleşme döneminde özen borcu altında olduğu kabul edilmelidir. Özen borcunun işletme dönemine yayılması aşamasında bu borcun kapsamı ise, TMK.m.2'den hareketle genişletilebilecektir. Dolayısıyla, yapım aşamasında işi yürüten ve hakimiyeti altında bulunduran yatırımcı, yatırım döneminde müteahhidin özen borcu hükümlerine tabi olacağı gibi, işletme döneminde de, özen borcu dahilinde, işin niteliğine uygun, gerekli önlemleri almak zorunda olacaktır. Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinde, yatırımcı görevli şirket, gerek inşaat gerek işletme sırasında, kamuya ve özel kişilere ait malların zarar görmemesi, can ve mal kaybına neden olunmaması için her türlü tedbiri almakla yükümlü kılınmakta, bu gibi nedenlerden doğacak sorumluluğun, mücbir sebepler dışında şirkete ait olacağı hükme bağlanmaktadır[340]. Ayrıca, idarenin kamu güvenliğini tehdit eden bir durum

---

[338]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.94-110.

[339]**Kostakoğlu Cengiz**, s.406-407.

[340]3465 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T.,93/4186 S. Yönetmelik'in 72.maddesinde trafik güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması sorumluluğu özel olarak belirtilmiş, 79.maddesinde de inşa ve işletme döneminde her türlü hukuki ve cezai sorumluluğun yatırımcıya ait olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca, 3996 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 6.8.1994 T.,

tespit etmesi halinde de düzeltme isteyebileceği, gerekli düzeltmenin yapılmaması halinde idarenin re'sen tedbir alacağı, şirketin bakım ve onarımı ihmal etmeye devam etmesi halinde ise, sözleşmenin feshedilebileceği sözleşmelerde düzenlenmekte ve

---

94/5907 S. BKK, m.29 ile de yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilerin uğrayacağı zarardan şirketin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ayıca, **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesinin 16.maddesinde ''*Görevli Şirket, yatırım ve işletme döneminde üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumlu olup, sözleşme süresince meydana gelebilecek kazalar sonucu ortaya çıkacak doğrudan ve dolaylı zararlardan kusuru olsun veya olmasın tamamen sorumlu olacaktır. Çalışanların sözleşme konusuna ilişkin faaliyetleri sonucu meydana gelebilecek doğrudan veya dolaylı üçüncü kişi zararlarının tamamını karşılamaktan sorumlu olup, kusuru olmadığını ispat ile bu sorumluluktan kurtulamaz*'' hükmü, **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması'nın 16.maddesinde, ''*Şirket tesisin inşası ve işletmesi boyunca makul ve basiretli bir işletmecinin Tesis civarındaki menkul ve gayrimenkullerde kayıp ve hasar meydana gelmemesi ve gerçek ve tüzel kişilere zarar vermemesi için alacağı bütün önlemleri alacak ve şirket kendi kontrolü dışındaki nedenlerle doğanlar hariç, bunların sorumluluğunu üstlenecektir*'' hükmü yer almış ve diğer sözleşmelerin çoğunda da, ''*şirket tesislerin gerek inşası ve gerek işletmesi sırasında kamuya, gerçek ve tüzel kişilere ait menkul ve gayrimenkullere, her nevi yapı ve tesislere herhangi bir zarar ve ziyan verilmemesi, can ve mal kaybına sebep olunmaması için gereken bütün tedbirleri alacak ve bundan doğacak bütün sorumluluk şirkete ait olacaktır*'' hükmüne yer verilmiştir.

çevresel etkisi olacak projelerde, bu hususstaki sorumluluk da yatırımcıya bırakılmaktadır. Buna ek olarak, her ne kadar sigorta yaptırılması (kural olarak) özen borcunun bir gereği olarak kabul edilmemekte[341] ise de, sözleşmelerde yatırımcının, idare lehine, üçüncü şahıs mali sorumluluk, inşaat ve işletme all risk sigortası yaptırması zorunlu kılınmakta, böylece yatırımcının sorumluluğu teminatlandırılmış olmaktadır[342].

2. Borcun Hükümleri

Özen borcunun ihlali halinde yatırım sahibinin haklarının ne şekilde korunacağı ise, istisna sözleşmesinin özel hükümlerinde bu hususta bir düzenleme yer almadığı için, genel hükümlere göre belirlenecektir. Dolayısıyla, eğer yatırımcının özen borcuna aykırı hareketi, projenin inşasında bir ayıp yaratmamış, fakat yatırımcının başka bir zararına yol açmış ise, (yaralanma, ölüm, yatırım haricinde kalan bir malın

[341]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.58.

[342]Sözleşmelerin tamamında, ‘’*Şirket yatırım ve işletme dönemlerini kapsayacak şekilde Tesisler için, üçüncü şahıs mali mesuliyet sigortası, Tesiste meydana gelecek zarar ve ziyana karşı ikame değeri sigortası, ticari işletme tarihine kadar inşaat genel riziko (all risk) sigortası, nakliyat sigortası, tabii afetler ve toplumsal olaylar için genel riziko (all risk) sigortası yaptıracaktır*’’ farklı ifade ve kapsamlarla yer almıştır.

hasarlanması vs.) BK.m.96'ya istinaden, sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle yatırımcıdan tazminat talep edilebilecektir[343].

Bununla birlikte, özen borcunun ihlali nedeniyle eserde bir bozukluk meydana gelmiş ise, artık bu bozukluk nedeniyle sorumluluk doğacağı (BK.m.359 vd.), dolayısıyla ayrıca özen borcuna aykırılık nedeniyle bir sorumluluk doğmayacağı muhakkaktır. Aynı şekilde, özen borcunun ihlali, eserin yapımında bir gecikmeye neden olduğu hallerde de, bu hususta özel hüküm (BK.m 358/I) uygulanacaktır.

[343]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.60-61; Akdin müspet ihlali, borçlunun sözleşmenin gayesini tehlikeye düşüren her türlü davranıştan kaçınmak umumi vazifesine aykırı davranmak suretiyle sözleşmenin ihlal edilmiş olmasıdır. Bu taktirde alıcı BK.m.106 kıyasen uygulanmak suretiyle, bu maddenin öngördüğü hakları haiz olur. Bkz. **Kuntalp Erden**, Kuntalp I, s.89; Kötü ifa, eserdeki ayıp şeklinde ortaya çıkmıyor ise, müteahhidin genel bir davranış borcu olarak kabul edilen özen borcuna aykırılık olduğu ve iş sahibinin BK.m.96'ya başvurabileceği kabul edilmekle birlikte, BK.m.96 fesih hakkı vermediği için, sadece tazminat talep edilebilecektir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.91; Kötü ifa olarak da ifade edilen ''*akdin müspet ihlali*'', en fazla koruma yükümlerinin ihlali durumlarında ortaya çıkmaktadır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s.183;von Tuhr ise, ''*müspet ihlal*'' kavramını anlaşılamaz bulmakta ve bu tabirden sarfınazar edilebileceğini ifade etmektedir. Zira, her durumda borçlunun sözleşmeyi kusurlu bir şekilde ifası ile sebebiyet verdiği zararı tazmin ile mükellef olduğunu, BK.m.96'nın uygulanabileceği görüşündedir. Bkz. **von Tuhr Andreas (Çev. Edege Cevat)**, s.613-614.

İşin ifası esnasında ortaya çıkan özen borcuna aykırılığın eserde somutlaşmadığı hallerde ise, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacağı gibi, özen borcuna aykırı davranış nedeniyle işin sözleşmeye uygun olarak yapılamayacağının kesin olarak öngörüldüğü durumlarda BK.m.358/II'deki işin üçüncü kişiye yaptırılması imkânından da yararlanılabilecektir[344].

Gerçekten, özen borcunun ihlali halinde yatırım sahibinin başvurabileceği bir imkân, işin tamamlanmasını beklemek ve ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak zararının tazmini istemek yerine, BK.m.358/II'nin kıyasen uygulanması suretiyle, aykırılığın giderilmesi için bir mehil tayin ederek talepte bulunmak, bu talebe olumlu karşılık alamadığında da re'sen önlem almak olabilecektir. Özellikle büyük inşaat işlerinde, işin yapılması sırasında kontrol edilmesi büyük bir önem taşımakta ve hatta kontrol için yetkili birini atamayan iş sahibinin müterafik kusurlu olduğu bile ileri sürülebilmektedir[345]. Bu nedenle, YİD modelinde de yatırım sahibinin işin düzenli şekilde kontrolünü sağlayacak önlemleri almış olması gerektiği ve bu kontroller esnasında tespit edeceği aksaklıkların giderilmesi için BK.m.358/II'den yararlanabileceği düşünülmektedir. Bu hüküm uyarınca, yatırımcının kusuru

[344]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.22 ve 110-111.

[345]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.61. Ayrıca, inşaatın genişliği ve zorluğu nedeniyle özel bir kontrolör atanması gerekirken işin bizzat iş sahibi tarafından denetlenmesinde olduğu gibi, işin özelliklerine uygun olmadığı açıkça belli bir müteahhide iş veren iş sahibinin de müterafik kusurundan bahsedilebilecektir. Bkz. **Tunçomağ Kenan**, s.510.

nedeniyle[346], işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağının kesin olarak tahmin edilebildiği durumlarda, yatırımcıya bu durumun düzeltilmesi için bir mehil tayin edilmesi ve gerekli önlemler alınmaz ise işin, masrafı yatırımcıya ait olmak üzere, üçüncü kişiye tevdi edileceğinin ihbarı mümkündür[347].

Öte yandan, yatırımcının verilen mehilde hareketsiz kalması veya mehilin yararsız olacağının belli olması durumunda, yatırım sahibinin işi, masrafı yatırımcıya ait olmak üzere başkasına yaptırmak yerine, sözleşmeyi feshedebileceğine dair BK.358/II'de bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak özen borcuna aykırılık da, esasen bir sözleşme ihlali olduğuna göre, yatırımcının tavrına istinaden işin ayıpsız yapılmasının beklenemeyeceği durumlarda, BK.m.358/I[348] kıyasen veya BK.m.106 vd.'nın doğrudan uygulanması suretiyle yatırım sahibine fesih hakkı

[346]BK.m.358/II'de geçen ''*müteahhidin kusuru*'' ifadesinin, ayıbın doğumunda iş sahibinin kusurunun olmaması şeklinde anlaşılması gerektiği, zira müteahhidin sorumluluğunun sebep sorumluluğu olması nedeniyle kusura dayanmadığı hususunda bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.64.

[347]İşin başka bir müteahhide verilmesi halinde, bu yüzden doğan masrafların yanında, işin başkası tarafından yapılması esnasında kazaen meydana gelen zararlardan ve yeni müteahhit tarafından karşılanmayan sonuçlarından ilk müteahhit sorumlu olacaktır. Zira, kaza ilk müteahhidin kusurunun bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak iş sahibi yeni müteahhidin seçiminde ve talimatlandırılmasındaki kusurundan sorumlu olacaktır. Bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.366 (BK.358), N.6.

[348] **Aral Fahrettin**, s.354.

yaratılabilecektir[349]. Nitekim kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde idarenin, denetim yetkilerinin yanında, önlem alınmasını istemek, bizzat önlem almak ve neticede sözleşmeyi feshetmek yetkileri mevcuttur[350].

---

[349]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.114; Tandoğan, BK.m.106 ve 108'in de burada *kıyasen* uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.69;

[350]**Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde ''*Şirketin her türlü faaliyeti ile Tesis, Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bütün aşamalarda, Şirkete 7 gün önceden yapılacak bildirim ile Bakanlık ve/veya Bakanlık'ın tayin edeceği kamu kuruluşları ile yasaların verdiği yetki çerçevesinde bağımsız kuruluşlar tarafından denetime tabi olacaktır, ancak söz konusu denetim süresince Şirket'in makul güvenlik önlemlerine uyulacaktır. Denetimler sonucu tespit edilen aksaklıkların giderilmesi için Bakanlık'ça Şirkete uygun bir süre verilecektir. Şirket, aksaklıkları verilen sürede ve gecikmeye meydan vermeden gidermediği taktirde, Bakanlık hizmetin sürekliliğini sağlamak amacıyla masrafları Şirkete ait olmak üzere, gerekli tedbirleri alacak veya aldıracaktır*'' (m.23). ... *Üretime geçildikten sonra umumun emniyet ve selametini bozacak hallerin tespiti üzerine Bakanlık'ça yapılacak yazılı uyarıya rağmen durumun Şirketçe düzeltilmemesi halinde, Bakanlık işletmeye el koymaya ve masrafları Şirkete ait olmak üzere gerekli tedbirleri almaya veya aldırmaya yetkilidir* (m.24)'', **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde, **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik

Bu arada, YİD modelinde yatırım maliyetini finanse etmek yatırımcının borcu olduğu için, özen borcunun ihlali, ayıplı ifaya neden olmamış veya işin yapılamayacağının kesin olarak anlaşılması gibi bir durum yaratmamış, sadece yatırım maliyetini arttırmış ise, bu durumda yatırım sahibi açısından bir zarar doğmuş olmayacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Zira, özen borcunun yarattığı maliyet artırıcı etkilere, yatırımcı finansman temini borcu kapsamında kendisi katlanacak (tabii ki, kamu yatırımlarındaki garantilerin de bu nitelikteki bir maliyet artışını kapsamadığı kabul edilecektir), dolayısıyla yatırım sahibinin bir zararı doğmayacak ve BK.m.96'ya dayanılarak tazminat talep edilemeyecektir. Ancak, yatırımcının özen borcuna aykırı davranışı nedeniyle yatırım sahibi hayatını kaybetmiş ise, onun desteğinden mahrum kalan yakınları, BK.m.98/II uyarınca destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceklerdir. Ayrıca, eğer sözleşmede, üçüncü kişilere verilecek zarardan yatırımcının sorumlu olacağı hükme bağlanmış ise, bu hükmün tam veya eksik üçüncü kişi lehine şart olarak kabulüne göre, üçüncü kişinin bizzat veya yatırım sahibi aracılığı ile yatırımcıdan tazminat talep edebileceği

---

Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinde, **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde ve **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi'nde aynı hükümler ve buna ek olarak sözleşmenin şirket kusuru nedeniyle fesih yetkisi yer almaktadır. **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşmasında ise m.18'de denetim yetkisi, m.22'de ise kamu güvenliğini ilgilendiren hususlarda re'sen önlem almak yetkileri idareye tanınmıştır.

de kabul edilmelidir. Böyle bir özel hüküm bulunmayan hallerde ise, yatırım sahibine yakınlıkları nedeniyle yatırımcının ediminden etkilenen kişiler, YİD sözleşmesinin kendilerini de koruyucu etkisi olmasına dayanarak, yatırımcıdan zararlarının tazminini talep edebilmelidirler[351].

E. İşi Yapmak veya Yaptırmak Borcu

1. Borcun Muhtevası

İstisna sözleşmesinde müteahhit, BK.m.356/I uyarınca, işi bizzat yapmak veya kişisel yönetimi altında yaptırmak zorundadır. Kural bu olmakla birlikte, eğer işin niteliği müteahhidin kişisel becerilerine bağlı değil veya sözleşme ile bu hususta özel yetki verilmiş ise, müteahhit işi bir alt müteahhide yaptırabilecektir[352]. İstisna sözleşmesindeki bu durum, esasen BK.m.67'ye bir istisna oluşturmakla birlikte, müteahhidin eser inşası borcunun içinde hizmet borcunun da yer alıyor olmasının doğal bir sonucudur. Zira, hizmet edimlerinde borçlunun şahsi özellikleri her zaman

[351]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.60-61.

[352]Gautschi ise, BK.m.356/II'nin BK.m.67'deki genel kuraldan bir ayrılma teşkil etmediğini, bilakis onu teyit ettiğini ifade etmiştir. Bu görüş uyarınca, istisna sözleşmesinde kural olarak iş bir başkasına yaptırılabilir, şahsen ifa mükellefiyeti istisnadır. İş sahibi, müteahhidin işi bizzat yapmasından ziyade, şahsen sorumlu tutulmasına önem verir. Müteahhidin bizzat ifa borcu, yalnız küçük el zanaatları ile ilgili işletmelerde söz konusudur. Gautschi, Art.364, Nr.9. a-e., naklen ve aksi yöndeki görüş için bkz. **Kılıçoğlu Ahmet**, Kılıçoğlu I, s.188.

(az veya çok) önem taşımaktadır[353]. Esasen, BK.m.356/II'nin temelindeki düşünce de, müteahhidin kişiliğinin iş sahibi için önemli olduğu, bir başka deyişle, iş sahibinin sözleşmeyi müteahhidin kişisel becerilerini göz önüne alarak, bir güven duygusuna istinaden imzalamış bulunduğudur. Bu beceriler nedeniyle, müteahhit işi bizzat yapmak zorunda olup, ancak, işin yapısı buna müsaade ediyor ise ve kişisel hakimiyetini muhafaza etmek kaydıyla, işin yapımında kendi yönetimi altında çalışmak üzere yardımcılardan yararlanabilecektir[354]. Bu düzenleme karşısında üç hali birbirinden ayırmak yerinde olacaktır; İşin bizzat müteahhit tarafından kişisel olarak yapılması; işin üçüncü bir kişi tarafından ve fakat müteahhidin yönetimi altında yapılması; işin bağımsız bir alt taşerona yaptırılması. Kural, işin bizzat veya müteahhidin yönetimi altında ifası olduğu için bu üç durumdan hangisinin mevcut olduğuna dair bir ihtilaf doğduğunda ise, müteahhidin işi başkasına yaptırmaya yetkili olduğunu, iş sahibinin de (işin niteliği müteahhidin becerileri ile bağlantı arz etmeyen hallerde) işin müteahhit tarafından bizzat veya kendi yönetimi altında yapılması gerektiğini ispat etmesi gerekecektir[355].

YİD sözleşmelerinde de, yatırımcının inşa borcuna BK.m.356/II'nin kıyasen uygulanacağı ve proje konusu işin, kural olarak yatırımcı tarafından bizzat veya yönetimi altında yaptırılması gerektiği, işin kısmen veya tamamen bir alt müteahhide devrinin ise, ancak yatırım sahibinin rızası veya işin mahiyetinin izin vermesi durumunda mümkün olduğu ileri sürülebilecektir. Ayrıca, vekilin hal icabına göre

[353]**Aral Fahrettin**, s.336-337.

[354]**Tercier Pierre,** N.3421-3422; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.25.

[355] **Pedrazzini M.M., s.**531-532.

mecbur olduğu taktirde yerine başkasını ikame edebilmesi imkânı tanıyan BK. m.390/III, istisnada inşa borcuna kıyasen dahi uygulanamadığı[356] için YİD yatırımcısı da bu hükümden yararlanarak işi başkasına yaptıramayacaktır. Zira yatırımcının inşa borcunun istisna sözleşmesindekinden farklılıkları bulunsa da, yatırım sahibinin proje konusu tesise kavuşmak beklentisi, işin en uygun kişi tarafından inşasını ve teslimini talep etmek hakkını kendisine tanımaktadır. Kaldı ki, YİD sözleşmelerine genellikle çok büyük yatırım projelerinin konu olduğu dikkate alındığında, yatırımcının özel ve teknik bilgisinin, parasal gücünün ve güvenirliğinin ayrıca önem kazandığı ve bu nedenle büyük projelerdeki inşaat işlerinin bizzat yatırımcı tarafından veya onun yönetimi altında üçüncü kişiler eliyle ifasının gerekeceği savunulabilecektir.

---

[356]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.78; Acaba bu hükmü (BK.m.391) ikamenin caiz olduğu bütün hallere teşmil etmek doğru olur mu? Bahsi geçen hüküm istisnai nitelik taşımaktadır. Filhakika bu hüküm, vekil her zaman vekaletten istifa edebileceği cihetle (BK.m396/I), yerine başkasını tevkil etmekle müvekkile hizmette bulunmuş olacağı mülahazasıyla haklı görülebilir; böyle bir mülahaza diğer akitler için varit olmadığından, bu istisnai hüküm onlara tatbik edilmemelidir. Başka bir deyimle, hiç bir borçlu sadece seçmede ve talimat vermedeki kusurundan dolayı mes'ul olacak şekilde yerine başkasını ikame edememelidir. Kaldı ki, BK.m.100, borçlu yerine kaim olan şahısları da kapsayacak şekilde ifade edilmiştir. Bu nedenle, aksine özel hüküm bulunmayan hallerde, borçlu kendi yerine ikame ettiği şahsın fiilinden, eğer ikame caiz ise, BK.m.100 uyarınca sorumlu olmalıdır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan I, s.448.

Bununla birlikte, tekniğin büyük eserleri, örneğin bina inşaatı, yol, liman yapımı gibi, özellikle yüksek teknoloji veya yeni inşaat tekniklerinin kullanılmasını gerektiren inşaat işlerinin ancak bir işbirliği ile gerçekleştirilebileceği, dolayısıyla bu hallerde artık eserin şahsen imalinin beklenemeyeceği gerçeği de unutulmamalıdır[357]. İşte bu nedenle, büyük inşaat işlerinde, işi genellikle tek bir müteahhidin değil, çeşitli alanlarda faaliyet gösteren (mimarlık, malzeme tedariki, inşaat vs.) konsorsiyumların üstlendiği gibi, YİD projelerinde de konsorsiyum niteliğindeki bir yatırımcı şirketle çalışmak tercih edilebilecektir. Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinin konsorsiyumlarla imzalandığı görülebilmekte, ancak imza aşamasını takiben, 94/5907 sayılı BKK. m.6/III uyarınca ''*projenin yapımını ve işletmesini*'' amaç edinen bir şirket kurulması suretiyle ilişkiye devam edilmektedir. Böylece alt müteahhit atanamıyor olsa dahi, konsorsiyum ortaklarının işin bir kısmını yapabiliyor olması avantajından yararlanılmaktadır. Gerçekten, konsorsiyumun kendi içindeki iş bölümüne göre işi yürütmesi mümkün olmakta ve fakat her bir konsorsiyum ortağı hem asıl hem alt müteahhit olarak işin yapımından müteselsil sorumlu olduğu için de yatırım sahibinin menfaati korunmuş olacaktır. Zira, konsorsiyum ortakları, işin ifası bakımından BK.m.100 anlamında birbirlerinin ifa yardımcısı sayılabilecek ve bu nedenle de, BK.m.534/III uyarınca şirket sözleşmesinde farklı bir sorumluluk oranı öngörülmüş olsa dahi, inşa borcunu biri ihlal ettiğinde, hepsi sorumlu tutulabilecektir. Haksız fiilleri halinde ise, BK.m.50/I uygulanarak yatırım sahibi korunabilecektir[358].

---

[357]**Tunçomağ Kenan**, s.511; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.16; **Dayınlarlı Kemal**, s.40; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.211.

[358]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.98-99; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.18 ve 34.

Esasen, BK.m.356/II.c.2 de, işin niteliğine göre müteahhidin becerilerinin öneminin bulunmadığı hallerde işin bir başkası eliyle yapılması imkânını vermekle, büyük inşaat projelerindeki birden fazla uzman kişi ile çalışılması ihtiyacını karşılamaktadır. Zira bu nitelikteki işlerde müteahhit, yüklendiği işin bir bölümünü veya tamamını bağımsız hareket eden üçüncü kişilere (alt müteahhitler) devredebilecektir[359]. Özellikle işin bir bölümünün veya tamamının yapım sorumluluğunun, inşaat işinin yönetiminin anahtar teslimi usulünde, bir müteahhide verilmesi halinde söz konusu olan genel müteahhitlik uygulamasında, işin büyüklüğüne göre kendi yönetimi altındaki yardımcıları kullanmasının veya alt müteahhit atanmasının işin niteliği gereği olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, önemli yapı işlerinde kısmi edimlerin hepsinin genel müteahhidin yönetimi altında yerine getirilmesi büyük zorluk arz etmekte olup, kısmi edimlerin her biri, gerek işin yapılması gerek yönetimi açısından uzmanlık gerektiren işlerdir. Bu nedenle, genel müteahhit kısmi edimlerin yerine getirilmesini alt müteahhitlere bırakabilmektedir. Genel müteahhitlik uygulamasının, iş sahibi açısından yararı, farklı kişilerin katılımını gerektiren bir işin yapımında işi değişik müteahhitlerle yürütmek yerine, güvendiği tek bir kişi ile muhatap olmak kolaylığı ve bu kişiye duyulan güven dahilinde atanacak alt müteahhitlerin de genel müteahhidin itibarına gölge düşürmeyecek kalitede olacakları beklentisidir. Bu nedenle, genel müteahhidin alt müteahhitler kullanması işin niteliği gereği olmakta ve iş sahibi, genel müteahhit vasıtasıyla alt müteahhitlere de güven duymaktadır. Ayrıca, işin, projelendirilmesi de

[359]Alt müteahhit, yardımcı şahıslardan farklı olup, müteahhidin gözetim ve denetimi altında çalışmayan, müstakil surette hareket eden ve bu nedenle müstahdem sayılamayan üçüncü kişilerdir. Bkz. **Kılıçoğlu Ahmet**, Kılıçoğlu I, s.194-195.

dahil olarak, bütün halinde bir müteahhide verilmiş olması durumunda, total müteahhitliğin söz konusu olduğu ve bu usulde de alt müteahhit kullanılabileceği kabul edilmektedir[360]. Ancak bu hallerde, çok farklı kişinin işe dahil edilmesi, iş sahibinin aleyhine olabileceği için, müteahhit ile iş sahibi arasındaki sözleşmede atanacak alt müteahhitlerin niteliği belirtilebilecek veya seçilecek alt müteahhitler iş sahibinin onayına sunulabilecektir[361].

YİD sözleşmelerinde de, iş anahtar teslimi yüklenilmekte ve bir genel müteahhitlik durumu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, YİD sözleşmelerinde alt müteahhit kullanımının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, yatırım sahibinin rızası ile işin tamamının alt müteahhitlere yaptırılmasına bir engel bulunmadığı da muhakkaktır[362]. Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin projelerde[363], ‘’*Diğer sözleşmeler*’’ başlıklı özel maddeler içinde, ya açıkça müteahhitlik sözleşmelerine de

[360]**Tercier Pierre,** N.3351,3359; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.16-17,29 ve 31.

[361]**Tercier Pierre,** N.3423-3424.

[362]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.32.

[363]3465 sayılı Kanun m.5/III uyarınca, görevli şirket, görevlendirildiği işleri Genel Müdürlüğün uygun göreceği şahıs ve kuruluşlar eliyle de yaptırabilecektir. Ancak bu halde dahi şirketin sorumluluğu aynen devam edecektir. Ayrıca 3996 sayılı Kanun m.6’da da yatırım veya hizmetin projelendirilmesi, yapımı, finansmanı, kurulması ve işletilmesinden şirketin sorumlu olduğu belirtilmiş ve fakat bu işlerin bizzat yapılması zorunluluğundan bahsedilmemiştir.

yer verilmekte[364] veya sınırlı olmayan şekilde (ve fakat müteahhit sözleşmesinden bahsedilmeden) ''*Diğer sözleşmeler*'' gösterilmek suretiyle[365], işin bizzat ifasının gerekmediği taraf anlaşmasıyla ortaya konulmuş olmaktadır. Bu Diğer Sözleşmelerin bir kısmı (Enerji Satım Anlaşması, Fon Anlaşması, Gaz Kullanım Anlaşması) idari makamlarla imzalanmakta ise de, müteahhitlik, işletmecilik, kontrolörlük, sigorta ve kredi anlaşmaları yatırımcı ile ilgili özel şirketler arasında imzalanmakta, idare sadece bu anlaşmalardan haberdar edilmektedir. Esasen bu durum, YİD'in genel müteahhitlik veya total müteahhitlik şeklinde yapılan istisna sözleşmelerine

[364]**Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.14, *Şirket, ilgili kuruluşlar ile aşağıda belirtilen ve ancak bunlarla sınırlı olmayan anlaşmaları bu Sözleşme esaslarına uygun şekilde düzenleyerek imzalayacaktır; .....İnşaat Müteahhidi ile İnşaat Sözleşmesi*); **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.14, *aynı hüküm*); ..... **Hidroelektrik Santralinin** Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.14, *aynı hüküm*); **Marmara** Ereğlisinde Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması (m.12, *aynı hüküm*).

[365]**Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.14); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.14).

benzerliğinin de doğal bir sonucudur. Zira, yatırımcı işletmeye açmak üzere bir tesis inşa etmek üzere YİD ilişkisine girerken işin tamamını anahtar teslimi usulde yapmayı borçlanmakta ve bu kapsamda proje yapımını da üstlenmektedir. Ancak, genel müteahhitlik halinde dahi işin tamamının tek bir alt müteahhide devri kabul edilmemekte, sadece münferit kısımların farklı kişilere eliyle yaptırılmasına müsaade edilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir[366]. Buna karşın, inşa ediminin tamamının, kısmi edimler halinde alt müteahhitlere devri halinde de, asıl müteahhidin iş sahibine karşı taahhüt ettiği edim yine eser teslimi olduğu için, işin tamamının devri, sözleşmenin niteliğini değiştirmeyecektir[367]. Bu nedenle, YİD yatırımcısının inşa borcunun tamamını alt müteahhitler eliyle ifa edecek olması da, inşa borcu sorumluluğunda bir farklılık yaratmamalıdır.

Görülüyor ki, ilişkinin yapısı itibariyle, BK.m.356/II'nin YİD sözleşmelerindeki uygulamasının, kural olarak, yatırımcının bütün YİD sözleşmesini devretmeksizin, yapım işlerinde alt müteahhit kullanmasına izin verilmesi ve ancak somut projenin özelliği gerekli kıldığı hallerde bizzat ifanın kendisinden beklenmesi şeklinde olması gerekmektedir[368]. Nitekim, YİD modelindeki yatırımcının inşa borcu ve işletme

[366]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.79-80.

[367]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.17.

[368]Şenyüz, YİD sözleşmesinde iki taraf için de kural olarak şahsa bağlılık bulunmadığını ifade etmesine karşın, işin yatırımcı tarafından bizzat ifa edileceğini, ancak işin kişisel beceri gerektirmediği hallerde, yatırımcının kendi yönetimi altında yardımcı şahıs kullanabileceğini veya işin niteliği uygun olduğu taktirde alt

hakkının, atipik finansman temini borcu etrafında yapılandığı dikkate alındığında, gerekli finansmanı temin eden bir yatırımcının, yatırım sahibine YİD modelinden beklediği asıl faydayı sağlamış olacağı da kendiliğinden anlaşılmaktadır. Zaten YİD projelerinde, yatırımcı şirketinin taahhüt ettiği yatırımı gerçekleştirirken işin her aşamasını bizzat yapması kendisinden beklenmediği için, bir müteahhit firma ile anlaşması kabul edilmekte ve fakat işin tamamlanması riskinin, yatırımcının üzerinde kalmasını sağlamak amacıyla, belirli bir tarihte anahtar teslimi, götürü usul inşaat taahhüdü de YİD sözleşmesinde yer almakta, yatırımcı firma da, bu riski müteahhit firma ile imzaladığı sözleşmede müteahhide yansıtmaktadır[369].

Diğer yandan, somut projenin niteliğine veya tarafların iradesine göre, işin bizzat veya yatırımcının yönetimi altında yapılmasının zorunlu olması da her zaman için mümkündür. Böyle bir halde, eğer devri mümkün olmayan iş başkasına yaptırılmış ise yatırımcı, caiz olmayan bir iş devri yapmak suretiyle borca aykırı davranışından doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde, işin devri, kişisel nitelikteki ifa borcunun gerektiği gibi yerine getirilmemesi anlamında olmak üzere, özen borcunun

---

müteahhit kullanılabileceğini kabul etmekle çelişkiye düşmektedir. Bkz. **Şenyüz Doğan**, s.15; Krş. **Kartal Bilal**, s.72.

[369]**Mauel John G.**, s.5; **Demirci Zeki**, Demirci III, s.24; Nitekim YİD projelerinin uygulama şemasında da, yatırım sahibi ile yatırımcı arasında imzalanan ana sözleşmenin ekseninde yatırımcı ile müteahhit firma arasında imzalanan inşaat sözleşmesi de yer almaktadır. Bkz. **Augenblick Mark/ Custer B.Scott Jr.**, s.25, YİD şeması için bkz. s.6; **Wolfs Maarten/ Shane Woodroffe**, s.103.

da ihlali teşkil edecek ve yatırımcı kusurlu sayılacak[370], dolayısıyla BK.m.96 uyarınca doğan zarardan sorumlu olacağı gibi, BK.m.106 uyarınca sözleşmenin feshi de gündeme gelebilecektir[371]. Ayrıca, yatırımcı, caiz olmayan şekilde kullandığı yardımcı kişilerin eylemlerinden de, BK.m.100 uyarınca sorumlu tutulabilecektir[372]. Öte yandan, eğer yatırımcının işi bizzat yapması gerekmemekle birlikte, yönetimi altında yaptırması bekleniyor ise, yardımcı kişi kullanılabilecek ve fakat bu kişilerin, işin niteliği gereği, yatırımcıya hizmet sözleşmesi ile bağlı olması gerekecektir. Dolayısıyla bu durumda da, yine BK.m.100 uyarınca müteahhit, yardımcılarının eylemlerinden sorumlu olacaktır[373]. Buna karşın, bu nitelikteki işlerde, bağımsız bir yardımcı, yani bir alt müteahhit kullanılacak olur ise, BK.m.356/II'ye aykırılık

---

[370]Krş. **Pedrazzini M.M.**, s.532; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.213.

[371]Krş. **Kılıçoğlu Ahmet**, Kılıçoğlu I, s.191-192.

[372]Gauch, bu durumda iş sahibinin, BK.m.358/II uyarınca müteahhide işi kendisinin bizzat yapması için bir ihtar çekerek mehil vermesinin ve buna uyulmaz ise masrafı ona ait olmak üzere işi kendi bulacağı başka birine yaptırmasının daha doğru olacağını savunmuştur. Gauch, Nr.456., naklen, **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.92, dpn. 91h.

[373]**Engel Pierre**, s.440; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.76; Kullanılan yardımcı kişilerin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan ise müteahhit BK.m.55 uyarınca sorumlu olacaktır. Bkz. **Bilge Necip**, s. 216; **Kılıçoğlu Ahmet**, Kılıçoğlu I, s.192; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.28; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.213-214.

doğacak ve BK.m.96 uygulanabileceği gibi, BK.m.106 uyarınca fesih de söz konusu olabilecektir[374].

[374]Diğer taraftan yetkisiz olarak yapılan böyle bir iş devri, borcun yetkisiz devri olarak değerlendirilebilecek ve eğer BK.m.38 uyarınca iş sahibi icazet verir ise, devir geçerlilik kazanacaktır. Bkz. **Kostakoğlu Cengiz**, s.411; Eğer borcun ifasında borçlunun şahsı ehemmiyetli ve onun yardımcı şahıs kullanması, yardımcı şahsa başvurmaksızın tamamen kendisi tarafından yapılacak edaya nispetle daha düşük vasıfta bir edaya meydan verecek mahiyette ise, yardımcı şahıs kullanma caiz sayılmamalıdır. Fakat borçlunun şahsına ve kabiliyetine itimadın rol oynadığı edalarda dahi, onun nezaret ve idaresinde yardımcı şahısları çalıştırması edanın kalitesine tesir etmiyor ise, bu çalıştırmada caiz olmayan bir cihet yoktur, hatta iş bölümü bu gibi hallerde dahi yardımcı şahsa müracaatı gerektirebilir. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan I, s.441; Ayrıca, ‘’*Ismarlanan eseri şahsen meydana getirmez veya işi şahsen yürütmez (sevketmez) ise, bundan doğacak zarardan sorumludur. ...Özellikle yer altı ve yer üstü inşaatta makine ve aletlerin özenle kullanılmaması yüzünden bir zarar gören ısmarlayan veya diğer şahıslara karşı da ısmarlanan BK.m.41’e göre sorumlu tutulur. Bu durumda, ısmarlananın haksız fiil ile eser sözleşmesinden doğan sorumluluklarının yarışması söz konusudur’’*.Bkz. **Tunçomağ Kenan**, s.512; **Kılıçoğlu Ahmet**, Kılıçoğlu I, s.189.

2. Borcun Hükümleri

a. Alt Müteahhit Kullanılması Halinde Sorumluluk

Tabii ki, YİD yatırımcısının kural olarak alt müteahhit kullanabileceğinin kabulüyle birlikte, alt müteahhidin eylemlerinden doğan zarardan kimin sorumlu tutulacağı da önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Yatırımcı ile alt müteahhit arasında kurulacak alt müteahhitlik ilişkisinde, asıl müteahhit konumundaki yatırımcıya karşı, YİD sözleşmesinde yapımı taahhüt edilmiş olan projenin bir kısmının veya tamamının inşası üstlenilmekte ve böylece BK.m.355 vd. hükümlerine tabi bir istisna sözleşmesi kurulmuş olmaktadır[375].

Ne var ki, alt müteahhitlik sözleşmelerinin sadece istisna yönünü ele almak, ilişkinin yaratacağı sorunları değerlendirmekte yeterli olmamaktadır. Gerçekten, alt müteahhitlik sözleşmesi, üç ayrı ilişkiye yol açmaktadır; Birincisi, müteahhit (yatırımcı) ile alt müteahhit ilişkisi, ki bu bağımsız bir inşaat (istisna) sözleşmesidir. Bununla birlikte, asıl müteahhit (yatırımcı) ile asıl iş sahibi (yatırım sahibi), aralarındaki sözleşmede bu sözleşmenin bir takım hükümlerinin alt müteahhitlik sözleşmesine de geçirilmesini kararlaştırabilirler. İkincisi, asıl müteahhit ile asıl iş sahibi arasındaki ilişkidir ve alt müteahhitlik sözleşmesinin yapılması, bu ilişkiyi etkilemez. Bununla beraber, asıl sözleşmede iş sahibi alt müteahhit kullanılmasını yasaklayabilir veya sınırlandırabilir. Üçüncüsü ise, asıl iş sahibi ile alt müteahhit ilişkisi olmakta, ancak bu ilişki bir sözleşmeye dayanmamaktadır. Zira alt müteahhit,

[375]Krş.**Yalçınduran Türker**, s.24.

sadece yatırımcının taşeronu olup, iş sahibi ile hiç bir sözleşmesel ilişki kurmuş değildir. Bu nedenle, iş sahibi ancak asıl müteahhide yönelebilmekte, doğrudan alt müteahhide başvuramamaktadır. Meğer ki, taraflar her iki sözleşmede de iş sahibinin alt müteahhide yönelebileceğini özel olarak kararlaştırmış olsunlar[376].

b.Yatırım Sahibinin Alt Müteahhide Doğrudan Başvurmak İmkanı

İşte bu hukuki ilişki düzeni içinde gerektiğinde yatırım sahibinin alt müteahhide de doğrudan başvurma imkânının olup olmadığı ve ayrıca alt müteahhidin eylemelerinden yatırımcının da sorumlu tutulabilmesi hususu önem kazanmaktadır. Bu önemli sorunların, yatırım sahibi (iş sahibi) ile imzalanan sözleşmede, yatırım sahibinin alt müteahhide doğrudan başvurmasına imkân veren ve yatırımcının sorumluluğunun da aynen devam edeceğine ilişkin bir hükmün mevcudiyeti halinde kendiliğinden çözümleneceği açıktır. Ancak, bu nitelikte hükümler bulunmaması halinde, alt müteahhit nedeniyle doğan sorunlara hangi kanun hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğinin tespiti gerekecektir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, alt müteahhidin yatırım sahibi ile arasında bir sözleşme kurulmamakta, alt müteahhitlik ilişkisi asıl ilişkiden bağımsız bulunmaktadır.

Bu noktada, alt müteahhitlik sözleşmesinde, işin doğrudan, asıl yatırım sahibine karşı taahhüt edilmesi halinde yatırım sahibinin yeterli korumaya kavuşmuş olacağı da muhakkaktır. Ayrıca, böyle bir taahhüt olmasa dahi, alt müteahhitlik sözleşmesinin yatırım sahibi lehine şart içeren bir sözleşme olarak değerlendirilmesi ve BK.m.111

[376] **Tercier Pierre**, N.3367-3377.

uyarınca, yatırım sahibinin bizzat veya ona verilmek üzere yatırımcının alt müteahhitten ifa talebinde bulunabileceği düşünülebilecektir. Özellikle yatırım sahibinin arazisi üzerinde inşaat yapımında, alt müteahhidin edimi, yatırımcının aracılığına gerek olmaksızın doğrudan yatırım sahibine ulaşacağı için, bu imkânın mevcut olduğu kabul edilmektedir. Ancak BK.m.111'in uygulanmasıyla, yatırım sahibine tanınan bu imkân, alt müteahhidin ayıplı ifası halinde ücret indirimi veya sözleşmenin feshi hakkını kapsamayacak, alt müteahhitte karşı kullanılabilecek tek hak, onarım talep edilmesi olabilecektir. Benzer şekilde, alt müteahhidin temerrüdü halinde de asıl yatırım sahibinin BK.m.106 uyarınca fesih hakkını değil, diğer seçimlik hakları kullanabileceği kabul edilmektedir. Diğer yandan, alt müteahhidin kendi sözleşmesinden doğan bütün def'i ve itirazlarını, ayrıca ayıba karşı tekeffülde ayıp ihbarı ve zamanaşımı hususundaki itiraz ve def'ileri asıl yatırım sahibine karşı kullanmasının mümkün olduğu ileri sürülmektedir[377].

Ayrıca inşaatın, kural olarak, asıl yatırım sahibinin arazisi üzerinde yapılıyor olması nedeniyle, yatırım sahibinin, alt müteahhidin edimini kötü ifa etmesi halinde, kendi malvarlığının ve kişisel varlığının edime yakınlığına istinaden, alt müteahhitlik sözleşmesinin koruyucu etkisinden yararlanarak, özen borcunu ihlal eden alt müteahhitten, zararının tazminini doğrudan talep edebileceği söylenebilecektir[378]. Bundan başka, BK.m.391/III'ün kıyasen uygulanması suretiyle de, yatırım sahibinin bizzat ifa talep edebileceği de düşünülebilecektir[379].

---

[377]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.85; krş. **Yalçınduran Türker**, s.180-186.

[378]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.87; krş. **Yalçınduran Türker**, s.202-204.

[379]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.92-93; krş.**Yalçınduran Türker**, s.221.

c. Alt Müteahhidin Eylemlerinden Yatırımcının Sorumluluğu

Alt müteahhidin eylemlerinden yatırımcının (asıl müteahhit) sorumlu tutulabilmesi ise, ikinci önemli husus olmaktadır. Tabii ki, sözleşmede özel bir hüküm bulunması halinde, yatırımcı alt müteahhidin eylemelerinden sorumlu tutulacak ve yatırım sahibinin menfaatleri korunabilecektir[380].

[380]Nitekim kamu yatırımlarına ilişkin olarak, alt müteahhit atanan ve hatta sözleşmenin devredildiği hallerde dahi, yatırımcının sorumluluğunun aynen devam edeceği esası kabul edilmektedir. 3465 sayılı Kanun m.5/III ve 1.3.1993 T.,93/4186 S. Yönetmelik m.62'de, görevli şirketin işleri Genel Müdürlüğün uygun göreceği şahıs veya kuruluşlar eliyle de yaptırabileceği, ancak bu halde dahi görevli şirketin Genel Müdürlüğe karşı bütün yükümlülüklerinin aynen devam edeceği hükme bağlanmıştır. Daha farklı olarak, 6.8.1994 T., 94/5907 S. BKK m.6'da şirketlerde aranacak özellikler belirtilerek, şirketin yatırım veya işletme ile ilgili faaliyetlerde bulunmuş ve teknik yeterliliğe sahip olan ortağın sermaye payının değişikliği izne bağlanmış ve izin alınmaması halinde idareye fesih hakkı tanınmıştır. Ayrıca, muhtelif sözleşmelerde, şirketin ancak işin ekonomisi ve/veya teknolojisi itibariyle kalitesini yükseltmek amacıyla sadece işletme yetkisinin devredilebileceği, ancak bu halde de görevli şirketin sorumluluğunun aynen devam edeceği (**Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin TETTAŞ'ne Satışına ilişkin İmtiyaz Sözleşmesi, m.27), şirketin sözleşmede doğan hak ve yükümlülüklerini kısmen veya tamamen, idarenin iznini almak suretiyle başkasına devredebileceği ve bu halde de kendisinin sorumluluktan kurtulmayacağı (**Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin

Ancak böyle bir hüküm bulunmasa dahi, yatırımcı, kendisinin seçtiği alt müteahhidin bütün eylemlerinden yatırım sahibine karşı sorumlu tutulabilmelidir. Zira, BK. m.100'deki ''*yardımcı şahıs*' kavramı, ''*kaim olan şahsı*'' da kapsayacak şekilde geniş tutulmuş olduğu için, bir ikame türü olan alt müteahhit atanması halinde de, yatırımcı, kendisinden bağımsız bir kişi olduğu halde, işin ifasında kullandığı alt müteahhidin eylemlerinden sorumlu tutulabilecektir[381].

Bununla birlikte, eğer alt müteahhitleri bizzat yatırım sahibi belirlemiş ise, bunların seçiminden ve yeteneklerinden kendisi sorumlu olup, bu durumda yatırımcı sadece bunlara verdiği talimattan ve nezaretten sorumlu tutulabilecektir[382].

Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin TETTAŞ'ne Satışına ilişkin İmtiyaz Sözleşmesi, m.28) şeklinde hükümlere yer verilmiştir. Ancak bütün bu hükümlerin bir imtiyaz niteliği de taşıyan ''*üretim ve işletme*'' yetkilerinin ve üretim taahhütlerinin devrinin sınırlandırılmasına yönelik olup, inşaat işinin başkası eliyle görülmesini engellemek amacı taşımadığı düşünülmektedir.

[381]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.125; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.86; ''*İş sahibine zarar veren fiil aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyor ise, iş sahibi, müteahhit yanında, alt müteahhitleri de haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutabilir*''. Bkz. **Kılıçoğlu Ahmet**, Kılıçoğlu I, s.199; İşin icrası kendilerine devredilen şahıslar tam olarak, BK.m.100'deki yardımcı şahıslar kavramına dahil edilmediği halde, bu gibi kimseler dolayısıyla müteahhidin sorumluluğunun da bu maddeye gireceği kabul edilmektedir. Bkz. **von Tuhr Andreas (Çev.Edege Cevat)**, s.636, dpn.18.

[382] Krş. **Tercier Pierre**, N.3372-3375**; Oser/Shönnenberger,** Art.364, N.3.

Ancak her durumda, alt müteahhidin eylemlerinden yatırımcının sorumlu tutulabilmesi için, alt müteahhidin eylemini bizzat yatırımcı yapmış olsaydı kusurlu sayılabilecek olması gerekecektir. Bu nedenle yatırımcı, alt müteahhidin eyleminin kendisi için de bir kusurlu ihlal teşkil etmeyeceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir[383].

Öte yandan, alt müteahhidin yatırımcıdan bağımsız bir kişi olması nedeniyle, BK.m.100'ün değil, BK.m.391/II'nin kıyasen uygulanması gerektiği ve bu durumda, alt müteahhidin seçimi ve talimatlandırılması hususunda kusurlu olmadığını ispat eden asıl müteahhidin sorumluluktan kurtulacağı da ileri sürülebilecektir[384]. Ancak, BK.m.391'deki özel düzenlemeyi, sadece iş görme değil, aynı zamanda bir eser yapımı ve teslimi borcu da bulunan müteahhit için kıyasen uygulamak, vekalet sözleşmesi hükmünün amacını aşan bir şekilde genişletilmesi sonucunu yaratacaktır. Bu nedenle, asıl müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesinin, BK.m.391/II uyarınca değil, ancak BK.m.100'ün uygulanması suretiyle mümkün olabileceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla, YİD'te de yatırımcı, alt müteahhidin eylemini kendisi bizzat yapmış olsaydı, bu hareketin bir kusur sayılamayacağını ispat suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. Öte yandan, asıl yatırımcının ayıp sorumluluğu, BK.m.100'den bağımsız olarak devam edecek olup, ayıp alt müteahhidin eyleminden kaynaklanmış olsa dahi, BK.m.360 uygulanacak, ancak ayıp nedeniyle doğan diğer

[383]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.94; **Seliçi Özer**, Seliçi II; s.126; Ayrıca iş sahibi alt müteahhide karşı BK.m.41'e dayanarak tazminat talebinde bulunabilecektir. Bkz. **Pedrazzini M.M.,** s.532.

[384]**Yalçınduran Türker**, s.186-194.

zararların tazmininde BK.m.100'ün uygulanması gerekecek ve bu halde de yatırımcının kurtuluş kanıtı ileri sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu olacaktır[385].

d. Alt Müteahhidin Yatırım Sahibine Karşı Hakları

Diğer taraftan, alt müteahhit atanan hallerde, alt müteahhidin yatırımcı ile ayrı bir hukuki ilişki kuracağı ve yatırım sahibinin bu ilişkinin dışında kalacağı muhakkak olmakla birlikte, belirli durumlarda alt müteahhidin yatırım sahibine karşı bazı haklar ileri sürmesi de söz konusu olabilecektir. Özellikle, alt müteahhidin kanuni ipotek hakkına (TMK.m.893/III) istinaden yatırımcıdan tahsil edemediği ücret alacağı nedeniyle yatırım sahibinin arazisi üzerinde ipotek tesisini talep etmesi önem taşıyan bir husustur. Her ne kadar, kamu yatırımlarında alt müteahhidin ücret alacağı için kamu arazisi üzerinde ipotek tesisi mümkün olmayacak ise de, özel yatırımlarda bu imkân her zaman mevcuttur[386]. Bu nedenle, kamu yatırımlarında olmasa da, YİD modelinin kullanıldığı özel yatırımlarda, yatırım sahibinin arazisi üzerinde alt müteahhit lehine kanuni ipotek tesisi ihtimali bulunmaktadır.

---

[385]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.93-94; Yargıtay da, Y.4.HD., 15.9.1980 T., 1980/8100E., 1980/9498 K. sayılı kararı ile aynı görüşü benimsemiştir. Bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.215-218; **Eren Fikret**, Eren II s.67-68; **Uygur Turgut**, C.7, s. 7615.

[386]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.91; **Eren Fikret**, Eren II, s.67.

Ayrıca, YİD sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkisi olan bir sözleşme olarak kabulü ve bu bağlamda alt müteahhidin kendisinin varlığından haberdar olan yatırım sahibine karşı, borçlarının ihlalinden doğan zararının tazmini talebini ileri sürebileceği düşünülebilecektir. Ancak bu imkân, koruma borcunun niteliği itibariyle sadece yan borçlar için mevcut olabilecek, buna karşın, yatırım sahibinin asli borcunu ihlali, yani yatırımcıya işletme hakkının tanınmaması nedeniyle alt müteahhidin ücret alacağını tahsil edemediği durumda kullanılamayacaktır. Bununla birlikte, yatırım sahibinin, yan yükümlülüğün ihlali bağlamında, işi engelleyici tutumu nedeniyle doğan maliyet artışlarının veya inşaatta oluşan hasarın alt müteahhit tarafından, doğrudan yatırım sahibinden tazmininin talep edilmesi mümkün olabilecektir[387].

Bütün bu ihtimaller göz önüne alınarak, asıl sözleşme sona erdiğinde alt müteahhitlik sözleşmelerinin de sona ereceğinin kararlaştırılması yoluna gidilmesi veya böyle bir halde yatırımcının tam tazminat ödemeksizin (BK.m.369'un aksine) alt müteahhitlik sözleşmesinden dönme hakkı olacağına ilişkin kayıtlar konulması suretiyle yatırımcıya ve yatırım sahibine ek bir koruma yaratılabilecektir[388].

---

[387] Karşı görüş için bkz. **Yalçınduran Türker**, s.219.

[388]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s 83; Kamu yatırımlarında ise, 6.8.1994 T., 94/5907 S. BKK, m.33 uyarınca Uygulama Sözleşmesi, ancak diğer sözleşmelerin imzalanmasından sonra yürürlüğe girecek ve m.3.g uyarınca da diğer sözleşmeler Uygulama Sözleşmesine bağlı olarak imzalanacaktır. Bununla birlikte, bir çok YİD sözleşmesinde yürürlük maddesi farklı şekilde düzenlendiği için, imza anında

F. Malzeme Temini Borcu

1. Borcun Muhtevası

Yatırımcının inşa borcuna uygulanacak hükümlerin tespitinde yararlandığımız istisna sözleşmesinin hükümlerinde, işin yapımında kullanılacak malzemenin kim tarafından temin edileceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır[389]. Gerçekten BK. m. 356/III, sadece çalışma araç ve gereçlerinin kural olarak müteahhit tarafından sağlanacağını hükme bağlamış, bunun haricinde malzeme temini için bir açıklama yapmamıştır. BK. m.357/I ve II'de ise malzemenin müteahhit tarafından temini ile iş sahibi tarafından temini ard arda düzenlenmiş, ancak hangisinin kural olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle, konu doktrinde tartışılmış ve temin borcunun

---

uygulama sözleşmeleri yürürlüğe girmiş, diğer sözleşmelerin imzalanması için de bir süre belirlenmiş ve sözleşmelerin tamamlanması durumunda fesih öngörülmüştür.

[389]''*Gereç, kendisinden eserin meydana getirildiği ve onun içinde kalan maddelerdir. Örnekse; taş, kum, çimento, hazırlanmış taze beton, inşaat demirleri, pencereler, lavabolar, küvetler, prefabrik yapı elemanları, binaya monte edilecek tesisat, borular, motorlar, makinalar. Görüldüğü üzere gereç, bir hammadde (taş, kum gibi) olabilir. Gereç, eserin yapımında kullanılmakla birlikte, kendisi eser sözleşmesinden doğan yapım yükümlülüğünün konusunu oluşturmaz. Üstenci, gereçleri kullanmakla, teslim etmekle yükümlü olabilir, ne var ki, imal etmekle yükümlü değildir*'' bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.221-222.

müteahhide ait olduğu savunulduğu gibi, malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi gerektiğini savunanlar da olmuştur[390].

YİD sözleşmesinde ise, yatırımcının asli fonksiyonu yatırımın finansmanını sağlamak olduğu için, projenin yapımında kullanılacak malzemeyi temin borcu da, yatırımcıya ait olmalıdır[391]. Zira yatırımın finansmanında malzeme maliyeti önemli bir kalem olmakta ve finansman ihtiyacı nedeniyle YİD modelini kullanan bir yatırım sahibinden malzeme teminini beklemek ilişkinin mahiyetine aykırı düşmektedir. Bununla birlikte, sözleşmeye özel hüküm konularak yatırım sahibinin de malzeme temini borcuna katılması sağlanabilecektir. Ancak bu halde, yatırım sahibinin vereceği malzemenin niteliği veya niceliği tali düzeyde kalmalı veya bedeli mukabilinde yatırımcıya malzeme temin ediliyor olmalıdır[392]. Aksi durumda, finansman amacından fazlasıyla uzaklaşmış, farklı özellikleri haiz yeni bir hukuki ilişki kurulmuş olacak ve fakat bu ilişki YİD tipi dışında kalacaktır.

---

[390]Malzemenin kural olarak iş sahibi tarafından verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Aral Fahrettin**, s.344; **Olgaç Senai**, s.16; **Eren Fikret**, Eren II, s.69; **Baygın Cem**, s.24.aksi görüş için bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.105; **Uygur Turgut**, C.7, s.7675; **Dayınlarlı Kemal**, s.43; **Zevkliler Aydın**, s.337.

[391]**Şenyüz Doğan**, s.18; Krş. **Kartal Bilal**, s.73..

[392]İstisna sözleşmesinde de malzemenin iş sahibinden satın alınması kararlaştırılabilmekte ve bu durumda, müteahhidin malzemeyi satın almak hususunda bir yan yükümlülüğü doğmaktadır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.106.

2. Borcun Hükümleri

Bu tespit ışığında, yatırımcının bizzat malzeme temini veya yatırım sahibi tarafından (tali mahiyette olmak üzere) verilecek malzemenin kabulü hususunda ne şekilde davranacağı ve sorumluluğunun niteliği sorununun ele alınması gerekmektedir;

Öncelikle, malzeme temini borcunun bir yan borç olduğu ve inşa borcu içinde ifa edileceği, bu nedenle tek başına ifasının talep edilemeyeceği hususuna dikkati çekmekte yarar görmekteyiz[393]. Bununla birlikte, özel olarak bu borcun ifasında yatırımcıya yüklenen sorumluluk halleri de bulunmaktadır;

İstisna sözleşmesinde malzemenin müteahhit tarafından temin edildiği hallere ilişkin değerlendirmeler, BK.m.70 uyarınca malzemenin en az orta kalitede olması ve BK.m.357/I uyarınca da müteahhidin satıcı gibi tekeffül borcu altında bulunması ve ayrıca BK.m.360 uyarınca eserin ayıbına ilişkin genel sorumluluğun da devam edeceği noktalarında toplanmıştır[394]. YİD sözleşmesinde de, yatırımcının malzeme temini borcunu ifa ederken BK.m.70 uyarınca en az orta kalitede malzeme kullanmak durumundadır. Zira, yatırım konusu inşa eserinin bütününe ilişkin özellikler projelerde gösterilecek ise de, inşaatta kullanılacak her bir malzeme kaleminin nitelikleri saptanmamış olabilecektir. Bu durumda, eser teslimi unsuru itibariyle istisna sözleşmesinde uygulama alanı bulan BK.m.70'in, işletme dönemi

[393]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.48.

[394]**Bilge Necip**, s.217-218; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.106-107; **Tunçomağ Kenan**, s.514-515; **Eren Fikret**, Eren II, s.69-70.

sonunda tesisi yatırım sahibine teslim borcu altında olan yatırımcıya da uygulanması gerekecek ve ‘’*muayyen olmayan bir şeye taalluk eden borç*’’ niteliğindeki malzeme temini borcu ifa edilirken en az orta kalitede mal kullanılması gerekecektir.

Diğer yandan, yatırım sahibi tarafından malzeme verilen hallerde de , YİD ilişkisinin özelliliği nedeniyle, malzemenin en az orta kalitede olması gerekmekte olup, bu niteliğe uymayan malzemeyi yatırımcı reddedebilecektir. Zira, inşa edilecek proje sadece yatırım sahibinin menfaatlerine değil, yatırımcının da işletme geliri beklentisine hizmet edecektir. Bu nedenle, yatırım sahibi belirli nitelikte bir malzemenin kullanımında ısrarlı olsa dahi yatırımcı, projeye uygun olmayan malzemeyi geri çevirebilecektir. Görülüyor ki yatırımcı, BK.m.361 uyarınca doğacak tekeffül borcundan kurtulmak için gerekli uyarıda bulunan ve talimatın tekrarlanması halinde malzemeyi kullanmaktan sorumlu olmayan müteahhit ile aynı durumda değildir. Dolayısıyla, inşa eseri noktasında menfaatleri kesişen yatırımcı ve yatırım sahibinin kullanılacak malzeme konusunda mutlak yetkilere sahip olmaları da düşünülemeyecektir. Bununla birlikte, eğer yatırımcının yatırım sahibine nazaran daha uzman olduğu kabul edilebileceği bir malzemenin temini söz konusu ve buna rağmen yatırımcı, yatırım sahibinin gönderdiği malzemeyi bir itirazda bulunmadan kullanmış ise, BK.m.96 veya BK.m.357/III uyarınca, doğacak zarardan sorumlu olmalıdır[395]. Ayrıca, eğer yatırım sahibinin gönderdiği malzemenin uygun olmadığı kendisine bildirildiği halde aynı malzemenin kullanılmasında ısrarlı olunmuş ve yatırımcı da malzemeyi reddetmeyip kullanmış ise, BK.m.361’deki tekeffül borcu sona erecek olmakla birlikte yatırımcı, bu hatalı malzeme nedeniyle doğabilecek

[395] Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.109; **Bilge Necip**, s.218.

işletme zararlarını yatırım sahibinden talep edememelidir. Aynı şekilde, BK. m.368/III uyarınca yatırım sahibinin gönderdiği malzemeyi kabullenen yatırımcının, gerekli ihbarda bulunmuş olmak kaydıyla, eserin bu malzemenin kullanılması nedeniyle telef olmasından doğan zarardan sorumlu olmayacağı, ancak kendisinin de bu fıkra hükmünün son cümlesine dayanarak zararının tazminini talep edemeyeceği kabul edilmelidir. Zira YİD yatırımcısı, yatırım sahibinin talimatlarına mutlak surette uymak borcu altında olmayıp, inşaata ve devamındaki işletme dönemine ilişkin şahsi menfaatlerini bizzat gözeterek hareket edebilecek durumdadır. Bununla birlikte, yatırımcı kendisine gönderilen malzemeyi kabullenmiş ise, BK.m.357/II uyarınca hesap vermek ve artanı iade etmek borcu altına da girecektir.

Yatırımda kullanılacak malzemenin, yatırımcının kusuru dışında kalan bir nedenle telef olması halinde zarara kimin katlanacağı da önemli bir sorundur. BK. m.368/II'de, kazara telef olan malzemenin zararına malzeme sahibinin katlanacağı hükme bağlanmış olup, YİD modelinde de aynı esasın geçerli olması kabul edilebilecektir. Bununla birlikte, proje risklerinin paylaşımı çerçevesinde, sözleşme ile farklı bir çözüm yaratılması da gerekli olabilecektir. Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde mücbir sebep riski özel olarak düzenlenmek suretiyle taraflar arasında bir paylaşım sağlanmakta olduğu için, yatırımcının mücbir sebep nedeniyle doğan malzeme hasarına tek başına katlanması gerekmemektedir. Zira, mücbir sebep nedeniyle ortaya çıkan maliyet artışı toplam yatırım tutarına ve tarifeye yansıtılabilmekte, yatırımcı ek finansman kullanmak zorunda kalır ise bu da,

yansıtma işlemine dahil edilmekte ve ayrıca, 94/5907 sayılı BKK.m.40 uyarınca köprü kredi de kullanılabilmektedir[396].

G. Genel İhbar Borcu

1. Borcun Muhtevası

İstisna sözleşmesinin müteahhidi, BK.m.357/III uyarınca, işin devamı esnasında işin gereği gibi ve zamanında yapılmasını engelleyecek nitelikteki tehlikeleri derhal iş sahibine bildirmek borcu altındadır. Bu nedenle, müteahhit, basiretli bir iş adamı gibi davranarak, işin her aşamasında yapacağı incelemeler ışığında, arazinin inşaata

[396]**Karadeniz Ereğlisi** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.21); **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.22); **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.7.a); **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması (m.9.4); **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.21); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.21).

elverişliliği, projelerin fen ve sanat kurallarına uygunluğu, maliyeti artıracak etkenlerin ortaya çıkması gibi çok farklı durumlarda iş sahibini bilgilendirmek zorundadır. Bununla birlikte, iş sahibinin durumdan zaten haberdar olduğu ve buna bağlı tehlikeleri göze almış olduğunu, dolayısıyla ayrıca ihbarda bulunmasının bir yararı olmayacağını kanıtlayabilir ise, ihbar yapmamak nedeniyle sorumlu olmayacaktır. Özellikle, iş sahibinin kendi eylemleri nedeniyle işin gecikmekte olması halinde, doğacak zararı iş sahibi kendisi öngörebileceği için ayrıca ihbar yapılması gerekli görülmemektedir[397]. Ayrıca, ihbar borcu, gözden geçirme (muayene) borcunu da kapsamakta olduğu için, müteahhit, malzemeyi de elverişlilik, işe yararlık açısından incelemeli ve eksiklikleri ihbar etmelidir[398].

YİD yatırımcısı için de, aynı borcun varlığını kabul etmek yerinde olacaktır. Zira, yatırım sahibinin inşaatın gerektiği gibi yapılmasına ilişkin menfaati ile istisna sözleşmesindeki iş sahibinin menfaatinin aynı nitelikte olduğu muhakkaktır. Gerçekten, yatırım sahibinin ifa menfaati, işletme süresi sonunda projeye uygun yapılmış bir tesise kavuşmak olduğuna göre, bu beklentiyi olumsuz etkileyecek olayların kendisine ihbarı gerekecektir. Bununla birlikte, projenin yapımı borcunun da yatırımcıda olduğu ve maliyet artışı riskinin yatırımcıya yüklendiği YİD projelerinde bu hususlardaki ihbar yükümlülüğünün anlamlı olmayacağı ileri sürülebilecektir. Ancak, yatırımcının sorumluluğuna ilişkin bu veya bir başka hususta ortaya çıkacak yeni bir durum nedeniyle iş gecikecek veya maliyet çok artacak ise,

---

[397]**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.365 (BK.m.357), N.14; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.111-112; **Uygur Turgut**, C.7, s.7696-7699.

[398]**Karahasan Mustafa Reşit**, s.229.

bu olumsuz durumdan yatırım sahibinin de etkilenmesi ihtimali gözden kaçırılmamalıdır. Her ne kadar işletme dönemi sona ermeden tesis yatırım sahibine teslim edilmeyecek ve maliyet artışlarına da yatırımcı katlanacak ise de, inşaat süresinin çok fazla uzaması halinde işletme süresi kısalacak ve yatırımcı, bu kısa sürede yüksek kâr elde edebilmek amacıyla, ya tesisi kapasitesinin üzerinde çalıştıracak ya da gerekli bakım ve onarım için gelirinden pay ayıramayacaktır. Bu durum da, nihai olarak tesisin hasara uğraması ve yatırım sahibinin zarar görmesi sonucunu yaratacaktır.

2. Borcun Hükümleri

İşte bu menfaat yapısı itibariyle yatırımcının, YİD sözleşmesinde kıyasen uygulanabilecek olan, BK.m.357/III uyarınca genel ihbar borcu altında olduğu kabul edildiğinde, bu borca aykırılık halinde doğacak zarardan da yatırımcı sorumlu olacaktır. Zira, hüküm uyarınca, ihbar borcunu ihlal eden müteahhit ‘’*bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir*’’ ve BK.m.96 uyarınca da yatırımcı, kendi borca aykırılığının yarattığı zararı tazminle sorumlu olacaktır. Buna karşın, YİD’te istisna sözleşmesindekinden farklı olarak, yatırım sahibinin ihbar edilen olayın yatırıma olan olumsuz etkisini dikkate almaksızın, BK.m.368/II’de işaret edilen ve işin telef olması tehlikesi yaratan bir *işe devam talimatı* veremeyeceği düşünülmektedir[399]. Gerçekten, ‘’*işin bedeli ve masraflar*’’ dan daha fazla bir kâr beklentisine istinaden ilişkiye giren yatırımcıdan, kendi zararını artıracak şekilde işe devam etmesini beklemek, ilişkinin menfaat dengesi içinde mümkün olmayacaktır.

[399]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.112.

Bu nedenle, ihbar edilen olay, yatırımcının kusurundan kaynaklanmıyor olması kaydıyla, eğer işin gereği gibi ve vaktinde ifasını tehlikeye düşürüyor ise, yatırımcı *işe devam talimatına* uymayabileceği gibi, kendisi de, BK.m.365/II'nin kıyasen uygulanmasıyla haklı nedenle fesih veya yatırım sahibinin kusurlu ihlali nedeniyle fesih imkânını kullanarak, sözleşmeyi feshedebilmelidir. Diğer yandan, eğer yatırım sahibinin işe devam talimatına yatırımcı da uyar ve neticede bu talimata bağlı olarak tesis telef olur ise, bu durumda yatırımcı kabule mecbur olmadığı bir talimat uyarınca işe devam etmesi nedeniyle doğan zararının tamamını, BK.m.368/III'e dayanarak talep edememelidir. Zira, yatırım sahibinin verdiği talimatı gerektiği gibi değerlendirmediği için kusurlu olan yatırımcının, ortak kusuru bulunması nedeniyle, BK.m.368/III uyarınca ''*işin bedelini ve bu bedelde olmayan diğer masraflarını*''n tamamını almasının mümkün olmayacağı düşünülmektedir. Gerçekten, böyle bir talimatı veren yatırım sahibi de, BK.m.368/III'ün son cümlesi anlamında ''*taksirli*'' veya özen ve sadakat borcunu ihlal etmiş olarak kabul edilebileceği için, BK.m.368/III'ün kıyasen uygulanması suretiyle kendisinden ''*fazla zarar ve ziyan*'' veya BK.m.96 doğrudan uygulanarak borca aykırılık nedeniyle tazminat kapsamında yatırımcının mahrum kaldığı işletme kârının tazmini talep edilebilecek ise de, yatırımcının müterafik kusuru nedeniyle, bu tazminatta BK.m.44 uyarınca indirim yapılması zorunlu olacaktır.

İhbar edilen olayın etkilerine ilişkin bir başka ihtimal olarak da, olayın bizatihi işi engelleyici bir etkisi olmamakla beraber, yatırım sahibinin işten beklentilerinin değişmesi ve BK.m.369 uyarınca sözleşmenin feshi ele alınmalıdır. Zira, istisna sözleşmesinde iş sahibi, bu hükme dayanarak fesih yetkisini kullandığında, haklı bir

neden göstermek durumunda olmayıp, sadece ‘’*yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını bağligan mabelağ tazmin etmek*’’ zorundadır. YİD sözleşmesinde ise, bu hükmün uygulanması ve yatırım sahibine bir sebebe bağlı olmaksızın sözleşmeyi fesih imkânın tanınması, ilişkinin yapısı itibariyle uygun görülmemektedir. Gerçekten, yatırım sahibi açısından işin devamındaki yararı ortadan kaldırdığı varsayılabilecek bir nedenin varlığına rağmen, finansman temin etmiş ve müteahhidin iş bedeli alacağına nazaran çok daha yüksek işletme geliri beklentisi olan yatırımcının bakış açısı farklı olabilecek ve yatırımcı, işe devam etmeyi isteyebilecektir. Dolayısıyla, yatırımcının menfaatleri göz ardı edilerek BK.m.369’daki fesih imkânının yatırım sahibine de tanınması ve yatırımcıya iş bedeli ve (varsayımsal olarak hesaplanabilecek bir) zarar ve ziyan tazminatının ödenmesi, YİD’teki menfaat dengesinin bozulmasına yol açabilecektir. Kaldı ki, yatırım sahibinin işletme hakkı tanımak borcu itibariyle de BK.m.369’a dayalı bir fesih hakkını kullanması mümkün olmayacaktır[400].

H. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

1. Borcun Muhtevası

İstisna sözleşmesinde müteahhit, BK.m.358/I uyarınca, taahhüt ettiği işin icrasına zamanında başlamak ve ara vermeksizin işe devam etmek borcu altındadır. Bu hüküm ile, eserin tesliminden önceki aşamada, eseri imal borcunda (hizmet borcu) temerrüt hali düzenlenmekte ve iş sahibine de bir denetim imkânı yaratılmış

[400] Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.112.

olmaktadır. Zira, istisna sözleşmesinin niteliği itibariyle, eser yapımı sürecindeki eserin yapımına yönelik iş görme edimi, bir asli edim olarak kabul edilmiş ve dolayısıyla, satım konusu malın yapımı gibi ifaya hazırlık hareketlerinden sayılmamış, ifa eylemlerine dahil edilmiştir[401].

İşe başlama tarihinin ne şekilde tespit edileceği ise, kanunda gösterilmemiştir. Bununla birlikte, müteahhidin, sözleşmede işe başlama tarihi gösterilmiş ise bu tarihte, böyle bir tarih belirlenmemesi halinde işin mahiyetine göre tespit edilecek tarihte, eğer teslim tarihi saptanmış ise bu tarihe nazaran makul bir imal süresi dikkate alınarak öngörülecek tarihte ve böyle özel durumların mevcut olmadığı hallerde, BK.m.74 uyarınca, sözleşmenin yapılmasını müteakip, derhal işe başlanması gerektiği kabul edilmektedir[402]. İşe zamanında başlamayan müteahhit

[401]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.79; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.113; **Aral Fahrettin**, s.354; **Tunçomağ Kenan**, s.518; **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.366 (BK.m.358), N.1; **Uygur Turgut**, C.7, s.7709; Öz ise, bu maddede bir temerrüt halinin düzenlenmediğini, zira henüz muaccel bir borcun bulunmadığını hazırlık faaliyetlerine ilişkin dönemde ifayı tehlikeye düşürecek bazı durumların ortaya çıkması üzerine iş sahibine sözleşmeyi sona erdirmek hakkı verildiğini, burada, özen borcunun ihlali olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.49-50.

[402]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.114; **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.366 (BK.m.358), N.2; **Olgaç Senai**, s.24; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.250; **Dayınlarlı Kemal**, s.45; Öz, teslim zamanı belirlenmemiş eser sözleşmelerinde BK.m.358/I uyarınca feshin söz konusu olabileceğini, buna karşın bir teslim tarihi

mütemerrit sayılmakta ve gecikmenin, *temerrüt* kavramının niteliği ile uyumlu olarak, onun kusurundan doğmuş olması aranmamakta[403], sadece gecikme yaratan olayın ‘’*iş sahibinin kusuru olmaksızın*’’ gerçekleşmiş olması gerekmektedir[404].

YİD sözleşmesi açısından ise, işe zamanında başlanması ve ara vermeksizin devam edilmesi, istisnada olduğu gibi, her durumda önemli olmayabilecektir. Zira, inşaat süresi sonunda tesis yatırım sahibine devredilmeyecek olup, işe zamanında başlanmaması veya ara verilmesi halinde, kaybedilen süre, işletme süresinden mahsup edilecektir. Dolayısıyla, tesisi sözleşme süresi sonunda devir alacak olan yatırım sahibi açısından, işe zamanında başlamamak veya işe ara vermek, kural olarak, bir zarar yaratmayacak, ancak sözleşme süresi sonunda devir borcunda bir temerrüt oluşur ise, yatırım sahibinin ifa menfaati ihlal edilmiş olacaktır.

---

belirlenmiş sözleşmelerde ise, eserin vadeye yetişmeyeceği kesin olarak ortaya çıkan hallerde fesih hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.55.

[403]Esasen BK.m.358/I’in uygulanabilmesi için müteahhidin kusuru aranmıyor ise de, gecikmenin bir sözleşme ihlalinden kaynaklanmış olması gerekmektedir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s. 121; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s. 81-82; **Öz M.Turgut**, s.52.

[404]BK.m.358/I , ‘’*iş sahibinin kusuru*’’ ifadesini kullanmış ise de, burada ifade edilen iş sahibinin risk alanına dahil bir engelleyici olayın ortaya çıkmasıdır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.115-117; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.81; kanun ifadesini lafza bağlı kalarak kabul eden görüş için bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.366 (BK.m.358), N.3; **Tunçomağ Kenan**, s.519.

Bununla birlikte, projenin özelliklerine göre, yatırımcının işe zamanında başlamasında ve iş programına göre yürütülmesinde yatırım sahibinin de menfaati bulunabilecektir. Gerçekten, işletme süresinin tespitinde yatırım maliyetinin ve makul bir kârın elde edilmesi ilkesine göre bir hesaplama yapılmakta, yatırımcı işe zamanında başlamadığı zaman doğan zararını da işletme döneminde kapatmaya çalışmak durumunda kalmaktadır. Gecikme zararının çok yükselmesi halinde de, yatırımcının bu şekilde daha fazla kâr elde etmek kaygısı ile çalışmasının işletmeye zarar verebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Kaldı ki, kamu yatırımlarında kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması ihtiyacı, işletme dönemine bir an önce geçilmesini yatırım sahibi idare açısından zorunlu kılmaktadır. Ayrıca, özel yatırımlarda da piyasa koşulları dikkate alınarak geliştirilen bir projede işletmenin belirli bir zamanda faaliyete geçerek pazar payı edinebileceği ve bunun nihai olarak yatırım sahibine yarar sağlayacağı öngörülmüş olabilecektir. Zaten bu nedenlerle, kamu yatırımları için imzalanan YİD sözleşmelerinde ayrıntılı bir iş programı kararlaştırılmakta ve inşaatın zamanında yapılması denetlenmekte, yatırımın zamanında bitirilmemesi, bir sözleşme ihlali sayılarak, şirket kusuru nedeniyle fesih hükümlerinin uygulanmasına yol açmakta ve ayrıca teminat mektubunun paraya çevrilmesine neden olmaktadır[405].

[405]Örneğin, **Marmara** Ereğlisinde Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşmasında kurulan sistemde görevli şirket, inşaata başlama tarihinden ticari işletme tarihine kadar olan süreyi kapsayan ve Ek....'te öngörülen bir iş programını inşaat başlama tarihinden önce Bakanlık'a teslim edecek ve şirket tesisi inşaat süresi içinde inşa edecektir. Şirket faaliyetleri hakkında, üç aylık faaliyet raporları ile Bakanlık'a bilgi verecek ve programdaki her türlü sapmayı bildirecektir (m.6).

Şirket, tesisin mücbir sebep olayları ve risk olayları nedeniyle verilen süre uzatımları da dahil olmak üzere, inşaat süresi içinde tamamlanacağını taahhüt etmektedir. Bu taahhüdün ihlali halinde her defasında farklı miktarda belirlenen süre uzatım bedellerinin ödenmesi şartıyla şirkete bir kaç defa süre uzatımı verilmekte, eğer bu sürelerde de işletmeye geçilemez ise idare sözleşmeyi feshedebilmektedir. Bu arada kredi kurumlarının düzeltici faaliyet programı sunarak işletmeyi gerçekleştirmek için alınması gereken önlemleri ve gerekli süreyi belirleyerek Bakanlık'a sunmaları da sözleşmede özel bir imkân olarak düzenlenebilir. Eğer bu program Bakanlık tarafından kabul edilir ise erteleme yapılarak programa göre işin yapılması beklenecektir. Bu programın ihlali halinde ise Bakanlık sözleşmeyi feshedebilmektedir (m.19). Aynı sistem, **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde (m.28.1.1), **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde (m.2.1) ve **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinde (m.26) kullanılmıştır. Buna karşın, **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.29), **Hidroelektrik Santralin** Kurulması, İşletilmesi, ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.25) ile **T.Emlak Bankası A.Ş.** ile özel bir şirket arasında yapılmış (spor ve eğlence tesisi inşasına ilişkin) YİD sözleşmesinde, işin

2. Borcun Hükümleri

YİD sözleşmelerinde kural olarak, yatırımcı için, işe zamanında başlamak ve ara vermeden devam etmek borcu mevcut olmamakla birlikte, işin mahiyeti itibariyle veya sözleşmede özel olarak bu hususun öngörüldüğü hallerde, yatırımcıya bu borcun yüklenebileceği kabul edilebilecektir. İşte bu istisnai durumlarda, işe zamanında başlamayan veya sözleşmeye aykırı olarak işi tatil eden yatırımcı, mütemerrit sayılacak ve hakkında BK.m.358/I kıyasen, ayrıca BK.m.96 vd. da doğrudan uygulanabilecektir. Bu bağlamda yatırımcı, temerrüdün doğması ile birlikte, BK.m.102 uyarınca kazadan dahi sorumlu olacak[406] ve yatırım sahibi de BK.m.358/I'de ifade edildiği gibi, sözleşmeyi feshedebilecektir. Ancak, bu hükme istinaden fesih hakkının kullanılmasında BK.m.106-108 de tamamlayıcı olarak uygulanacağı için, BK.m.107'deki hallerden biri mevcut olmadıkça, fesih hakkının kullanılabilmesi için öncelikle yatırımcıya mehil tayini gerekecek, böylece yatırımcıya, gecikmesinin olumsuz etkilerini ortadan kaldırması ve işin devamı için, bir şans yaratılabilecektir[407].

---

belirlenen sürede tamamlanmaması fesih sebebi olarak gösterilmiş (m.11) ve fakat düzeltici program sunmak imkanı tanınmamıştır. Bütün sözleşmelerde şirketin temerrüdü nedeniyle fesih halinde şirketin teminat mektubunun da irat kaydedileceği de hükme bağlanmıştır.

[406]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.120.

[407]Ayrıca, bu hükümler uyarınca, işe başlama tarihi belirli olan işlerde gösterilen tarihte işe başlamayan müteahhide, BK.m.106/I uyarınca mehil tayin edilecek, bu sürede de işe başlanmaz ise iş sahibi aynı maddedeki seçimlik hakları

kullanabilecektir. İşe başlama tarihi belirlenmemiş işlerde ise, önce temerrüde düşürmek için ihtarname keşide edilerek işe derhal başlanmasının istenmesi ve bu ihtara rağmen işe başlanmamış ise, yine mehil tayin edilmesinin ardından seçimlik hakların kullanılması söz konusu olacaktır. İşe başladıktan sonra ortaya çıkan gecikme halinde de, inşaat süresinin belirlenmediği işlerde önce temerrüt ihtarı keşide edilmesi, daha sonra da, çalışma temposunun işin düzenli yürütülmesine imkân verecek düzeye çıkartılmasına yetecek bir mehil tayin edilmesi gerekecek ve tayin edilen mehil sonunda gecikme giderilmemiş ise iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilecektir. İnşaat süresinin belirlendiği işlerde de, kalan süre işin tamamlanmasına objektif olarak yeterli değil ise, iş sahibi, müteahhidi önce temerrüde düşürüp, daha sonra mehil tayin ederek BK.m.106'daki yetkileri kullanabilecektir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.82-85; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.118-119; **Dayınlarlı Kemal**, s.104-105; Aynı yönde Y.15.HD.,18.9.1973 T., 1973/15 E., 1973/54 K., Y.15.HD., 26.12.1974 T., 1974/898 E., 1974/1922 K., Y.15.HD., 18.9.1989 T., 1989/4243 E., 1989/3651 K. ve benzer nitelikte diğer kararlar için bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.240-249; İsviçre Borçlar Kanunu'nun eski halinde açık olarak m.107-109'a (BK.m.106-108) atıfta bulunulmakta olmasına karşın, son metinde bu atfa yer verilmemiştir. Buna rağmen fesih hakkı bu hükümler dahilinde kullanılacaktır. Bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.366 (BK.m.358), N.4; **Aral Fahrettin**, s.356; **Tunçomağ Kenan**, s.518-519; ''*Dikkat edilirse, BY.m.358'de anılan bütün davranışlar, borçlu müteahhidin edimini zamanında ifa etmeyeceğine ilişkin bir ''irade bildirimi'' değil de, kendisine böyle bir irade bildirimi olarak ''isnad edilebilir'' birer ''irade faaliyetidirler''. İmdi, ciddi, kesin ''açık'' bir irade bildirimine muhatap olan (BK.m.107'deki) alacaklıdan*

Bu noktada, yatırımcının tanınan mehilde gecikmenin etkilerini ortadan kaldıracak önlemler almaması halinde, yatırım sahibinin, kendi takdirine bağlı olarak, seçimlik haklardan biri olan fesih hakkını kullanmasına izin verilmesinden ziyade, eğer işin büyük bir kısmı tamamlanmış veya işin asıl önemli bölümü inşa edilmiş ve yatırım sahibi tarafından da tamamlattırılabilecek tali noktaların yapımı kalmış ise, artık BK.m.358/II'nin veya BK.m.97'nin uygulanması suretiyle, aynen ifa anlamında olmak üzere, sadece işin başkasına tamamlattırılması imkânından yararlanılabileceğinin kabulü yerinde olacaktır[408]. Aksi halde, ileriye etkili bir fesih yapılacak olsa dahi, yatırımcının harcadığı ve işletmeden geri alamadığı finansmanın

---

ayrımlı olarak, eser sözleşmesinin eser alacaklısı, BY.m.358 gereğince sözleşmeden dönebilmek için, borçlusuna işe başlaması için son bir fırsat tanımalı, ona son bir ifaya başlama çağrısında, uyarısında bulunmalıdır. Ancak bu uyarının anlamsız, yararsız kalacağının açık bulunduğu durumlarda BK.m.107'ye örneksenerek böyle bir uyarının, böyle bir çağrının varlığı da aranmayacaktır''. bkz. **Serozan Rona**, s.342; Öz, BK.m.358/I'in uygulanacağı hallerde, iş sahibinin sadece dönme hakkını kullanabileceğini, burada bir temerrüt durumu olmadığı için, BK.m.106'nın uygulanamayacağını savunmaktadır. Ancak, müteahhidin eseri kesinlikle yapamayacağı veya tamamlayamayacağı açık veya örtülü olarak ortaya çıkmış ise, vadeye kadar beklenmeden de, kusurlu ifa imkânsızlığının doğduğu kabul edilerek, BK.m.96 uyarınca tam tazminat istenebileceğini, BK.m.106/II uyarınca süre verilmesinin ise ''*ifayı tehlikeye düşüren durumun ortadan kaldırılması için süre verilmesi*'' şeklinde uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Öz.M.Turgut**, s. 49-51,62.

[408]Krş. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.238-239; **Dayınlarlı Kemal**, s.109.

kendisine iadesi gerekecek ve bu iade, hem yatırımcıyı tatmin etmeyecek, hem de yatırım sahibi için ağır bir mali yük yaratacaktır. Bu nedenle, somut durumun özelliklerine göre, mümkün olan hallerde, işin tamamlatılması ve işletme dönemine geçilmesinin sağlanması, taraf menfaatlerine en uygun çözüm olarak görülmektedir. Kaldı ki, böyle bir imkân olmasına rağmen fesih hakkının kullanılmasının TMK.m.2'ye aykırılık oluşturacağı da gözden kaçırılmamalıdır[409].

Bununla birlikte, verilen mehile rağmen gecikmenin etkileri yatırımcı tarafından giderilmiyor veya yatırım sahibinin de bu etkileri gidermesi kendisinden beklenemiyor ise, gecikmenin ''*işin muayyen zamanda bitirilmesine imkân vermeyecek derecede*'' olması kaydıyla, yatırım sahibi, sözleşmeyi BK.m.106 veya BK.m.358/I uyarınca feshedebilecektir[410].

---

[409]Krş. **Öz M.Turgut**, s.60-61.

[410]**Karahasan Mustafa Reşit**, s.237; **Uygur Turgut**, C.7, s.7718; **Dayınlarlı Kemal**, s.107-108; **Aral Fahrettin**, s.355-356; Esasen, bizim görüşümüze göre, sürekli borç ilişkisi yaratan YİD'te aynen ifanın reddi ve müspet zarar talep edilmesi, ilişkinin mahiyetine uymamaktadır. Bu nedenle işe başlamakta geciken yatırımcıya karşı, aynen ifa ve gecikmeden doğan zararın tazmini veya sözleşmenin feshi haklarının kullanılması mümkün olabilecektir. Gautschi de, bu hususta farklı bir görüş ileri sürmekte ve müteahhidin işe hiç başlamadığı halde (ki bu akdin müspet ihlalini teşkil eder) iş sahibinin ifayı reddederek tazminat isteyebileceğini, buna karşılık, işe başlayıp gecikme gösterdiği hallerde, mehil içinde gecikmeyi gidememiş olsa dahi, işin devamında, gecikmeye rağmen işin tamamlanması ihtimalinin bulunduğunu, bu nedenle işe devan eden müteahhidin

Diğer yandan, bu ilişki yapısında, istisna sözleşmesine nazaran farklılık arz eden en önemli nokta ise, gecikme hallerinde yatırımcının da fesih imkânına sahip olabilmesidir; Eğer gecikme, yatırım sahibinden kaynaklanan bir nedene dayanıyor ise, bu durumda yatırım sahibinin BK.m.358/I'e istinaden fesih hakkını kullanamayacağı muhakkak ise de, bu halde ''*yatırım sahibinin yatırımcıyı engellememek borcunun ihlali*'' söz konusu olacak ve yatırımcı için BK.m.97/II,III'deki haklar doğacaktır. Bu bağlamda, yatırımcı, işe devam ederek gecikme nedeniyle zararının nakden ödenmesini veya bir tazminat olarak, işletme süresinin uzatılmasını isteyebileceği gibi, BK.m.106 uyarınca, sözleşmeyi haklı nedenle feshederek menfi zararını isteyebilmelidir. Nitekim, kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinin bir kısmında, Risk Olayları başlıklı özel bir hükümle,

---

teslim tarihinden önce mütemerrit sayılamayacağını, dolayısıyla müteahhide karşı BK.m.106'daki seçimlik hakların, özellikle ifadan vazgeçip müspet zararı talep hakkının kullanılamayacağını, sadece BK.m.358/I uyarınca sözleşmenin feshedilebileceğini ifade etmektedir.; Art.366, Nr.2.a, naklen, **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.119-120; Kamu yatırımlarında da yatırım dönemindeki gecikme hali özel bir fesih hali olarak düzenlenmektedir. Bkz. **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.36.A); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde (m.27.A.I).

idarenin risk alanı belirlenmekte ve bu hükümde sayılan durumların ortaya çıkması halinde, yatırımcı fesih hakkını kullanabilmektedir[411].

[411]Esasen kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerin sistematiği dikkate alındığında, YİD sözleşmesinin mahiyetine uygun olarak, tarafların risk olayları teşkil eden hallerde, olayın etki süresinin uzunluğuna göre çözüm yarattığı, ancak her durumda aynen ifanın reddi ve müspet zararın tazmini ihtimaline sözleşmelerde yer verilmediği görülmektedir. Gerçekten, ‘’*Taraflar, kamu kurum ve kuruluşları olduğunda bunlar tarafından, TEAŞ olduğunda TEAŞ tarafından tüm gayretin gösterilmesine karşın önlenemeyecek, giderilemeyecek, olması koşuluyla ve doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Tesislerin yatırımını veya işletilmesini engelleme, önleme veya geciktirme ya da Toplam Yatırım Tutarını veya Tarifeyi artırma etkisi olması halinde aşağıdaki olaylar risk olayları anlamına gelir;1. Bakanlığın bu sözleşmeden , TEAŞ'nin ESA'ndan doğan ya da TEAŞ'nin şirketle akdetmiş olduğu herhangi bir sözleşmeden doğan esasa yönelik yükümlülüklerini ihlal etmesi veya 2.Bakanlık, TEAŞ ya da herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunun yaptığı veya yaptırdığı fiiller ve kesinleşmiş mahkeme kararları, şu kadar ki, bu fiillerin veya mahkeme kararlarının risk olayı sayılabilmesi için Şirketin bu Sözleşmede esasa yönelik yükümlülüklerini yerine getirmesine engel olacak, geciktirecek veya önleyecek nitelikte olması gereklidir. Ancak herhangi bir kamu kurum veya kuruluşunun Fizibilite Raporu onay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri doğrultusunda yaptığı ve yaptırdığı fiiller risk olayı sayılmayacaktır veya 3.Bakanlık TEAŞ'nin veya diğer herhangi bir ilgili kamu kuruluşunun projenin geliştirilmesi, finanse edilmesi, Tesisin inşa edilmesi veya işletilmesi için gerekli olan ve kendi kanuni yetkisi içinde bulunan izin, yetki, hak ve*

onayları vermemesi veya 4. Onaylanmış projelerde Bakanlık tarafından yapılması istenen, işin esasına yönelik her türlü değişiklik'' risk olayı olarak belirlenmiş ve bu olayların ortaya çıkması halinde, olaydan etkilenen tarafın olayın başlangıcından itibaren 15 gün içinde, olayın başlangıç tarihini, mahiyetini süresini, tahmini devam müddetini, alınan önlemleri olayın belge ve kanıtlarını Bakanlığa, ilgili tarafa, Hazine'ye ve Elektrik Enerjisi Fonuna bildirmesi hükme bağlanmıştır. Risk olayı nedeniyle ortaya çıkan maliyet artışı Toplam Yatırım Tutarına ve tarifeye yansıtılacak, ayrıca üretilemeyen enerji nedeniyle oluşan gelir kaybının sadece Şirketin kredi kuruluşuna karşı yükümlülüğünü yerine getirecek miktarı, Fon Anlaşması uyarınca sağlanacak kredilerle Şirkete ödenecektir. Bu kredi tarife yoluyla geri alınacaktır. Diğer taraftan, Bakanlık ve Şirket bir risk olayının sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifasını telafisi mümkün olmayacak şekilde 90 gün boyunca sürekli engellediği hususunda mutabık kalırlar ise veya risk olayı nedeniyle şirketin özsermaye miktarından daha fazla maliyet artışı ortaya çıkmış ise veya risk olayı nedeniyle yetki süresi içindeki herhangi bir 12 aylık dönemde ard arda 270 gün süreyle devam ettiğinde her iki taraf da sözleşmenin feshini ihbar edebilecektir. Yatırım süresinde fesih yapılması durumunda, yatırımda kullanılmış özsermaye şirkete ödenecek ve şirket tarafından kusuru dışındaki sebeplerle alınmış ve fakat geri ödemesi yapılmamış kredilerin de yapılan işlere karşılık gelen kısmı idare tarafından üstlenilecektir. İşletme döneminde fesih olması halinde, tarifeden alınamamış özsermaye ve kredilerin ödenmesi söz konusu olacaktır. Tesisler ise idareye intikal edecektir. Bu nitelikteki hükümler, özel hukuka tabi Uygulama Anlaşmalarında yer almıştır.

Bu arada, gecikmenin her iki tarafa da isnad edilemeyen bir nedenden, harici olaylardan kaynaklanması halini özel olarak ele almak yerinde olacaktır. Her ne kadar, temerrüdün doğumu kusura bağlı değil ise de, fesih gibi ağır bir sonucun doğabileceği gecikme hallerinde, taraf menfaatlerini göz önünde tutarak bir değerlendirme yapmak daha doğru görülmektedir. Gerçekten, BK.m.358/I'in lafzına bağlı kalmak suretiyle, yatırım sahibinin kusurundan kaynaklanmayan her türlü gecikme halinin sorumluluğunun yatırımcının üzerinde bırakılması mümkün olmamalıdır. Zira, yatırımcı sadece eser inşaatı borcunu değil, finansman temini borcunu da ifa etmekte olduğu için, yatırım sahibinin de, kendi yatırımında kullanılan finansmanın geri dönüşüne imkân verecek şekilde davranması, bu bağlamda yatırımcının işletme dönemine geçip, kâr elde etmek imkânını ortadan kaldıracak yetkilere sahip olmaması gerekmektedir.

Nitekim, istisna sözleşmesinde de iş sahibinin kusuru dışındaki her hangi bir gecikme halinin BK.m.358/I'in uygulanabilmesi için yeterli olmayacağı kabul edilmekte, müteahhidin sözleşmeden doğan *yükümlülüğüne objektif olarak aykırı davranmış olması* aranmaktadır. Zira bu hallerde, inşaatın icrası, müteahhidin elinde olmayan yani kendi irade ve arzusu dışındaki nedenlerle gecikmiş olacağı için, sözleşmeye objektif bir aykırılık mevcut olmayacaktır. Ayrıca, sözleşmenin kurulmasından sonra, müteahhidin edimi objektif olarak imkânsızlaşırsa borç sona ermiş olacağı için, bir gecikmenin doğmayacağı açıktır. Bundan başka, müteahhidin BK. m.81 ve 82'deki def'ileri kullanmak imkânı olduğu sürece yine gecikme doğmuş

olmayacaktır[412]. Öte yandan, iş sahibine isnadı kabil olmayan ve borcun ifasını imkânsız da kılmayan hallerin mevcudiyetinde, müteahhide bir kusur yüklenemiyor ise, BK.m.358/I'in uygulanıp uygulanamayacağı yine belirsizlik arz etmektedir. Örneğin, işin yapılmasını geçici olarak engelleyen mücbir sebepler kapsamında kötü hava şartları, grev ve ihracat rejiminden kaynaklanan nedenlerle inşaat malzemesinin geç teslimi gibi durumlarda sorun kendini göstermektedir. Gerçekten, bu hallerde *temerrüdün* doğmuş olacağı kabul edilebilecek ise de, BK.m.358/I'in uygulanması ve sözleşmenin feshine imkân tanınması menfaat dengesine uygun düşmeyebilecektir. Nitekim, bazı yazarlar, önlenmesi müteahhidin arzu ve imkânı dışında olan bu gibi hallerde, *temerrüdün* de doğmayacağını veya temerrüdün mevcudiyetine rağmen, ifanın mümkün olması kaydıyla, tarafların varsayılan iradeleri uyarınca sürenin kendiliğinden uzamış olacağını kabul etmektedir[413].

---

[412]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.115; **Dayınlarlı Kemal**, s.100; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.82; ''*Ancak taraflar arasındaki güveni çökerten belirli objektif ağırlıktaki sebeplerin mevcudiyeti borç ilişkisini sona erdirme sonucuna götürebilmelidir. Tüm sürekli borç ilişkisinden doğan sürekli edim borcunda arızi olarak ortaya çıkabilecek bir temerrüd halinde borç ilişkisinin sona erdirilmesine gitmek ağır bir sonuçtur*''. Bkz. Seliçi I, 219.

[413]Olgaç, müteahhidin kusuru halinde BK.m.358/I'in uygulanabileceği kabul etmektedir.Bkz. **Olgaç Senai**, s.26; Uygur da, müteahhidin iradesi dışında gerçekleşen ve öngörülmesi mümkün olmayan sebepler, müteahhidin faaliyet alanı dışındaki sebepler veya iş sahibinden kaynaklanan sebeplerin varlığı halinde iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. **Uygur Turgut**, C.7, s.7711; Aral'ın ise, işin gecikmesini haklı kılan bir sebebin bulunmamasından

Aynı şekilde, YİD'te de yatırım sahibine izafe edilemeyen ve yatırımcıya da yüklenemeyen nedenlerden doğan gecikmelerin yatırım sahibi lehine bir fesih nedeni olarak kabul edilmesi halinde, menfaat dengesi bozulacak ve finansman temini borcu itibariyle müteahhide nazaran daha fazla risk üstlenen yatırımcı, kendisinin engelleyemeyeceği, harici bir olayın yarattığı gecikme nedeniyle işten çekilmek zorunda kalacaktır. Diğer yandan, yatırımcıya, kendisinden kaynaklanmayan bir gecikme durumunda, yatırım sahibinin engelleyici davranıştan kaçınma borcuna aykırılık iddiası ile BK.m.96 vd. hükümlerine dayanmasına imkân tanınır ise, bu kez de, yatırım sahibi, kendi dışındaki bir gecikme nedeninin ağır sonuçlarına katlanmak durumunda olacaktır. Halbuki, YİD, her iki tarafın da farklı menfaatlerine hizmet etmekte, sadece yatırım sahibinin finansman ihtiyacının karşılanması suretiyle yatırımın gerçekleştirilmesi değil, aynı zamanda yatırımcının da işletmecilik faaliyetiyle yüksek kâr elde etmek amacına yönelmektedir. Gerçekten, bu proje finansman modelini kullanan taraflardan biri (yatırım sahibi), finansman ve inşaatın yapımı, diğeri de (yatırımcı) yüksek işletme kârı beklentisi ile hareket ederken, istisna sözleşmesindeki (belirli ücret karşılığı eser teslimine dayalı) menfaat dengesinin dışına çıktıkları için, kendilerine isnad edilemeyen haller karşısında eşit durumda kabul edilmelidirler. Bu nedenle, yatırımcının işe başlamada gecikmesi

---

bahsetmek suretiyle, mücbir sebepleri hükmün uygulama alanı dışına çıkarmış olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. **Aral Fahrettin**, s.355; aynı yönde **Kostakoğlu Cengiz**, s.372; Tandoğan ise iş sahibine isnadı kabil olmayan veya ifa imkânsızlığı bulunmayan bütün hallerde, mücbir sebep olsa dahi, temerrüdün doğacağını kabul etmektedir. Gauch ise, bu hallerde temerrüt doğsa bile sürenin kendiliğinden uzamış olacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.116-117.

veya işe ara vermesi nedeniyle BK.m.358/I'in kıyasen veya BK.m.96 vd.'nın doğrudan uygulanması suretiyle, taraflardan birine özel haklar tanınacak ise, bu, ancak karşı tarafın risk alanında gerçekleşen ve ona isnadı mümkün olan bir nedenden doğan gecikmenin varlığı halinde uygun olacaktır

Buna bağlı olarak da, tarafların ikisine de yüklenemeyen harici nedenlerin varlığı halinde, bu durumun mücbir sebep kabul edilmesi ve somut durumda, proje konusu tesisin sadece belirli bir zaman diliminde işletmede olması bir zorunluluk arz etmiyor ise, mücbir sebebin etki süresi kadar inşaat süresinin de uzadığının varsayılmasının en uygun çözüm olacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte, eğer projenin niteliği itibariyle işletme süresinin ileriye kaydırılması mümkün olmuyor veya tarafların risk alanında kabul edilemeyecek olaylar işin başlaması veya devamını sürekli olarak engellenmekte ve bu nedenle sözleşmeye devam imkânı kalmadığı anlaşılmakta ise, gecikme nedeni olay bir *haklı neden* kabul edilerek taraflara fesih imkânı verilmelidir[414]. Böylece, mücbir sebep niteliğindeki bir olay nedeniyle haklı menfaati

[414]Hava limanı inşasına ilişkin YİD sözleşmelerinde mücbir sebebin etkilerini en aza indirebilmek için, iş programı, işletme programı, yatırım tutarı ve yatırım süresi yeniden düzenlenmekte ve eğer mücbir sebep yatırımın harap olmasına yol açar ise, yatırım süresi askıya alınmakta, yeni yatırım süresi içinde yatırımcı finansman ve maliyeti kendisine ait olmak suretiyle, tesisi yeniden inşa etmekte, daha sonra da işletme süresine kalınan yerden devam edilmektedir. Bkz. **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesinin (m.17) ve **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi

açısından ilişkiye devamı kendinden beklenemeyecek olan taraf, fesih hakkını

(m.20). Ayrıca, mücbir sebep olmaksızın bir gecikme doğan hallerde, idarenin fesih yetkisi bulunmakta ve (m.34.A/m.46.a) uyarınca, görevli şirket yer teslimini izleyen 45 gün içinde yatırım faaliyetlerine başlamaz ve yükümlülüklerini yerine getirmez ise idare görevli şirkete 30 gün süreli ihtar çekerek yatırım faaliyetlerine başlamasını isteyecektir. Görevli şirketin bu süre içinde yatırım faaliyetine başlamaması ve/veya diğer yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde idare, başka bir ihtara gerek kalmaksızın sözleşmeyi feshederek mevcut teminatı irat kaydetmek yetkisine sahiptir. Görevli şirketin yatırım faaliyetlerini başlattıktan sonra taahhüdünden vazgeçmesi veya idarece yapılacak 30 gün süreli ihtara rağmen taahhüdüne uygun davranmaması, sözleşmede belirtilen mücbir sebepler dışında ve onaylı iş programına aykırılık olarak kabul edilemeyeceği belirtilen oranların dışında onaylı iş programına uymaması ..... halinde idare sözleşmeyi feshederek teminatı irat kaydedebilir. **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesinde ise, (m.11) tesislerin zamanında bitirilmesine engel olacak olayların idareye derhal ihbar edilmesi ve ortaya çıkan duruma göre iş programının yeniden düzenlenmesi öngörüldükten sonra, şirket kusurundan dolayı gecikme olması halinde maliyet artışının tarifeye yansıtılmayacağı ve eskalasyon uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca m.27.a'da verilen sürede aksaklık giderilmemesi halinde idareye fesih yetkisi tanınmış, mücbir sebep halinde fesih imkânı ayrıca (m.27.b) düzenlenmiştir. **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesinde de, gecikme halinde idarenin fesih yetkisi bulunmakla birlikte (m.27), mücbir sebep halinde iş programının değiştirilmesi de kabul edilmiştir (m.14).

kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilecek ve her iki taraf açısından da kusurlu bir ihlal durumu olmadığı için de, tarafların tazminat ödemeleri söz konusu olmayacaktır.

I. İnşaatın Tamamlandığını İhbar Borcu

1. Borcun Muhtevası

YİD'in inşa unsuruna kıyasen uygulanan hükümlerin kaynağını teşkil eden istisna sözleşmesinde eserin, imalini müteakip, iş sahibine teslimi gerekmektedir. Bu bağlamda, teslim borcunun ifası, iş sahibinin ifa menfaatini karşılamakta ve teslim borcu, sözleşmede özel bir hükümle açıkça düzenlenmiş olmasa da, BK.m.358/I, 359/I, 362/I ve 364/I'de ifade edildiği gibi, müteahhit, asli borcu olarak, eseri hazırlayıp, tamamlayarak zamanında ve noksansız olarak iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Esasen, ifa süresince, müteahhidin menfaati, tamamladığı eseri bir an önce teslim, iş sahibinin menfaati de, zamanında, sözleşmeye uygun olarak, noksansız bir eseri teslim almaktır. Teslim ise, tamamlanmış eser üzerindeki fiili iktidarın, sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibine geçirilmesi, eserin iş sahibine verilmesi anlamında olup, teslim borcunun ifası için, iş sahibinin esere doğrudan zilyet olmasını sağlamak veya onun zilyetliğini rahatsız edici durumu ortadan kaldırmak yeterlidir. İş sahibine ait arazi üzerinde inşa edilen yapı eserlerinin teslimi

ise, işin bittiğinin iş sahibine bildirimi ve iş sahibinin yapı üzerinde fiili egemenliğini gereği gibi icra etmesinin sağlanması suretiyle gerçekleşmektedir[415].

YİD sözleşmesindeki yatırımcının ise, proje konusu tesisi ''*devir*'' borcu bulunmakta, ancak bu devir, inşaatın bitimini müteakip değil, işletme süresinin sonunda yapılmaktadır. Zira, yatırım sahibinin YİD ilişkisindeki menfaati, eserin bir an önce tamamlanıp kendisine teslimi olmayıp, inşa maliyetinin karşılanması suretiyle eserin inşası ve daha sonra teslimindedir. Buna bağlı olarak, yatırımcının menfaati de, eseri tamamladığı anda teslim edip, ücretini almak değil, inşa dönemini takiben işletme dönemine başlamak ve işletme gelirine kavuşmaktadır. Görülüyor ki, yatırımcının inşa borcunun muhtevası, istisna sözleşmesindeki müteahhidinkinden farklı olup, ''*teslim*'' edimini değil, bunun yerine inşaatın tamamlanması suretiyle tesisin işletmeye hazır hale getirildiğini gösteren, ''*inşaatın tamamlandığının ihbarı*'' edimini içermektedir.

Esasen sözleşmenin adı dahi, bu hukuki yapıyı ortaya koymak için yeterli olmalıdır. Gerçekten, ilişkideki üç ayrı evrenin ilkinde yatırımcı ''*yap*'' (inşa) borcunu ifa ettikten sonra, ikincisi olan ''*işlet*''evresinde işletme geliri elde ederek finansmanını geri almaya ve kâr elde etmeye çalışmakta, sonuncusu ''*devret*'' evresinde ise yatırım sahibi tesise kavuşmak hakkına sahip olmaktadır. İşte bu nedenlerle, YİD'teki ''*devir*'' borcu, inşa unsurundan değil, bizatihi sözleşmenin bütününden

[415]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.35; **Tunçomağ Kenan**, s.521; **Kostakoğlu Cengiz**, s 612-613; **Aral Fahrettin**, s.357; **Uygur Turgut**, C.7, s.7719; **Burcuoğlu Haluk**, s.287; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.255; **Baygın Cem**, s.27.

doğmakta ve buna bağlı olarak da, ‘’*yap*’’ aşamasının sonunda değil, sözleşme süresinin bitiminde, yani ‘’*işlet*’’ aşamasının tamamlanması suretiyle yatırımcının yararlanma hakkının sona ermesini takiben ‘’*devret*’’ aşamasında ifa edilmektedir. İşte bu hukuki yapı itibariyle, YİD’te inşa dönemi sonunda bir ‘’*teslim*’’ borcu söz konusu olmayıp, *inşaatın tamamlandığının ihbarı* borcu ortaya çıkmakta ve ayrıca ilişkinin kendi yapısına özgü bir ‘’*devir*’’ borcu bulunmaktadır[416].

Nitekim, yatırım sahibinin yatırımcıya tanıdığı işletme hakkı ve bu bağlamda kullanma hakkının konusunu oluşturan malın teslimi de, yatırım arazisinin yatırımcıya teslimi suretiyle olmakta ve bu teslim anından itibaren yatırımcı önce arazi sonra da tesis üzerindeki kullanma hakkını kullanabilmektedir. İşte bu hukuki yapı içinde, inşaatın tamamlanmasından sonra tesisin yatırım sahibine teslimi değil, doğrudan işletme hakkının kullanımına başlanması gündeme gelmektedir. Yatırımcı, inşa borcunu tamamladığı anda, kendisine verilmiş olan kullanma ve işletme hakkı uyarınca tesisi elinde tutmaya devam ederek, işletme dönemine geçebilmekte ve bu dönemin sonunda tesisi devir borcunu ifa etmektedir.

Kamu yatırımlarında uygulanan 3096 sayılı Kanun m.8, 3465 sayılı Kanun m.6 ve 3996 sayılı Kanun m.9 uyarınca da ‘’*devir*’’, sözleşme süresinin sonunda veya

[416]Kaplan ise, daha farklı olarak, inşaat ve montaj sözleşmesinin sonunda gerçekleşmesi gereken teslim fiilinin, işletme süresinin sonuna ertelendiğini ve tesis devir sözleşmesinin inşaat montaj sözleşmesinin bir devamı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s. 26; Ne var ki, bu görüş, YİD’in hukuki yapısına uygun olmayıp,YİD’i bir istisna sözleşmesi şeklinde ele almaktadır.

herhangi bir nedenle görevlendirmenin sona ermesi halinde tesisin idareye intikali suretiyle olmaktadır. Buna paralel olarak, görevlendirme kararları ''*tesisin inşası ve işletilmesi*'' şeklinde alınmakta ve dolayısıyla, inşaatın tamamlanmasından sonra işletme hakkının verilmesi hususunda ikinci bir görevlendirme kararı kurulmamaktadır (3096 sayılı Kanun m. 3 ve 4, 3465 sayılı Kanun m.4, 3996 sayılı Kanun m.4.a, 94/5907 sayılı BKK m.3i, m.4)[417]. Ayrıca özellikle enerji projelerinde söz konusu olan ve işletme dönemine başlamadan önceki dönemde gerçekleşen erken üretim[418] için yatırımcıya, farklı bir tarifeden, ödeme yapılmaktadır. Görülüyor ki, YİD ilişkisinde, tesisin inşa dönemi sonunda yatırım sahibine teslimi ve tekrar

[417]Her ne kadar 3465 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik m.75 ile **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.22) ve **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.20)'de ve **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.20)'de ''*işletme izni verilmesinden*'' bahsedilmekte ise de, bu tesisin işletme dönemine başlanmasında bir ruhsat verilmesi niteliğinde olup, işletme hakkının verilmesi anlamında değildir.

[418]''*Ticari İşletme Tarihinden Önce Üretim; ESA, Tesis Kabul Testlerini geçinceye kadar, Erken Üretim Testlerinden geçmiş herhangi bir Ünitesinde üretilen enerjinin, söz konusu ünitenin ulusal şebekeye emniyetle bağlanmış olması ve kamu güvenliği açısından sakınca bulunmaması şartıyla satışı için TEAŞ'nin Şirkete Tarife uyarınca ödeme yapmasını sağlayacaktır*''. Bkz. **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline Ait Uygulama Anlaşması (m.14.2).

yatırımcıya (işletme hakkını kullanmasını teminen) iadesi şeklinde bir ifa süreci yaşanmamaktadır.

Öte yandan, tesisin inşaatının tamamlandığının ihbarı borcu ile teslim arasındaki bu mahiyet farklılığına rağmen, istisna sözleşmesinin teslim borcunun ifasına ilişkin hüküm ve ilkelerden YİD ilişkisinde de yararlanmak mümkündür. Zira, her iki hukuki ilişkide de, alacaklı tarafın menfaati itibariyle bir esere kavuşmasının sağlanması gerekmekte, borçlu taraf da bir eser inşasını üstlenmiş bulunmaktadır. Ancak, bu hükümleri iki ilişki arasındaki farklılığı dikkate alarak uygulamak gerektiği açıktır.

İşte bu nokta da, istisna ile YİD'in farklılığı bir kez daha ortaya çıkmaktadır; YİD'te inşa aşamasını takiben ifası beklenen edim ''*teslim*'' olmamakta, tesisin inşasının sözleşmeye uygun şekilde tamamlandığının, yani işletmeye hazır halde bulunduğunun ihbarı yeterli bulunmaktadır. Tabii ki, bu hususta, istisna sözleşmesinde müteahhidin teslim borcunun ifasında eserin iş sahibinin asli zilyetliğine girmiş olması gerekmemekte ve fer'i zilyetliğin sağlanması da yeterli sayılmakta olmasından hareketle[419], YİD ilişkisinde de teslimin ''*kısa elden teslim*'' suretiyle yapıldığı, zira yatırımcının inşa dönemi sonunda tesisi, işletmeci sıfatıyla zilyetliğinde bulunduracağı ileri sürülebilecektir. Böyle bir iddiaya karşı, YİD'in farklı tipik edimler içeren ve fakat bu edimlerin finansman unsuru etrafında yapılanmış olduğu, sui generis bir sözleşme tipi olduğu dikkate alınarak cevap verilebilecektir. Gerçekten, yatırımcının ve yatırım sahibinin bu sözleşme tipini

[419]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.125; **Uygur Turgut**, C.7, s. 7720

kullanmaktaki ortak menfaatleri, YİD'in proje finansman tekniğini kullanarak menfaat elde etmektir. Bu nedenle de, inşaatın tamamlanmasını takiben ''*teslim*'' menfaati iki taraf için de mevcut değildir. Yatırım sahibi, sözleşme kurulurken inşa edilecek tesisin işletme hakkını yatırımcıya bırakmış olduğu için, inşa dönemi sonunda tesisi teslim almak ihtiyacında değildir. Yatırımcı da, YİD modeli bir proje finansman aracı olması itibariyle, yatırım sahibinin bir ücret borcu bulunmadığı için, teslim ile birlikte (BK.m.364 uyarınca) ücrete hak kazanacak olmadığı gibi, temin ettiği ve harcadığı finansmanı geri alabilmek için işletmeye geçmek durumundadır ve bu nedenle tesisi yatırım sahibine teslim edip, onun kendisine geri teslimini beklemek ve bu surette işletme hakkının kullanımını tehlikeye atmak yerine, inşa ettiği tesisi derhal işletmeye açmak ihtiyacındadır. İşte bu nedenle, yatırımcı, projenin yapımını tamamladığında, geçici kabul işlemleri için yatırım sahibini davet ederken, tesisin zilyetliğini devir iradesiyle değil, sadece, işletme hakkı kendisine bırakılmış olan tesisin yapımının tamamlandığını ihbar ederek inşa borcunun ifasını sağlamak ve bu şekilde işletme dönemine başlamanın ön şartını yerine getirmek iradesiyle hareket etmektedir. Dolayısıyla, YİD'te TMK.m.979 (MK.m.892) uyarınca teslimsiz zilyetlik devri de söz konusu olmamakta ve yatırımcı, sözleşme ile kendisine verilen kullanma ve işletme hakkına istinaden tesisi zilyetliğinde bulundurmaya devam etmektedir. Yatırım sahibinin tesis üzerindeki dolaylı asli zilyetlik durumu ise, yatırımın kendi arazisi üzerinde yapılıyor olması halinde TMK.m.922 (MK.m.905) gereği kendiliğinden ortaya çıkmakta, bir başka ifade ile, yatırım sahibi için teslime veya devir borcunun ifasına bağlı bir zilyetlik kazanımı olmamaktadır. Öte yandan, bu noktada **von TUHR**'un ''*iş sahibinin arsası üzerinde yapılacak inşaatta, ifa iş sahibinin yardım ve iştiraki olmaksızın yapılır, filhakika*

inşaat – mütemmim cüzü olmak itibariyle- zaten iş sahibine aittir ve onun zilyetliğinde bulunur. Kanunun burada teslim veya kabul dediği şey, inşaatın itmam edildiğine dair müteahhidin iş sahibine yapacağı bir ihbar ve iş sahibinin müteahhide ait mükellefiyetin ifa edilmiş olduğunu kabul eylediğine dair bir beyanından ibarettir''[420] şeklindeki ifadesi esas alınarak da, YİD'de ''*teslim*'' yapıldığı savunulabilecektir. Esasen, **von TUHR**'un bu ifadesi, alacaklının ifaya iştiraki hususuna ilişkin olup, inşaat sözleşmesinde, alacaklının iştiraki gerekmeden ifa yapılabilen hallere örnek gösterilmektedir. Bu ifadenin bizim konumuz açısından taşıdığı önem ise, YİD'de inşaatın bitirilmiş olduğunun bildirilmesi ve yatırımcının da işi kabul etmesi suretiyle bir teslim yapılmış olup olmayacağı noktasındadır; **Von TUHR**'un işaret ettiği durum, teslimle sona eren inşaat sözleşmeleri açısından geçerli olup, sözleşmenin asli ediminin bu şekilde ifa edilmesi taraflar arasındaki ilişkiyi bitirmek için yeterli sayılmaktadır. Buna karşın, YİD ilişkisi inşaat döneminin tamamlanması ile sona ermemekte, aksine tesisin tamamlanmış olması, işletme dönemine başlamak için yerine getirilmesi gereken bir ön şart niteliğini haiz bulunmaktadır. Zira, yatırımcı sözleşmenin imzasıyla birlikte, henüz mevcut olmayan bir tesisin işletme hakkını almakta ve eşyanın doğası gereği, bu işletme hakkını kullanabilmesi için önce tesisi inşa etmesi ve işletmeye hazır hale getirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kendisine işletme hakkı tanınmış bir yatırımcının inşaatın tamamlandığına ilişkin bildirimi, ''*eserin teslimi*'' amacına yönelik olmayıp, bu iradeyi içeren bir beyan da değildir. Bu bildirim ve sonrasındaki kabul işlemleri,

[420]**von Tuhr Andreas (Çev. Edege Cevat)**, s.489, dpn.32; aynı yönde bkz. **Öz M.Turgut**, s.168-169.

sadece bir sonraki aşamaya, yani işletme dönemine başlayabilmek için inşa borcunun ifasının tamamlanmasını sağlamak amacına hizmet etmektedir.

Bununla birlikte, YİD'in ''*yap*'' döneminin tamamlanmış sayılması için gerçekleştirilen ''*kabul*'' işlemlerinin, istisna sözleşmesi içindeki anlamı itibariyle de, gerçekte bir ''*teslim*'' olduğu düşünülebilecektir. Nitekim, işletme dönemi öncesinde geçici kabul işlemleri yapılmakta ve bir süre sonra da kesin kabul gerçekleştirilmekte olup, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi m.38'de yer alan ''*geçici kabul, inşaatın idare tarafından teslim alınmasını*'' ve m.39'da yer alan ''*kesin kabul, işin ifa olarak kabulünü*'' ifadeleri, YİD'teki kabul işlemlerinin de teslim niteliğinde sayılmasına birer dayanak olarak görülebilecektir. Ancak, istisna sözleşmesindeki inşa borcunun muhtevası esas alınarak yapılan bu tanımlamaların, sui generis bir tip olan YİD için de aynen geçerli olması mümkün değildir. Gerçekten, YİD sözleşmelerindeki geçici kabul, tesisin ticari olarak işletmeye alınmasını sağlayan ve tesislerin sözleşme koşullarına uygun olarak yapıldığını teyit eden bir işlem niteliğinde olup, yatırım döneminden işletme dönemine geçişi ifade etmektedir[421]. Görülüyor ki, geçici kabul işlemi, bir ''*teslim*'' niteliğinde değil, ''*işlet*'' aşamasına geçişin ön şartı mahiyetindedir. Zaten YİD'teki inşa borcunun muhtevası da, istisna sözleşmesindekinden farklı olup, teslim unsuru içermemektedir.

Kaldı ki, eserin teslimi ile kabulü birbirinden farklı hukuki işlemlerdir ve BK.m.362'de düzenlenen *eserin kabulü*, sadece yapılan eserin sözleşmeye uygun görüldüğü ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı, ifanın kabul edildiği hususunda iş

[421]**Güneş Cengiz**, Güneş III, s.60.

sahibinin iradesini açıklamasından ibarettir[422]. Dolayısıyla, kabul yapılan her durumda teslimin de yapılmış olduğu söylenemeyecek, sadece ifanın, kendi muhtevası dahilinde, alacaklı tarafından kabullenildiği anlaşılacaktır. Nitekim, YİD ilişkisinde de, yatırımcının inşa borcunun ifası, tesisin inşası ve inşanın tamamlandığının bildirilmesinden ibaret olup, kabul işlemlerinin yapılması da, yatırımcının inşa borcunu, bu edimleri ifa ederek, sözleşmeye uygun şekilde yerine getirdiğini ifade edecek ve fakat edim muhtevasında yer almayan bir teslimin yapıldığı anlamını taşımayacaktır.

Yatırımcının bu muhteva dahilinde ele alınması gereken inşa borcunun ifasında da, müteahhidin teslim borcunun ifasında olduğu gibi, sözleşme ile yüklenilen işin tamamlanmış olması gerekmekle birlikte, sadece çok küçük ve önemsiz unsurların eksikliği ise, TMK.m.2'deki dürüstlük kuralının uygulanması suretiyle, borcun ifasına engel teşkil etmemelidir[423]. Bir başka ifadeyle, eserin ayıplı olması da, eserin tamamlanmış olmasını ve borcun ifasını engellememeli, eserin ayıbı sadece, yapılan ifanın (tesis inşası) sözleşmeye uygunluğuna (BK.m.362 uyarınca işin kabulüne) ilişkin olmalıdır.

[422]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.127.

[423]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.40; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.126.

2. Borcun Hükümleri

a. Borcun İfasında Temerrüde Düşülmesi

Her ne kadar inşaatın tamamlanmasını takiben tesis yatırım sahibine teslim edilmiyor ise de, yatırım sahibi açısından inşaatın zamanında bitirilmesi önem taşımaktadır. Nitekim, YİD sözleşmelerinde, genellikle büyük yatırım projeleri konu olduğu için, inşaatın her aşaması da iş programıyla ayrıntılı şekilde düzenlenmekte ve ayrıca yatırım süresinin hangi tarihte sona ereceği de belirlenmektedir. Esasen, sözleşme konusu yatırım çok büyük olmasa dahi, yatırım dönemini takiben işletme dönemi başlayacağı ve bu dönemde tesisin rantı yatırımcıya bırakılmış olacağı için, yatırım sahibi tesisin kendisine intikal edeceği nihai tarihi bilmek durumundadır. Bunun için de, inşaat döneminin ne zaman sona ereceğinin biliniyor olması zorunludur. Kaldı ki, YİD bir proje finansman modeli olduğu için, işletme süresinin tespitinde tesisin amortisman süresi, yatırım maliyeti ve kullanılan kredilerin geri ödeme süresi gibi finansmanın geri dönüşüne ilişkin hususların dikkate alınması kaçınılmazdır. Nitekim, 3096 sayılı Kanun m.7 ve 3996 sayılı Kanun m.7'de sözleşme süresinin tespitinde bu hususların dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, kamu yatırımlarında inşaat ve yatırım sürelerinin sözleşmede gösterilmesi kanun uyarınca zorunlu olduğu gibi, özel yatırımlarda da işin mahiyeti bu zorunluluğu yaratmaktadır. Bu nedenle, YİD sözleşmesinde gösterilen tarihte veya böyle bir sözleşme hükmü bulunmayan hallerde BK.m.74 uyarınca tespit edilen zamanda[424] inşaatı işletmeye

[424] ''*Sözleşmede vade belirlenmemiş ise, bu gibi durumlara ilişkin BK.m.74 hükmünün uygulanması gerekir. Buna göre, alacaklı borçludan derhal, borç doğar*

hazır halde tamamlamamış veya tamamladığını yatırım sahibine bildirmemiş olan yatırımcı, belirli sürenin sonunda veya temerrüt ihtarı neticesinde ‘’*inşa borcunun ifasında temerrüde*’’ düşmüş sayılacaktır. Bu noktada, yatırımcının bu tarih itibariyle teslim borcu altında olmaması nedeniyle, ‘’*teslim borcunda*’’ temerrütten bahsedilemeyeceği, bununla birlikte, ‘’*inşaat borcunun ifasında*’’ temerrüt doğduğu açıktır. Sözleşmede bir iş programı kararlaştırılan hallerde ise, iş sahibinin denetim hakkını kullanmasına imkân veren bu programda belirlenen ara vadeler, ifa tarihi olmayıp, yatırımcının işin aşamalarını belirli zamanlarda bitirmiş olmasını sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla, sonuca etkili olmayacak şekilde, ara vadelerde bir aksaklık yaşanması, temerrüt yaratmayacaktır. Ancak, tabii ki, işin kısmen tamamlanarak işletmeye açılmasının sözleşme ile kararlaştırılmasına da bir engel bulunmamakta ve bu özel durumlarda ara vadelerin anlamı da değişebilecektir[425].

---

doğmaz ifayı isteyebilecektir. İşte bu talep üzerine, borç muaccel olur. Ancak bu çözümün eser sözleşmesinin niteliğine tamamen uymadığı görülmektedir. Zira, bu sözleşmede, borç doğduğu anda, bu borcun konusunu oluşturan eser henüz ortada yoktur. Eser bir hazırlama süresi sonunda ortaya çıkacaktır ve müteahhidin borcunun ancak o zaman ifası mümkün olabilir. İşte bu yüzden, vade belirlenmemiş eser sözleşmelerinde, BK.m.74 hükmünün, dürüstlük kuralı ışığında, işin niteliğine uydurularak uygulanması önerilmiştir. Böylece, sözleşme kurulduktan sonra, söz konusu eserin hazırlanması için gereken makul bir sürenin geçmesi üzerine ifa istenebilecek, ancak bu sürenin dolması üzerine müteahhidin borcu muaccel olacaktır’’. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.154-155.

[425]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.129; **Aral Fahrettin**, s.358; **Uygur Turgut**,C.7, s. 7721.

Yatırımcının temerrüdü halinde kıyasen uygulanması düşünülebilecek olan istisna sözleşmesi müteahhidinin teslim borcunda temerrüt hükümleri ele alındığında ise, bu hususun imal borcunun zamanında ifa edilmemesine ilişkin BK.m.358/I gibi özel bir hükümle düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle müteahhidin eseri teslimde gecikmesi durumunda, BK.m.101-108 hükümlerinin uygulanması suretiyle bir sonuca ulaşılması gerekmektedir[426].

Bu hükümler dahilinde, yatırımcının inşaat borcunda temerrüdünün iki şartı şu şekilde tespit edilmelidir; Her şeyden önce, yatırımcının sözleşmede gösterilen vadede veya BK.m.74 uyarınca tespit edilen süre sonunda muaccel olan inşaatı işletmeye hazır şekilde tamamlamak ve bu durumu yatırım sahibine ihbar etmek yükümlülüğüne ''*objektif olarak*'' aykırı davranmış olması gerekmektedir. Gecikmenin yatırımcının yükümlülüğüne objektif aykırılık teşkil etmesi ise, ancak *haklı bir gecikme* bulunmaması halinde mümkündür. Örneğin, gecikmenin yatırım sahibine isnadı kabil bir nedenden doğmuş olması halinde, gecikme yatırımcının yükümlülüğüne objektif bir aykırılık teşkil etmeyeceği için, temerrüt hali doğmayacaktır. Bununla birlikte, temerrüt olgusu kusura bağlı olmadığı için, haklı bir gecikme olduğunun kabulü için, yatırımcının gecikmede kusuru bulunmadığının ispatı yeterli olmamaktadır[427]. Temerrüt için aranan ikinci şart ise, yatırımcıya ihtarda bulunulması olmakla birlikte, inşaatın tamamlanması gereken tarihin belirli

[426]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.69; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.130; **Öz M.Turgut**, s.175.

[427]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.131; **Dayınlarlı Kemal**, s.100-102; **Aral Fahrettin**, s.359.

vade olarak sözleşmede gösterildiği (BK.m.101/II) veya kesin bir vade belirlenmiş veya ihtarın yararsız kalacağı önceden anlaşıldığı hallerde (BK.m.107/I) ihtar gerekmediği muhakkaktır[428].

b.**Temerrüdün Sonuçları**

aa. Yatırımcının Sorumluluğunun Ağırlaşması

Yatırımcının temerrüdünün sonuçları, sözleşmeye doğrudan uygulanabilecek olan genel hükümler uyarınca belirlenebilecektir. Zira, YİD sui generis bir sözleşme olduğu için, burada genel hükümlerin doğrudan uygulanmasına hukuken bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki, inşa borcunun hükümlerinin tespitinde kıyasen

[428]Teslimin gerçekleşmesi işin iş sahibinin katılımı gereken durumlarda bundan kaçınması veya ifa hazırlığı faaliyetlerine iş sahibinin tutumu yüzünden başlanamaması hallerinde, gecikme iş sahibine isnad edilecek bir nedenden doğduğu için, müteahhidin temerrüdü doğmayacaktır. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.172; Eğer borçlu, kendi tavrı ile ifayı yerine getirmemek niyetini kesin bir şekilde açıkça beyan etmiş ise, iyiniyet kurallarına göre artık ihtar fuzulidir. Bkz. **Dayınlarlı Kemal**, s.64;Yargıtay'ın bir kararında, taahhütnamede eserin teslimi gereken tarihin 31.8.1988 olarak kesin vadeye bağlanmış olması nedeniyle ve bizatihi bu tarihin geçmesiyle BK.m.107 uyarınca davalıların temerrüdünün oluştuğu bundan sonra müteahhide ihtar çekmeye lüzum ve zaruret kalmadığı vurgulanmıştır. Y.15.HD., 12.3.1992 T., 1991/4239 E., 1992/1246 K. sayılı karar için bkz. YKD. Kasım 1992, C.18, S.8, s.1241-1243.

yararlanılan istisna sözleşmesi hükümlerinin arasında da temerrüt halini düzenleyen özel bir hüküm yer almamıştır.

Dolayısıyla, her şeyden önce, yatırımcının temerrüt tarihi sonrasında, BK.m.102 uyarınca kaza neticesinde doğacak zararlardan, yani umulmayan hal neticesinde edimin imkânsız hale gelmesinden dahi sorumlu tutulması gerekecektir. Bu bağlamda, yatırımcı, eserin kaza neticesinde telef olmasından veya ayıplı hale gelmesi nedeniyle yatırım sahibinin uğrayacağı zarardan sorumlu olacağı gibi, temerrütten sonra ortaya çıkacak aşırı ifa güçlüğü hallerinde de BK.m.365/II'den yararlanmak isteminde haklı sayılamayacaktır[429].

Öte yandan, BK.m.102/II ve m.108 uyarınca yatırımcı, kusuru bulunmadığını ispat ederek kaza, zarar ve cezai şart ödeme sorumluluğundan veya kusurlu olduğu halde de, inşaatı zamanında bitirmiş olsaydı dahi yine umulmayan halin tesise isabet edeceğini ve aynı zararın doğacağını ispat ederek kaza sorumluluğundan kurtulabilmelidir[430]. Ne var ki, yatırımcının teslim borcu bulunmaması ve fakat sözleşme sonunda devir borcu olması dikkate alındığında, kaza nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmek için, kusursuzluğun ispat edilemediği hallerde, umulmayan halin yatırım sahibi nezdinde de tesisi etkileyeceğinin ispatı yatırımcıdan beklenemeyecektir. Zira, tesisin yatırım sahibinin hakimiyetine geçmesi, uzun bir işletme dönemi sonrasında olabilecek, o tarih geldiğinde de umulmayan halin tesisi

[429]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.132 ; **Aral Fahrettin**, s.360.

[430]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan I, s.483-484.

etkileyeceğinin ispatı zaten söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle, yatırımcıdan ispatı beklenebilecek olan husus, gecikme olmasaydı dahi umulmayan halin, (sözleşmede gösterilen) işletmeye başlama tarihinden sonraki dönemde de tesisi etkileyeceği olmalıdır.

bb. Yatırım Sahibinin Seçimlik Hakları Kullanması

Yatırımcının inşaatı tamamlamakta temerrütü halinde, BK.m.96 vd.'nın YİD ilişkisinde de doğrudan uygulanabiliyor olması nedeniyle, yatırım sahibi, BK.m.106'daki seçimlik hakları kullanabilecektir. Dolayısıyla, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme nedeniyle doğan zararın veya tayin edilecek mehilde inşaat tamamlanmadığında ifadan vazgeçip müspet zararın veya sözleşmenin feshi ile birlikte menfi zararın talep edilmesi ihtimalleri mevcuttur. Ancak, bu haklar arasında yer alan tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesi için, yatırımcının kusurlu olması gerekmekte, dolayısıyla kusuru bulunmadığını ispat eden yatırımcıya karşı kullanılabilecek seçimlik haklar, aynen ifayı talep etmek ile fesihten ibaret olmaktadır[431].

[431] **von Tuhr**, s.674-675; **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s. 405; Seliçi, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zarar (ifa tazminatı) talep edilen halde de kusur aranmayacağı görüşündedir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.70; Halbuki, alacaklının müspet zarar talebi hakkında da BK.m.96 uygulanacak ve BK.m.106/II'de kusurdan bahsedilmemiş olmasına rağmen, BK.m.96'da olduğu gibi, borçlu kusuru olmadan temerrüde düştüğünü ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan I, s.502; Kılıçoğlu, aynen ifanın reddi hakkının kullanımı için

Eğer yatırım sahibi, kendi menfaatleri açısından aynen ifanın yapılmasında bir yarar kalmadığını düşünmekte ve kendi edimine nazaran daha yüksek bir müspet zarar doğmuş bulunmakta ise, aynen ifanın reddi ve müspet zarar istemek, buna karşın kendi edasının kıymeti yükselmiş ise, akdi feshedip menfi zarar istemek yolunu tercih edecektir[432]. Kaldı ki, BK.m.106'daki seçimlik hakların kullanımında alacaklının her zaman kendi menfaatlerine göre davranmakta özgür olmadığı da savunulmakta ve özellikle yapma/yapmama borçlarında, alacaklının hukuki imkânlarının farklı olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşün temeli, yapma/yapmama edimlerinin ifasında temerrüdün gerçekte ifa imkânsızlığına yol açacağı ve bu nedenle aynen ifanın genellikle talep edilemeyeceği düşüncesine dayanmakla birlikte, görüş dahilinde, şahsen ifası gerekmeyen yapma edimlerinde, eğer edimin ifası gecikme sonrasında hala mümkün ise, borçlunun tazminat ödemesi suretiyle dönme yaptırımlarından kurtulmasına imkân veren aynen ifa yaptırımına her zaman yer verilmesi gerektiği ve bu yönde BK.m.97 ile İİK m.30 ve m.343'deki imkânların kullanılabileceği de ifade edilmiştir[433].

---

kusur aranmıyor ise de, müspet zararın tazmini talep için kusurun varlığını gerekli olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Kılıçoğlu Ahmet**, Kılıçoğlu II, 540; Müspet zararda kusurun rolü hususunda tartışmalar için bkz. **Havutçu Ayşe**, s.34-35.

[432]Ayrıca, yatırımcının tazminat ödeme gücü sınırlı veya kusursuzluğunu ispat edebilmek şansı yüksek ise, aynen ifayı talepte direnmek veya sözleşmeyi feshetmek, daha uygun olabilecektir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan I, s.491; **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.406.

[433]**Serozan Rona**, s.262, dpn. 29; Öte yandan, BK.m.97 ve İİK.m.30 ile ''*aynen ifa yaptırımının cebren icrası*''ndan ziyade, zararın özel bir tazmininin öngörülmüş

Bu görüş çerçevesinde YİD ilişkisine yaklaşıldığında, gecikmeye rağmen imkânsızlaşmayan bir inşa edimi mevcut olduğu sürece, BK.m.106'daki diğer seçimlik hakların kullanılmasına yer olmayacağı, BK.m.97 ve İİK.m.30 uyarınca tesisin inşasının tamamlatılmasının (aynen ifa) sağlanabileceği, dolayısıyla bu süreç tamamlandıktan sonra da, işletme dönemine geçilmesi suretiyle ilişkinin devamına imkân yaratılmasının en uygun yol olacağı kabul edilebilecektir. Bir başka ifade ile, kanunun aynen ifanın elde edilmesi için verdiği özel imkânlar kullanılmadan diğer seçimlik hakların kullanılmasında hukuki yarar bulunmadığı ve böyle bir durumda hakkın suiistimalinin söz konusu olabileceği dikkate alınması gereken bir husustur. Esasen temel amaç, alacaklıyı tatmin etmek olup, ilk önce aynen ifa ile bu amaca ulaşmak yerinde olacaktır.

i. Gecikmiş İfa ve Gecikme Tazminatı Talebi

Bu kapsamda, yatırım sahibinin kullanabileceği ilk seçimlik hak, aynen ifada ısrar etmek ve yatırımcıyı tesisin tamamlanmasına zorlamak olacaktır. Bunun için de, eğer yatırımcı temerrüdüne son vermez ise, bir yapma borcu olan inşaatın, BK.m.97

---

olduğu da ifade edilmektedir. Zira, bu hükümler, alacaklıya borcun aynen ifa edilmiş olması halinde elde edeceği durumu sağlamakta, bunun için de işin başkasına yaptırılmasının masrafı tazminat olarak borçludan tahsil edilmektedir. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.333,375; **Tekinay Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atillâ,** s.923.

uyarınca üçüncü kişiye tamamlatılması yoluna gidilebilecektir. Bu şekilde, aynen ifa gecikmiş olarak sağlandıktan sonra, ilişkiye kalınan noktadan devam edilebilecektir.

Ayrıca yatırım sahibi, yatırımcının kusurlu olması halinde, gecikme nedeniyle doğan zararının[434] tazminini de talep edebilecektir. Ancak, gecikme nedeniyle doğan zararın ispatı, yatırım sahibi için büyük zorluk arz edecektir. Zira, inşaatın zamanında tamamlanamaması yatırım sahibinin zarara uğraması ihtimali yaratabilecek ise de, bu zarar, temerrüt anında ortaya çıkmamaktadır. Gerçekten, inşaatın gecikmesi nedeniyle doğacak maliyet artışına kendisi katlanacak olan yatırımcı, bu maliyet farkını işletme dönemindeki kârından çıkartabilmek için işletmeyi kapasitesi üzerinde çalıştırabilecek veya bakım-onarım masraflarından kısıntı yapabilecektir. Ne var ki, bütün bunlar birer ihtimalden ibaret olduğu için, gecikme nedeniyle talep edilebilecek zararın ortaya konulması oldukça güçtür.

Bu nedenle, YİD ilişkisinin mahiyeti dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirmeyle, gecikme nedeniyle ileride doğacak zararın, götürü olarak gecikme

[434]Gecikme nedeniyle ödenecek tazminat bir müspet zarar tazminatı olup, eğer ifa vaktinde olsaydı, eda mevzuunun alacaklıya sağlayacağı her türlü menfaatler, alacaklının gecikme nedeniyle yaptığı masraflar, ifayı zamanında tesellüm edebilmek için yaptığı masraflar vs. zararın tespitinde dikkate alınacaktır. Borçlu kusurlu olmadığını ispat etmedikçe bu zarardan sorumlu olacaktır. Para borçlarında temerrüt halinde borçlunun temerrüt faizi ödenmekten kusursuzluğunu ispat ederek kurtulamıyor olması ise, onun faiz ödediği parayı kullanabilmesi imkânının bir sonucu olmaktadır. **von Tuhr Andreas (Çev. Edege Cevat)**, s.657, dpn. 57.

süresinin işletme süresinden mahsubu suretiyle giderilmesi yoluna gidilmesi yerinde olacaktır. Böylece, yatırım sahibi, ileriye dönük zarar ihtimali bulunduğu halde zarar henüz doğmadığı için tazminat isteyememek nedeniyle mağdur olmayacak, yatırımcı da, gecikmesinin olumsuz sonucuna katlanmış olacaktır. Ayrıca, sözleşmede bir gecikme cezası (cezai şart) öngörülür ise, yatırım sahibinin zararı ispat sorunu olmaksızın, bu götürü tazminatı talep etmek imkânı da doğacak, ancak yatırımcının kusurlu olmadığını ispat etmesi halinde bu imkândan yararlanılamayacaktır. Fakat sözleşme ile kusur bulunmayan hallerde dahi cezai şartın ödeneceği kararlaştırılabilecektir[435].

[435]**von Tuhr Andreas (Çev.Edege Cevat),** s. 825; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.13; **Aral Fahrettin**, s.364; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.72-75; İstisna sözleşmesindeki cezai şart talebinin en geç eserin geçici kabulü anında yapılması gerektiği, zira bu andan itibaren eserin iş sahibinin zilyetliğine geçtiği ve dolayısıyla kullanımına hazır bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Dayınlarlı Kemal**, s.122-123; YİD sözleşmesinde ise, yatırım sahibi, geçici kabulle birlikte yatırımın zilyedi durumuna gelmediği için, aynı düşünce paralelinde hareket edilmesi mümkün görülmemektedir. Esasen YİD'te bir teslim borcu olmadığı ve ayrıca, yatırımcının işletme dönemine geçerken mali durumunun netlik kazanmasındaki menfaati dikkate alınarak, yatırım sahibinin, geçici kabul için davet edilmeyi beklemeden, inşaatın tamamlandığı hususunda kendisine yapılan ihbarı takiben, karşı bir ihbar ile cezai şart alacağını saklı tuttuğunu bildirmesi gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim, teslim borcunun bir ihbar ile yapıldığı istisna sözleşmelerinde de, bu beyanın iş sahibine ulaşması anında iş sahibinin ceza kesilmesi talebini saklı tuttuğunu bildirmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.137.

ii. Müspet Zarar Talep Edilememesi

İkinci ihtimal olarak, yatırım sahibinin *gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı* talep etmekte menfaati kalmadığı için, *aynen ifadan vazgeçerek, müspet zararının tazminini* isteyebileceği düşünülebilecektir. Bu düşünce kabul edildiğinde, istenebilecek müspet zarar, işin tamamlanmış kısmı dikkate alınarak tespit edilebilecek ve BK.m.371/II kıyasen uygulanması suretiyle, tesisin yapılan kısmının kullanılması mümkün olduğu ölçüde, yatırım sahibi bu kısmı kabul etmek durumunda kalacağı için, bu kısımla orantılı miktarın tazminattan mahsubu gerekecektir[436].

Diğer taraftan bu halde, yatırım sahibinin, mübadele teorisi uyarınca, kendi edimini de hazır bulundurması ve tazminatın ödenmesini müteakip edimini ifa etmesi gerekmekte veya fark teorisi uyarınca, reddettiği edim ile kendi edimi arasındaki farkı ödemesi söz konusu olmaktadır[437]. Zira, alacaklı durumundaki yatırım sahibinin ifadan vazgeçerek, yatırımın tamamlanma maliyeti ve bu maliyetin karşılanması için kullanılan finansman maliyetini de kapsayan müspet zararının tazminini istemesi halinde, sözleşme ortadan kalkmamakta, sadece alacaklının aynen ifaya ilişkin talep hakkının yerini, ifaya olan menfaatinin, yani müspet zararının tazminine dair talep hakkı alacaktır.

---

[436]Krş. Gauch, 3.Bası, Nr.468, naklen **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.140, dpn.151ü; **Aral Fahrettin**, s.360; **Dayınlarlı Kemal**, s.125.

[437]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan I, s.519; **Serozan Rona**, s.284, dpn.75; **Havutçu Ayşe**, s.78-80.

Esasen, sürekli bir borç ilişkisi olan YİD'in inşa aşamasında ortaya çıkan bir temerrüt hali nedeniyle yatırım sahibinin, yatırımcının temerrüde düştüğü tesisin inşası borcunda aynen ifayı reddedip, müspet zararını talep etmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz[438]. Zira, bu aşamaya gelindiğinde, geri dönülemez bir

[438]Oğuzman/Öz de, ifasına başlanmış olan sürekli borç ilişkilerinde geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönme mümkün olmadığı gibi, ifadan vazgeçerek tazminat talebine de yer olmadığını, ifade etmiştir. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.410-411; Ancak, aynı eserin bir başka bölümünde de (s.351), ''*karşılıklı edimleri içeren sürekli borç ilişkilerinde, gerek değişim teorisi gerekse fark teorisine ilişkin soyut ve somut metodlar, sadece borcun borçlunun kusuruyla imkansızlaştığı veya alacaklının ifadan vazgeçerek tazminat istediği andan sonraki edimler için söz konusu olur*'' ifadesinin kullanılmış olması tereddüte neden olabilecektir.; Havutçu ise, ''*Alacaklının tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hükümlerine dayanarak, synallagmatik sürekli edimin ifasından vazgeçmesi, sürekli edimin, sözleşmede öngörülen süre henüz dolmamış olsa da, daha fazla yerine getirilememesi sonucunu doğurur. Bu bakımdan sürekli edimin ifasından temerrüt nedeniyle vazgeçme, geniş anlamda sürekli borç ilişkisinin vaktinden önce sona ermesine yol açar. Alman hukukunda bazı yazarlar bu sonuca dayanarak sürekli sözleşmelerde Alman Medeni Kanununun 326. paragrafına göre ifanın reddedilmesiyle, müspet zararın tazminini talep etme hakkının yerini sözleşmenin vaktinden önce sona erdirilmesi nedeniyle tazminat talebinin alacağını kabul etmektedirler. Bununla birlikte, sürekli edimin ifasının reddedilerek temerüt hükümlerine göre müspet zararın tazmininin talep edilebilmesi, bu sözleşmenin yapısal özellikleri nedeniyle sınırlı da olsa bir fonksiyona sahip olabilir* '',

şekilde yatırımcının temin ettiği finansmandan kısmen veya tamamen yatırım sahibi

---

‘’Öncelikle s*ürekli edimin ifasında temerrüt nedeniyle ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminin talep edilebilmesi, ileriye dönük olarak söz konusu olabilir.....Bu sebepler, sürekli edimin ifasında temerrüt nedeniyle ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini talebinde bulunulmasında, tazminat talebi, sözleşmenin kalan süresi içinde yerine getirilmesi gereken edime ilişkindir. Ve o zamana kadar yerine getirilen edimlerin iadesi mümkün değildir*’’ şeklindeki ifadeleriyle, sürekli borç ilişkilerinde müspet zarar talebinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesinde olduğunu ortaya koyarken, sürekli borç ilişkilerinde aynen ifanın reddi ve müspet zarar talep edilmesinin ani edimli sözleşmelere nazaran özellik gösterdiğini de kabul etmektedir. Bkz. **Havutçu Ayşe**, s.145-146; Esasen, Havutçu’nun da haklı olarak belirttiği gibi (bkz. s.144), ani edimli sözleşmeler için öngörülen BK.m.106-108’in sürekli borç ilişkilerine uygulanması, sözleşmenin yapısal özelliği ve sürekli sözleşmeler için öngörülen özel hükümlerin verdiği imkân dahilinde mümkün olabilecektir. YİD’in bünyesindeki işletme riski unsuru ve bu riskin yatırımcıya ait olması gerçeği karşısında ise, gerek inşa borcunda temerrüd nedeniyle yatırım sahibi lehine ve gerek karşı edim borçlarının ihlalinde yatırımcı lehine bu hakkın tanınmasının, ilişkinin mahiyetine uymayacağını düşünmekteyiz. Nitekim bu düşünce paralelinde, kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinde kurulan sistemde de, aynen ifa ve gecikme zararının giderilmesi ile fesih ihtimalleri esas alınarak bir menfaat dengesi kurulmuştur. BK.m.106-108’in emredici olmaması nedeniyle, sözleşme ile böyle bir düzenleme yapılmasına hukuken bir engel olmadığı gibi (bkz. **Havutçu Ayşe**, s.97), bu nitelikte özel bir sözleşme hükmü olmasa dahi aynen ifadan vazgeçip müspet zarar istenmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

yararlanmış ve bu kapsamda inşaat tamamlanamamış olsa dahi, tesisin yapımına başlanmıştır. Dolayısıyla, artık ifa edilmiş edimlerin iadesi mümkün olmayacaktır. Hatta, BK.m.358/I'deki haklar kullanılmadan belirli bir aşamaya gelindiğine göre, tesisin büyük bir kısmı da tamamlanmış olacak ve dolayısıyla, aynen ifasından vazgeçilebilecek fazla bir borcun varlığından da söz edilemeyecektir. Kaldı ki, genellikle tesis yatırım sahibinin arazisi üzerinde inşa edildiği için, aynen ifadan vazgeçmek, BK.m.371/II uyarınca sadece, eksikliğin tamamlanması borcunun tazminata dönüşmesine yol açacak, bunun dışında tamamlanmamış tesisin yatırımcıya terki zaten mümkün olmayacaktır.

Ayrıca, temerrüt halinde aynen ifanın reddine bağlı olarak talep edilecek müspet zararın fark teorisi dahilinde ödenmesi de hukuki ilişkinin yapısı itibariyle mümkün görmemekteyiz[439]. Her şeyden önce, yatırımcının temerrüde düştüğü aşamada, yatırım sahibi, yatırım arazisini teslim etmiş olmakla hem arazi teslimi borcunu hem de işletme hakkı konusunu teslim borcunu zaten ifa etmiş olacaktır. Fark teorisinin uygulanması ise, ancak alacaklının edimini henüz ifa etmediği durumlarda mümkündür. Dolayısıyla, YİD yatırımcısının inşa borcunda temerrüde düşmesi halinde, yatırım sahibi, kendi borcunu daha önceden ifa etmiş olduğu için, fark

[439]Aksi görüşte olan Havutçu ise, sürekli sözleşmelerdeki edim yükümlülüklerinin nitelikleri itibariyle, özellikle karşı edimin de sürekli edimden oluştuğu hallerde, müspet zarar tazminatının mübadele teorisine göre talep edilemeyeceğini, ancak fark teorisinin uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Havutçu Ayşe**, s.146.

teorisi uyarınca müspet zarar talep edemeyecektir[440]. Ayrıca, yatırımcının temerrüdü halinde, iki edim arasındaki değer farkının hesaplanması suretiyle müspet zararın ödenmesi yeterli görülecek olur ise, hukuki ilişkinin yapısına hiç uygun olmayan bir çözüm yaratılmış olacak ve fesihten çok da farklı olmayan bir durum ortaya çıkacaktır. Nitekim, sürekli bir borç ilişkisi olan YİD'in işletme hakkı unsurunun varsayımsal değeri, fark teorisi uyarınca müspet zarar ile karşılıklı hesap edildiğinde, bu değerler arasındaki farkın esas alınması suretiyle, işletme dönemine geçilmeden, bir tasfiye yapılmış olacaktır[441]. Kaldı ki, fark teorisi uygulandığında işletme hakkının, varsayımsal değerini almakla yetinecek olan yatırımcı açısından, yüksek

[440]Türk-İsviçre hukukunda müspet zararın tazmini talebinin alacaklının seçimine göre fark veya mübadele teorisi çerçevesinde ileri sürülmesi görüşü gittikçe daha fazla taraftar toplamakta ise de, alacaklının seçim hakkı edimin ifa edilmemiş olması halinde mümkündür. Bkz. **Havutçu Ayşe**, 92; **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.348.

[441]Fark teorisi uygulandığında, varlığı sona eren asli edim yükümleri arasındaki synallagma ilişkisi ortadan kalkmakta ve tazminat talebi sözleşmesel ilişkinin icrasına değil, tasfiye edilmesi amacına hizmet etmektedir. Mübadele teorisinin uygulanması ise, sözleşmesel ilişki, alacaklının taahhüt etmiş olduğu asli edim yükümü ile borçlunun tali nitelikteki tazminat ediminden oluşan muhtevası ile varlığını sürdürmekte, böylece synallagma devam etmektedir. Bu nedenle mübadele teorisi, ilişkinin tasfiyesine değil, aksine sözleşmenin ifası amacına hizmet etmektedir. Bkz. **Havutçu Ayşe**, s.77.

işletme geliri beklentisi itibariyle bir dengesizlik doğacaktır, zira bu ihtimalde yatırımcının yüksek kâr şansı yok sayılmış olacaktır[442].

Öte yandan, müspet zararı tazmin eden yatırımcı açısından, fesih ihtimaline nazaran bir farklılık yaratılabilmesi için, mübadele teorisinin uygulanması düşünülebilecektir. Gerçekten, ancak bu şekilde, yatırımcının müspet zararı ödemesinin karşılığında, kendisine işletme hakkını kullanmak imkânı verilerek, ifa menfaati sağlanabilecektir. Bu halde ise, yatırım sahibi, kendi karşı edimini hazır tutmak durumunda kalacağı için, işletme hakkı vermek üzere, öncelikle tesisin inşaatını tamamlatmak zorunda kalacak ve bundan sonra, işletme döneminde yararlanılmak üzere yatırımcının kullanımına bırakacaktır. Görülüyor ki, bu durumda, YİD'in sürekli bir borç ilişkisi olması nedeniyle, aynen ifayı reddetmek ve müspet zarar istemek, aynen ifanın

---

[442] ''*fark teorisi, ancak karşılıklı akitlerde bir tarafın borcunun imkansızlaşması halinde, karşılıklı borçların sukut ettiği ve borçlunun bu yüzden doğan zararı tazmin edeceği fikrine dayandığı taktirde sağlam bir esasa sahip olabilir. Aksi halde, tazminatı fark teorisine göre hesaplanması kanuna uymaz; edimlerin değişimi zarureti (mübadele teorisi) uygulanmak gerekir*'', ''*fark teorisinin bu şekilde ifadan sonra dahi uygulanması görüşü kabul edilse bile; eğer tazminat talep edenin vaktiyle yerine getirdiği edim aynen iade edilemez nitelikte ise veya sonradan aynen iadesi imkânsızlaşmışsa, burada kaçınılmaz şekilde değişim teorisinin sonuçları uygulanacaktır. Bir iş görme edimini ifa ettikten sonra veya verdiği mal tüketildikten sonra karşı edim için tazminat talep edenin durumu böyledir*''. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.313,348; **Öz M.Turgut**, s.182, dpn.138; aksi görüş için bkz. **Tekinay Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atillâ**, s.869.

(yatırım sahibi tarafından) üçüncü kişi eliyle yaptırılması noktasına çıkmış olmaktadır. İşte bu nedenle, tesisin inşası borcunda temerrüt doğduğunda, yatırım sahibine aynen ifayı reddedip müspet zarar istemek yetkisinin tanınması uygun olmayacaktır[443].

[443]Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı m.131'de de, sürekli borç ilişkilerinde, seçimlik haklar arasında aynen ifayı reddedip müspet zarar talep etmek hakkına yer verilmemiştir. Hükmün gerekçesinde, BK.m.106-108'in ani edimli sözleşmelerdeki temerrüt halini düzenlediği göz önüne alınarak, sürekli edimli sözleşmeler için bu konuda ayrı bir düzenleme yapılmasının zorunlu görüldüğü ifade edilmiştir. Gerçekten, sürekli borç ilişkilerinin erken sona ermesi halinde aynen ifanın reddedilmesi ve ifa edilmemeden doğan zararın (fark teorisi uyarınca hesaplanarak) tazmininin talep edilmesi, varsayımsal zarar hesaplarını gündeme getirmektedir. Zira, süre unsurunun edim muhtevasına dahil olduğu bu ilişkilerde, süre içinde ortaya çıkacak olumlu ve olumsuz gelişmelerin bir arada değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak bir anlamda belirsizlik riskinin üstlenilmesi gerekmektedir. İşte, ifa edilmemeden doğan zararın hesaplanması, bu noktada açmaz yaratacak ve risk unsuru göz ardı edilerek mahrum kalınan kâr hesaplanırken, gerçek olmayan bir zarar hesabına ulaşılacaktır. Ayrıca, tazminat borçlusu tarafın da süre unsuruna bağlı ifa menfaati yok sayılmış olacaktır. Eğer tazminatın mübadele teorisine göre tazmini düşünülecek olur ise, bu durumda da, tazminat alacaklısı uzun bir süre için kendi edimini ifaya hazır bulundurmak zorunda kalacaktır ki, bunun da sürekli sözleşmenin menfaat dengesine uymayacağı açıktır.

iii. Sözleşmenin Feshi ve Menfi Zarar Talebi

Yatırım sahibinin aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshetmesi ve menfi zararını istemesinin mümkün olduğu kabul edilir ise[444], YİD ilişkisi ileriye etkili olarak sona erecek ve tarafların ifa ettikleri borçları aynen kalacak, sadece yeni borçlar doğmayacaktır[445]. Zira, sürekli edimlerin ifasına başlanması ile birlikte, dönme suretiyle sözleşmenin geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırılması imkânı da kalmamakta ve ancak ileriye etkili fesih mümkün olmaktadır[446].

Esasen, fesih halinde sorun yaratacak olan husus, yatırımcının öncelikli olarak ifa ettiği finansman borcunun karşılığını ne şekilde alacağıdır. Gerçekten, sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiği için, yatırımcının işletme hakkını kullanması ve işletme gelirinden finansmanı ve kârını alması mümkün olmayacaktır. Yatırımcının temerrüdde kusurlu olması halinde bu sonuç adil görülebilir ise de, kusursuz temerrüt halinde yatırımcı açısından çok ağır bir sonuç doğmuş olacaktır. Her ne kadar istisna sözleşmesindeki müteahhit benzer bir durumda kalmakta ise de, yatırımcının müteahhit ile eşit kabul edilmesi doğru görülmemektedir. Zira, yatırımcı sürekli bir borç ilişkisine girerken, kendisinin ifa edeceği borçların karşılığı olarak, belirli bir süre devam etmek üzere yatırım sahibinin de kendi borcunu ifa edeceğine güvenmekte ve bu güvene istinaden kendi borçlarını öncelikli olarak ifa etmektedir. Kaldı ki, istisna sözleşmesinde dahi, eserin yapılmış kısmının müteahhide iade

[444]Bkz. Dördüncü Bölüm, §6, III.C.

[445]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.118.

[446]**Serozan Rona**, s.175; **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.123

edilmesinin mümkün olmadığı ihtimalinde, iş sahibinin alıkoyduğu bu eser kısmı için müteahhide bir ödeme yapması gerekeceği kabul edilmekte ve yapılacak ödemenin miktarının da eserin yapıldığı andaki zenginleşme değerine göre değil, dönme anındaki objektif değerinin esas alınarak tespiti uygun görülmektedir[447]. Ayrıca, modern dönme teorisi açısından da, dönmenin istisna ilişkisinin tamamını mı tasfiye ilişkisi haline getireceği, yoksa eserin yapılmışlık ölçüsüne göre, sözleşmenin bir kısmının aynen devamının sağlanıp sağlanamayacağı sorusu ele alınmıştır[448]. Tabii ki, bu tartışmaların ortaya çıkmasının nedeni, eserin yapılan kısmının iş sahibi tarafından kullanılabilir olduğu ve feshin geriye etkili sayılmasının müteahhit için orantısız derecede ağır sonuçlar yaratması tehlikesinin bulunduğu hallerde adil bir çözüm yaratmak kaygısıdır. Esasen bu sorun da Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı ile çözülmüştür[449]. Böylece, müteahhit temerrüdün de kusurlu olsa dahi, iş

[447]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.142.

[448]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan II, s.29-49.

[449]Yargıtay öncelikle, istisna sözleşmesinde müteahhidin temerrüdü hususunda bir kanun boşluğu olmadığını, BK.m.106-108'in tam iki tarafa borç yükleyen bütün sözleşmelere uygulanabileceğini tespit ettikten sonra, BK.m.360'ın eserin ayıplı olması halinde uygulanacağını, m.358'in ise iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkin olduğunu, bu nedenle her iki hükmün de temerrüt halinde doğrudan uygulanamayacağını ortaya koymuştur. Sorunun esası, kısmi temerrüt halinde uygulanacak kanun hükmünün tespitindedir. Yargıtay tarafından, burada ''*kanun içi*'' boşluğun mevcut olduğu kabul edilerek, TMK.m.1 ve m.2/I'deki ''*doğruluk kuralı*''ndan yararlanılması gerektiğine işaret edilmiştir. Zira, ''*MK.m.2/I'deki doğruluk kuralı uyarınca, kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve*

uygulamasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı, herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar (doğruluk ve güven) açısından bakıldığında müteahhidin yapının tamamladığı kısmı (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmi ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmi ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır. İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ''ani edimli'' sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliliği yönünden, sürekli borç ilişkisine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. .... inşaat sözleşmeleri ''geçici-sürekli'' karmaşığı bir özellik taşımaktadır.....Borçlar Kanununun 106-108.maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. ..... Bazen inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki, böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108 maddeleri uyarınca belirlenir ise, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bu imkâna (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir

sahibi tarafından kabul edilen veya TMK.m.2 uyarınca kabul edilmesi gereken eser kısmı için, feshin ileri etkili olmasına istinaden, kendisine ücret ödenmesini talep

---

karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirlemek bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK.m.98/II, BK.m.43). Görülmektedir ki, 106-108.maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde ''hakkı şekle mahkum edecek derecede'' adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkâr olmaktan uzak kalabilmektedir.....Medeni Kanun m.2/II'deki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek, uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da 2/II'deki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanacaktır.....Sonuç; İstisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafında feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108.maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine, ancak olayın niteliği ve özeliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2.maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına ..... karar verilmiştir''. Bkz. YİBGK, 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K., RG. 27.2.1984 T., S.18325, s.17vd.; aynı yöndeki kararlar ışığında, istisna sözleşmelerinde, işin niteliğinin haklı gösterdiği durumlarda %70-80 oranında ifa yapılmış olması kaydıyla, feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir. Bkz. **Dayınlarlı Kemal**, s.127-130.

edebilecektir. Ayrıca, eserin iş sahibinin arazisi üzerinde inşa edildiği ve müteahhidin kusuru olmaksızın temerrüde düştüğü hallerde, BK.m.371/II'nin kıyasen uygulanması suretiyle de bir çözüm yaratılabilmektedir. Müteahhidin kişisel nitelikleri gözetilerek kurulan istisna sözleşmelerinde, onun ölümü veya kusuru olmaksızın aczi haline ilişkin olan bu maddede, sözleşmenin münfesih olacağı ve fakat yapılan miktarın kullanılması kabil ise, iş sahibinin onu kabule ve bedelini vermeğe mecbur olduğu hükme bağlanmıştır. İşte bu hükmün kusursuz temerrüt nedeniyle fesih durumunda da kıyasen uygulanması düşünülebilecektir[450].

İşte bu çözüm yolları ve YİD'in sürekli bir borç ilişkisi olduğu dikkate alındığında, sözleşmenin feshi halinde, tesisin yapılmış kısmının değerinin yatırımcıya ödenmesi gerekeceği açıkça görülmektedir. Zira, gerek finansman borcunun sona ermesi nedeniyle yatırım sahibinin mali kaynağı dolaylı da olsa kullanım hakkının sona ermesi ve dolayısıyla finansmanın iadesi zorunluluğu bağlamında, gerek inşaat borcunun ifa edilmiş kısmının değerinin ödenmesi anlamında, yatırım sahibi yatırımcıya bir bedel ödemek zorunda kalacaktır. Ödenecek bu bedel ise, YİD'in bir finansman modeli olması itibariyle, yatırımda kullanılan ve erken sona erme nedeniyle işletme gelirinden alınması mümkün olmayan sermayenin yatırımcıya iadesinden ibaret olmalıdır. Yatırımcının kârı ise, müteahhidin ücretinden farklı olarak, kendisine ödenemeyecektir. Gerçekten, yatırım sahibinin bir ücret ödeme borcu olmadığı gibi, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi ile birlikte yatırım

[450]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.143; Gauch, N. 682,685-686; Bühler, Art.366, N.48-49; BGE 116 II 452; OR-Zindel/Oulver, Art.366, N.23, naklen **Aral Fahrettin**, s.361, dpn.116-117.

sahibinin işletmeyi kullandırma borcu da sona erdiğine göre, artık işletme gelirinden bir kâr elde edilmesi de mümkün değildir. Sona erme, yatırım sahibinin kusurundan da doğmadığı için, yatırımcının makul kârını bir tazminat olarak talep etmesi de düşünülemeyecektir. Buna karşın, eğer yatırımcı kusurlu ise, yatırım sahibi menfi zarar isteyebileceği için, bu tazminat alacağı ile finansmanın iadesi borcunun takası söz konusu olabilecektir. Öte yandan, sözleşme sona erinceye kadar yatırımcının, yatırım arazisini bedelsiz kullanması veya düşük bedelle kullanmış olması nedeniyle, yatırım sahibine bir ödeme yapması gerekip gerekmediği de değerlendirilmesi gereken bir husustur. Her şeyden önce, YİD sözleşmesi ileriye etkili olarak sona ereceği için, geçmiş dönemde ifa edilmiş borçların tasfiyesi yoluna gidilemeyeceği unutulmamalıdır. Bu bağlamda, yatırım sahibinin geçmiş dönemde yatırımcıya sağladığı kullanım hakkının iadesi de gerekmemelidir. Zira bu kullanım hakkı, tesisin inşası borcunun ifası beklentisi ile verilmiştir. Ne var ki, temerrüt nedeniyle sözleşme feshedildiğinde, yatırım sahibin sağladığı kullanım hakkını karşılayacak bir inşa ediminin varlığından söz edilemeyeceği de açıktır. Dolayısıyla, bu halde yatırım sahibi açısından, ileriye dönük olarak, peşin ifa edilmiş bir kullanım hakkı sağlama borcunun olduğu kabul edilebilecektir. İşte bu düşünce dahilinde, temerrüt süresine karşılık gelen süre için yatırım arazisinin kullanım hakkının bedelinin yatırım sahibine ödenmesi gerekecektir. Böylece, yatırımcının yatırımda kullanıp da erken sona erme nedeniyle işletme gelirinden tahsil edemediği sermayesi kendisine ödenmeden önce, temerrüt süresi için arazi kullanım bedelinin hesaplanması ve bu karşılıklı alacakların takası yoluna gidilmesi uygun olacaktır[451].

[451]Yargıtay ise, 11.4.2000 T., E.2000/984, K.2000/3223 sayılı kararında (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), aksi yönde bir değerlendirme yapmış ve mücbir

sebep nedeniyle kendisine ek süre verilen yatırımcının bu sürede de tesisi tamamlayamaması nedeniyle sözleşmenin erken sona ermesi halinde yatırımcıya bir ödeme yapılmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Somut olayda, öncelikle sözleşmeye aykırılık davası görülmüş ve yatırımcının tahliyesine karar verilmiş, daha sonra yatırımcı sözleşme süresi dolmadan tesisi tahliye etmiş olması nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebiyle dava açılmıştır. Bu davada Yargıtay, yatırımcının kiraladığı taşınmaz üzerinde belirlenen sürede tesisi yapıp işletmeye açması ve tesisi işletme suretiyle gelir elde etmesi, bu gelirle maliyetini karşıladıktan sonra da kâr elde etmesi ve sürenin bitiminde tesisi bedelsiz olarak karşı tarafa bırakması unsurlarını içeren bir YİD sözleşmesinin varlığını tespit etmesine rağmen, tarafların sözleşmede amaçladıkları sonuç gerçekleşmeden bir malvarlığı artışı sağlanamayacağı gerekçesiyle, tesis tamamlanmadan sözleşmenin sona ermesi halinde yatırımcıya bir bedel ödenmeyeceği sonucuna varmıştır. Yatırımı süresinde tamamlayamayan yatırımcının kusurlu olduğunu kabul eden Yargıtay, kira hükümlerini uygulamak suretiyle, kiracının kusuruyla sözleşmenin feshi halinde kiracıya tazminat ödenemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca, kararda kira sözleşmelerinde, erken fesih kiralayanı sebepsiz zenginleştiriyor ise, TMK.m.2 uyarınca kiracıya tazminat ödeneceğine de işaret edilmekle birlikte, somut olayda erken feshin böyle bir sebepsiz zenginleşmeye yol açmadığı kabul edilmiştir. Zira, tesis tamamlanmadığı ve kısa sürede, az bir masrafla tamamlanması da mümkün görülmediği için, süre sonunda bir tesis devralmak düşüncesiyle taşınmazını düşük bedelle kiralamış olan tarafın tahliye tarihine kadar da taşınmazdan yararlanamadığı dikkate alınarak, bir sebepsiz zenginleşmenin doğmadığı sonucuna ulaşılmıştır.Yargıtay'ın bu kararına katılmak mümkün görülmemektedir. Her şeyden önce, YİD bir sui generis sözleşme

Esasen, bu karmaşık hukuki sorunların ortaya çıkmasını önlemek için en uygun yol, aynen ifa sağlanabildiği sürece fesih yoluna gidilmemesi, eğer tesisin tamamlattırılması imkânsızlık arz ediyor ise, konunun kendi mecrasında (BK.m.117 veya BK.m.96 dahilinde) çözümlenmesi olacaktır.

Kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinde ise, yatırımcı, mücbir sebep ve (sorumluluğu idareye yüklenen) risk olayları haricinde, tesisi yatırım süresinde tamamlamayı taahhüt etmekte olup, yatırım dönemindeki gecikme hali özel olarak düzenlenmekte ve yatırımcıya tanınacak ek süreler tanınması suretiyle işin tamamlanmasına imkân yaratılmaktadır. Bu ek sürelerde gecikme cezası ödenmesi zorunluluğu da öngörülebilmektedir[452]. Bu süre uzatımlarından da bir sonuç

---

olduğu için, kira hükümlerinin bu şekilde ilişkiye uygulanması hukuken mümkün olmamalıdır. Ayrıca, sözleşmedeki eser inşası unsurunun göz ardı edildiği bu kararda, yukarıda bahsedilen 1984 tarihli YİBK da dikkate alınmamıştır. Daha da önemlisi, yatırım sahibinin arazisi üzerinde kalan yarım tesiste kullanılan finansmanın iadesi gerekliliği de dikkate alınmamıştır. Yatırımcının geçen sözleşme döneminde taşınmazı düşük bir kira bedeliyle kullanmış olması da dikkate alınması gerekmekte ise de, bu iki kullanım hakkının karşılıklı ele alınması ve taşınmazın düşük bedelli kullanımı ile yatırımda kullanılan finansmanın karşılıklı takası yoluna gidilmesi, takası aşan tutar için de ödeme yapılması daha doğru olacaktır.

[452]**Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline Ait Uygulama Anlaşması (m.19.a); **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.28.1.1.1.a).

alınamaz veya şirket hiç süre uzatımı talep etmez ise, sözleşmenin feshi için mehil tayinini içeren bir ihtarname gönderilmektedir. Bazı sözleşmelerde bu ihtar sadece görevli şirkete muhatap olmakta, ancak bazı sözleşmelerde kredi kurumlarına da fesih ihbarının gönderilmesi öngörülmektedir[453]. Böylece görevli şirkete kredi kullandırmış olan kredi kurumları, düzeltici faaliyet programı[454] sunarak feshin ertelenmesini sağlayabilmektedirler. Eğer bu program idare tarafından kabul edilir ise, gecikme cezalarının şirket tarafından ödenmemiş olması kaydıyla, fesih

[453] **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.28.1.1.2).

[454]Kredi kuruluşu tarafından verilecek düzeltici faaliyet raporunun, ticari işletmenin inşasının veya işletilmesinin sağlanması için gerekli tedbirlerin neler olduğunu ve bu tedbirlerin uygulanması için ihtiyaç duyulan süreyi detaylı şekilde bildirmesi, ayrıca bu program dahilinde üçüncü kişilerden alınacak hizmetler, teçhizat veya diğer tedarik malzemeleri ile uluslararası finansman pazarında kredi veya öz kaynak finansmanı sağlanması gibi kredi kuruluşlarının kontrolü dışındaki konular için de alternatif faaliyetleri düzenlemiş olması ve bu programın yürütülmesi için önerilen kişileri ismen teklif edilmesi gerekmektedir. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.28.1.1.(2)); Düzeltici faaliyet programını şirketin sunması da mümkündür. Bkz. **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.26.a).

ertelenmiş olmakta ve işin bu yeni program dahilinde yürütülmesi beklenmektedir. Verilen programa göre de işin yürütülmesi mümkün olmuyor ise, bu halde idare kredi kuruluşuna ihtarda bulunarak bir mehil tayin etmekte ve mehil sonunda da sözleşmeyi feshedebilmektedir. Fesih neticesinde, yatırımlar idareye intikal ederken, şirketin verdiği teminat irada kaydedilmekte, buna karşılık tesisin yapılmış kısmı idarede kaldığı için, yatırımda kullanılan kredilerin ödenmemiş kısmı idare tarafından üstlenilmekte ve fakat şirketin öz sermayesi iade edilmemektedir[455]

[455]Her ne kadar, **Karadeniz Ereğlisi** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.27.1.1.4), **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline Ait Uygulama Anlaşması (m.19) ve **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde, düzeltici faaliyet programı sonrasındaki fesih halinde borç üstlenme hususu düzenlenmiş değil ise de, idarenin kendisine intikal eden tesisler nedeniyle bir bedel ödemesi gerektiği düşünülmektedir. Nitekim, **Kırklareli Kombine** Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.26.a.) da kredilerin üstlenileceği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, düzeltici faaliyet programı sunma imkânı öngörülmemiş olan **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesinde (m.27.A.I) de yatırımda kullanılan ve geri ödenmemiş bulunan kredinin üstlenileceği belirtilmiş, ancak özsermayenin iade edilmeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. **Hidroelektrik**

İ. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

1. Borcun Muhtevası

İstisna sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak şekilde eseri bozukluk olmadan yapmak ve teslim etmek borcu altında olup, eser sahibinin ifa menfaatinin karşılanması, eserin normal olarak taşıması gereken niteliklere sahip olmasına bağlıdır. YİD sözleşmesinde de, yatırım sahibinin ilk amacı, yatırımı için finansman bulmak ise de, nihai amacı proje konusu tesise, bir işletme niteliğiyle kavuşmak olduğu için, ifa menfaati de, tesisin proje ve şartnamelere uygun şekilde inşa edilerek eksiksiz yapılması ve işletme döneminde gerekli bakım, onarımların gerçekleştirilmesi suretiyle, sözleşme süresi sonunda kendisine devredilmesini kapsamaktadır. Nitekim, 3096 sayılı Kanun m.8 ve 16.8.195 tarih, 9799 sayılı Yönetmelik m.10, 3465 sayılı Kanun m.6, 1.3.1993 tarih, 21552 sayılı Yönetmelik m.78 ve 3996 sayılı Kanun 9, 94/5907 sayılı BKK m.27'de, sözleşmenin sonunda

---

Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Kurumuna Toptan Satışına İzin Verilmesine Dair Sözleşmesinde (m.19) ise, şirket kusuru nedeniyle fesihte özsermaye ödemesinden bahsedilmemekle birlikte, şirketin yaptığı işler bir komisyon tarafından tespit edilmekte, kullanılabileceği sonucuna ulaşılan işlerin bedeli fatura tutarından %25 tenzilat yapılarak, bir ödeme planı dahilinde şirkete ödenmektedir. Buna karşın, **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesinde (m.36.A), şirket kusuru nedeniyle fesih halinde tesisin bedelsiz olarak idareye intikal edeceği ve şirketin idareden bir talepte bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

yatırım ve hizmetlerin her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda (bedelsiz olarak, kendiliğinden) idareye geçeceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, istisna sözleşmesindeki müteahhit için öngörülen ayıp nedeniyle sorumluluğun, YİD'teki yatırımcı için de geçerli olması ve tesisteki ayıplar nedeniyle yatırım sahibinin ifa menfaatinin sağlanamadığı hallerde BK.m.360'ın kıyasen uygulanması yoluna gidilmesi gerekmektedir.

BK.m.360 uyarınca müteahhit, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmış olmasına bağlı olmaksızın, eserin sahip olması gereken nitelikleri taşımamasından sorumludur. Eserin ayıplı sayılmasındaki ölçünün ne olacağı veya eserin taşıması gereken niteliklerin ne olduğunu BK.m.360'ta tam olarak açıklanmış olmadığı için, BK.m.194'ten yararlanılarak, eserin öngörülen kullanıma elverişliliğini ve değerini sağlayan niteliklerin ''*eserde bulunması gereken nitelikler*'' olarak kabulü yerinde olacaktır. Eserin kullanıma elverişliliği ise, kullanım amacına göre belirlenebilecek, sözleşmede özel bir kullanım amacı gösterilmemiş olan hallerde, eserin olağan kullanım tarzı esas alınacaktır. Eserin bu kullanım amacına elverişliliğinin tespiti de, objektif ölçülere göre, iş hayatının değer yargıları ve dürüstlük kuralı ölçü alınarak yapılabilecektir. Dolayısıyla, sözleşme ile eserin nitelikleri belirlenmemiş olan hallerde, aynı amaca yönelik aynı cins bir eserde dürüstlük kuralları ve iş çevrelerinin değerlerine göre bulunması gerekli görülen niteliklerden yoksun bir eserin bozukluk taşıdığı kabul edilecektir[456]. Öte yandan, eğer sözleşmede eserin

[456]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.140-141; İstisna sözleşmesinde, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayıbın satımdaki gibi tam önemli ayıp olması

nitelikleri gösterilmiş ise, bu niteliklerden her hangi birinde eksiklik olması durumunda, eser kullanılabiliyor olsa dahi, ‘’*ayıp*’’ ortaya çıkmış olacaktır[457].

YİD sözleşmelerinde ise, ayıbın tespiti daha kolay olabilecektir. Zira, proje konusu tesis sözleşmede gösterilmekte ve bu tesisin hangi amaçla işletileceği belirlenmekte olduğu için, eserin kullanım amacının tespiti güçlük arz etmeyecek, ayrıca teknik şartname, plan ve proje gibi sözleşme eki belgeler sayesinde tesiste bulunması gereken nitelikler kolaylıkla saptanabilecektir[458]. Tesisin muayenesi suretiyle bir ayıbın var olup olmadığının araştırılmasında da bu unsurlardan yararlanılacaktır. Ayrıca, YİD'te yatırım sahibi, kendisine bakımlı, çalışır halde bir işletmenin her türlü borç ve yükümlülükten ari olarak devrini beklediği için, tesisin bir işletme olarak sahip olması gereken unsurlardaki bir eksiklik veya tesis üzerindeki bir borç yükü ayıp sayılabilecektir. Bu bağlamda, yatırım sahibine ait taşınmaz üzerinde alt müteahhitlerin kanuni ipotek hakkı tescil ettirmiş olmaları da, ‘’*tesisin borç ve taahhütlerden ari şekilde teslimi borcuna*’’ aykırılık yaratacağı için ayıp sorumluluğunu doğurabilecektir[459].

---

gerekmez. Önemsiz ayıplar nedeniyle bile iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilir. Buradaki sınır hakkın suistimali olacaktır. Bkz. **Yavuz Cevdet**, s.478.

[457]**Burcuoğlu Haluk**, s.285; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.162.

[458]Sözleşmede gösterilen özellikler karine olarak ‘’*önemli*’’ sayılacağı için, eserde bu özelliklerin eksikliği halinde, eksikliğin önemli olmadığını müteahhidin ispat etmesi gerekecektir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.109; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.163.

[459]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.166.

2. Borcun Hükümleri

Esasen, tesisin ayıplı olması durumuna ilişkin olarak yatırım sahibi, BK.m.360'dan yararlanabileceği gibi, henüz yapım aşaması tamamlanmadan önce de, yatırımcının kusuru ile ortaya çıkan nedenlere bağlı olarak ayıplı bir tesis inşa edileceğinin anlaşılabildiği hallerde, sonucu bekleyerek zaman kaybetmeyip, zararını artırmadan BK.m.358/II uyarınca haklarını korumak imkânına sahip bulunmaktadır. Böyle bir durumda yatırım sahibi, işin düzeltilmesini veya tamamlanmasını BK.m.97 uyarınca başkasına devredeceği ihtarı ile birlikte yatırımcıya bir süre tayin etmek durumundadır. Bu ihtara rağmen yatırımcı, gerekli düzeltmeyi yapmaz ise, tehlike ve giderleri kendisine ait olmak üzere ve aynı zamanda işin üçüncü kişiye devrine bağlı umulmadık olaylardan doğacak tehlikeyi de taşımak suretiyle, işin bir başkasına yaptırılmasına katlanmak zorunda kalacaktır. Öte yandan, yatırım sahibi, işin üçüncü kişiye devrini BK.m.97 uyarınca hakim kararına istinaden değil de, kendi seçimine göre üçüncü bir kişiye devredecek olur ise, bu kişiyi seçmede ve ona talimat vermede özenli hareket etmemesinin zararına ise kendisi katlanacaktır[460].

Tesisin tamamlanması ve kabulü aşamasına gelinmesinden sonra ise, tesisteki eksiklik, bozukluk vs. şeklinde ortaya çıkabilecek ayıplardan sorumluluk hususunda BK.m.359 vd. uygulanacaktır. Bu hükümlerde, muayene ve ihbar külfetinin[461]

[460]Krş. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.366 (BK.m.358), N.6.

[461]İş sahibinin eseri incelememiş olmasına rağmen eserdeki bozuklukları müteahhide bildirmiş olması, BK.m.360'daki hakların kullanılabilmesi için yeterlidir. Zira bozukluk başka bir yolla da öğrenilmiş olsa, ihbarının yapılmasıyla amaç

zamanında yerine getirilmiş olması kaydıyla, düzeltme istemek, kabulden kaçınmak ve ücretin indirilmesini talep etmek hakları düzenlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca, bu haklarla birlikte, BK.m.360 çerçevesinde, kusurun varlığı kaydıyla, eserdeki noksan veya bozukluktan doğan zararın karşılanmayan kısmının tazmininin istenmesi de mümkündür[462].

---

gerçekleşmiştir. Salt muayene külfetinin yerine getirilmemiş olması esere muvafakat edilmesi sonucunu yaratmayacaktır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.145.

[462]Bu halde, BK.m.360'ın yanında ayrıca BK.m.96 vd.'nın uygulanması ise mümkün olmamalıdır. Zira, tarafların menfaat dengesi dikkate alınarak getirilen özel hüküm yanında ayrıca genel hükümde uygulanmasına izin vermek, dengeyi müteahhit aleyhine bozacaktır. Bununla birlikte, borca aykırılık aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ediyor ise, iş sahibi BK.m.41 vd. hükümlerine dayanarak tazminat talep edebilecektir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.130-133; Tandoğan da aynı görüşte olmakla birlikte, ayıbın kasden gizlendiği hallerde BK.m.96 vd.nın uygulanabileceği ifade etmektedir. Ayrıca, ayıp nedeniyle doğan zararın BK.m.360 kapsamında talep edilebilmesi için bu zararın, iş sahibinin ayıbın daha sonraki bir sonucu olarak ortaya çıkan fakat, ayıbın eserde yarattığı değer düşüklüğü dışında kalan her türlü zarar olarak tanımladığı ''*ayıp sonucu zarar*'' kapsamında olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu noktada, müteahhidin BK.m.96 uyarınca, kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulacağını, ancak bazı hallerde (BK.m.100) kusuru olmasa da sorumlu olacağını belirtmektedir. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.177 ve s.204-207.

İstisna sözleşmesinde bütün bu hakların kullanılabilmesi için, her şeyden önce eserin tamamlanarak teslim edilmiş[463] ve ayıplı olması gerekmektedir[464]. Eğer teslim edilen eserde bozukluk veya sözleşme şartlarına uygusuzluk var ise, eserin ayıplı olduğu kabul edilmekte[465], bu durumda, muayene ve ihbar külfetinin zamanında yerine

---

[463]''*.... eserin teslim koşulu, her şeyden önce onun tamamlanmış olması koşulu ile gerçekleştirilebilir. ''Tamamlanmış olmak'' olgusu ise, eserin objektif ölçüler içinde, amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani işverenin eser üzerinde fiili hakimiyetinin sağlandığının belirlenmesi gelir ki, bu da hukuki teslim anlamına gelir. Yüklenici, bu iki unsuru yerine getirmek suretiyle eserin teslimini gerçekleştirmediği sürece, işverenin ayıbın tekeffülünden doğan haklarını kullanmasından söz edilemez. Daha açık bir ifade ile, işverenin eseri muayene ve ayıpları ihbar yükümlülüğü, ancak eserin fiilen ve hukuki anlamda tesliminden sonra başlayacaktır....*''. Y.15.HD., 13.11.1984 T., 1984/1074 E., 1984/3475 K. sayılı karar için bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.260-261.

[464]İstisna sözleşmesinde, satımdakinden farklı olarak, önemsiz ayıplar dahi ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Meğer ki, bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı niteliği taşısın. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.167.

[465]Esasen ''*bozukluk*'', ''*sözleşme şartlarına uygunsuzluğu*'' da kapsayan daha genel bir kavramdır. Bununla birlikte BK.m.360 iki kavramı ayrı ayrı ifade etmiştir. BK.m.361, 362 ve 363'te ise eserin ''*kusur(u)*'' kavramı kullanılmıştır. Bu farklı kavramların kullanılmasına rağmen, her durumda aynı hükümler uygulanmaktadır.

getirilmesi kaydıyla, BK.m.360'dahi haklar kullanılabilmektedir. BK.m.359 uyarınca muayene ve ihbarın ise, ''*teslimden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz*'' yapılması gerekmektedir[466].

Ne var ki, YİD sözleşmelerinde, inşaatın tamamlanmasını takiben teslim yapılmadığı için, ''*teslimden hemen sonra*'' muayene ve ihbar yapılması da yatırım sahibinden beklenemeyecektir. Bununla birlikte, işletme süresine başlamadan önce inşa edilen tesisin sözleşmeye uygunluğunun tespiti, her iki tarafın menfaatleri açısından da gereklidir. Zira, işletme döneminde kullanıma bağlı ve doğal yıpranmanın yaratacağı bozukluklar oluşacak, devir tarihi geldiğinde ise mevcut bozuklukların temelindeki nedenin tespiti imkânsız olabilecektir. İşte bu nedenle ve ayrıca işletme dönemine başlamak için inşaatın tamamlanmış olması gerekliliğinden hareketle, inşaatın bitimini takiben taraflar bir araya gelerek, inşaatın tamamlandığını ve sözleşmeye, teknik şartnameye, plan proje ve diğer detaylara uygun yapıldığını tespit etmek durumundadırlar[467]. Nitekim kamu yatırımlarında izlenen yol da, işletme dönemine

---

Bu nedenle kanun koyucunun yapmış olduğu bu ayrımların hukuki sonuç yaratmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.135.

[466]Ayıbın zamanında ihbar edilmemesi halinde BK.m.360'daki haklar düşmekte ise de, zamanaşımı süresi içinde yapılacak gecikmiş bir ihbarın, BK.m.207/II anlamında bir etkisi olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.207.

[467]İnşaatta kullanılacak işçilik ve malzeme hususunda sözleşme ve eklerinde özel bir hüküm bulunmuyor ise, orta kalitede malzeme ve işçilik kullanımının yeterli görülmesi gerektiği kabul edilebilecektir. Ancak sözleşmenin amacına göre, dürüstlük kuralı gereği inşaat sahibinin bekleyebileceği niteliğin göz önüne alınması

geçilmeden önce, en azından geçici kabulün yapılması ve bir süre sonra da kesin kabul işlemlerinin tamamlanmasıdır. Bu suretle, işletme dönemi başlamadan önce, tesisin vasıflarına ilişkin ihtilaflar daha karmaşık hale gelmeden ve ispat imkânsızlığı yaratılmadan çözümlenebilmektedir.

Dolayısıyla, yatırım sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gereken sınırlı süre de, tesisin inşasının tamamlandığının kendisine bildirilmesini takiben başlayacak[468] ve işin niteliği de dikkate alınmak suretiyle mümkün olan en kısa zamanda kabul işlemelerine başlanarak muayenenin sağlanması ve kabul

---

gerektiği de unutulmamalıdır. Örneğin lüks villa inşaatında kullanılacak malzeme ile işçilik, sosyal konut inşaatındaki ile aynı olmayacaktır. Zira, inşaat sahibi neye göre ücret ödüyor ise, o kaliteyi istemekte haklı görülmelidir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.137; Bu nedenle, özellikle teknoloji transferini de içeren ve yaygın kamu hizmeti üretilmesine yönelik olan büyük kamu yatırımlarında, orta kalite malzeme ve işçilik yeterli görülmeyebilecektir. Ayrıca, kullanılan malzemenin önem taşıdığı hallerde idare görevli şirketin malzemeye ilişkin olarak garantili malzeme kullanılmasını da talep etmektedir. Bkz. **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.18) (*görevli şirketin tesiste kullanacağı her türlü teçhizat, sistem ve ekipman imalatçı firma garanti belgeli ve yeni olacaktır. Bu garanti asgari bir yıllık süreyi kapsayacaktır*); **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.16); **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.14).

[468]Krş. **Öz M.Turgut**, s.113.

işlemlerinde tespit edilen eksikliklerin de, yine en kısa zamanda yatırımcıya ihbarı gerekecektir. Esasen, BK.m.359'un tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğu ve muayene tarzı ile ayıp ihbar süresinin zımnen dahi değiştirilebileceği dikkate alındığında[469], YİD sözleşmesinin niteliği itibariyle muayene ve ihbar süresinde ortaya çıkan bu farklılık da, hükmün sınırları dışına çıkılması anlamına gelmeyecektir.

Bu noktada, YİD projelerinin genellikle büyük yatırımlara ilişkin olduğu dikkate alınarak, muayene külfetinin yerine getirilmesinde uzman kişilerin kullanılması gereği dikkate alınmalıdır. Zira muayenenin özenle yapılması gerekmekte ve teknik bilgilere ihtiyaç gösteren inşaat işlerinin muayenesinde inşaat kesiminde orta vasıflı bir uzmanın göstereceği özen ölçü olarak alınacağı için de, bu vasıfta bir uzmanın anlayabileceği bozuklukları anlamayan yatırım sahibinin, uzman bir kişinin görebileceği açık ayıpları zamanında tespit ve ihbar etmemiş olmanın sonuçlarına kendisinin katlanması kaçınılmaz olmaktadır[470]. Nitekim, istisna sözleşmesinde de, sözleşme veya teamül gereği muayene bir uzman bilirkişiye yaptırılabilmekte özellikle, eserin özel niteliğine göre ya da eserin ekonomik önemine nazaran bir uzman getirilmesinin usulden olduğu hallerde iş sahibinin muayeneyi bir uzman

[469]**Karahasan Mustafa Reşit**, s.262; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.174.

[470]Krş. Gautschi, Art.367, N.16a., naklen, **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.146, dpn.60; Aksi görüş, muayenenin özenle yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte, özen derecesinin tespitinde uzman bir kişinin özen derecesinin değil, iş sahibinin kendisinden beklenebilecek özenin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.147; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.170; **Burcuoğlu Haluk**, s.313 .

vasıtasıyla yapması gerekmektedir[471]. Kamu yatırımlarında da, uzman kişilerden oluşan bir kabul heyeti tarafından muayene yapılacağı sözleşmede kararlaştırılmakta ve dolayısıyla bir uzmanın görebileceği ayıplar, gizli ayıp olarak kabul edilmemektedir. Sözleşmede bu nitelikte bir hüküm olmayan hallerde de, işin niteliği gereği ancak bir uzmanın yapacağı inceleme ile ayıpların tespiti mümkün ise, yatırım sahibinin BK.m.359/II uyarınca, masrafı kendisine ait olmak üzere bilirkişi incelemesi yaptırması kendisinden beklenebilmelidir. Aksi halde, bu imkânı kullanmayan yatırım sahibinin daha sonra, gerçekte açık ayıp olan eksiklikleri gizli ayıp olarak ileri sürmesi, en azından TMK.m.2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Gerçekten, yatırım için gerekli finansmanı da temin eden ve finansman riskine katlanan yatırımcının karşısında yatırım sahibinin de, özen ve sadakat borcu altında olduğu dikkate alındığında, uygun şekilde muayene yapmamış olması nedeniyle tespit edemediği açık ayıplardan yatırımcıyı (gizli ayıp iddiasıyla) sorumlu tutmasına izin vermek, menfaat dengesini bozan bir koruma yaratmak olacaktır. Ayrıca böyle bir durumda, yatırımcının kendi uzmanlığına istinaden, açık ayıpları göstermesi gerektiği de söylenemeyecektir. Zira, BK.m.362/I'de kabulden sonra müteahhidin ayıp sorumluluğunun sona ereceği ve sadece ''*müteahhidin kasden sakladığı*'' ayıplar nedeniyle sorumluluğun devam edeceği öngörülmüştür. İnşaatın tamamlanmasından sonra her türlü muayenenin yapılması için imkân sunan bir yatırımcının ise, eğer bildiği ve gizleme kasdı ile hareket ederek, yatırım sahibine bildirmediği bir husus bulunmuyor ise, sadece ayıp hususunda özel bir açıklama

[471]**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.367 (BK.m.357), N.6.

yapılmamış olmasına istinaden, ayıpları ‘’*kasden*’’ sakladığı kabul edilememelidir[472]. Öte yandan, yatırımcı da kendisinin inşa ettiği tesisteki eksiklikleri bilebilecek durumda olduğu için, kasden gizlemediği ayıpların varlığı halinde dahi, BK.m.272’ye dayanarak yatırım sahibine karşı sözleşmeye aykırılıktan doğan hakları kullanamamalıdır.

İşin niteliğine göre yatırım sahibinin bizzat veya uzman bilirkişi vasıtasıyla yapacağı muayenede tespit edilecek bozuklukların ihbarında ise, genel ifadelerin kullanılmasından kaçınılması gerekmekte olup, ayıp sebebi belirtilmese dahi, karşı

[472]Bir çok yazar tarafından müteahhidin bildiği ve fakat iş sahibine bildirmediği ayıplar nedeniyle BK.m.362/I uyarınca sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Bkz.**Olgaç Senai**, s.50; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.219; **Tunçomağ Kenan**, s.528; **Yavuz Cevdet**, s.481; **Uygur Turgut**, C.7, s.7969; Bu görüşe bağlı olarak da, iş sahibinin kendisinden beklenebilecek özenli bir muayeneyi yapmasının yeterli olacağı, dolayısıyla uzman bir kişinin görebileceği ancak iş sahibinin görmediği ayıpların da gizli ayıp sayılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.146-147; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.170; Ayrıca, müteahhidin kasden gizlediği ve iş sahibinin de özenli bir muayene yapmadığı için tespit edemediği ayıplar nedeniyle de seçimlik hakların kullanılabileceği, zira bu halde müteahhidin dürüstlük kuralından doğan bir yan borcuna (iş sahibine ayıbı bildirmek) aykırı davranmış olacağı da ifade edilmektedir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.116.

tarafın anlayacağı açıklıkta ve ayrıntıda, hangi unsurun ayıplı olduğu belirtilmelidir[473].

Öte yandan, YİD sözleşmelerinde gizli ayıpların ihbarı zamanı da, özellik göstermektedir. İstisna sözleşmesinde, eserin teslimi anında açıkça belli olan veya eserin muayenesi ile tespit edilen ayıplar dışında kalan gizli ayıpların ihbarı, ayıbın ortaya çıkmasını takiben, BK.m.362/III uyarınca ''*ayıba vakıf olur olmaz*'' yapılmalıdır[474]. Aksi halde iş kabul edilmiş sayılacaktır. YİD'te ise, inşaatın tamamlanmasının ve kabul işlemlerinin yapılmasının ardından, tesisi yatırım sahibinin fiili hakimiyetine geçmemekte, doğrudan işletme dönemine başlandığı için yatırımcının zilyetliğinde kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle, işletme döneminde ortaya çıkan gizli ayıpların yatırım sahibi tarafından tespiti ve derhal bildirilmesi imkânı mevcut değildir. Dolayısıyla, işletme döneminde ortaya çıkan

[473]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.172; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.151-152; **Tunçomağ Kenan**, s.98 ve 525; Ayrıca, ayıp ihbarı kanunda bir şekle bağlanmış olmamakla birlikte, Y.11.HD. 4.6.1998 T., 1998/2126 E., 1998/4183 K. sayılı kararı, Y.19.HD., 20.3.2003 T., 2002/287 E., 2003/2427 K. sayılı kararı ve Y.19.HD., 13.5.2002 T., 2002/2445 E., 2002/3993 K. sayılı kararlarında, tacirler arasında yapılacak ayıp ihbarlarının TTK.m.20/III'e uygun şekilde yapılmasını gerekli görmektedir. Aynı yönde YHGK. 5.7.1969 T., 1969/968 E., 1969/324 K. sayılı kararı için bkz. Ankara Barosu Dergisi, 1969, s.1117-1118.

[474]Gizli ayıpların ihbarında, bozukluğun bütün önemi, kapsam ve etkileriyle öğrenilmiş olması gerekmektedir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.155; aksi görüş için bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.174.

gizli ayıplar yatırımcı tarafından bizzat tespit edilip giderilmelidir. Aksi halde, işletme dönemi sonunda tesisi yatırım sahibine teslim edildiğinde giderilmemiş bu ayıplardan yeni haberdar olan yatırım sahibinin ihbarını müteakip ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Kaldı ki, bu halde, BK.m.362/I uyarınca, ayıbın kasden saklandığı kabul edilerek, ayıp ihbarı zamanında yapılmamış olsa dahi yatırımcının ayıp sorumluluğu hükümleri uygulanabilecektir[475].

3. Yatırım Sahibinin Hakları

İstisna sözleşmesinde, iş sahibinin, ayıp ihbarını zamanında yapmış olması şartına bağlı olarak, tek taraflı irade beyanı ile kullanabileceği, yenilik doğuran hakları ise BK.m.360'da belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca, ayıplı eser teslim edilen hallerde iş sahibinin eseri kabulden kaçınma, onarım veya bedel indirimi talep etmek hakları

---

[475] ''*eserdeki ayıp, ister özenli bir muayene ile anlaşılır nitelikte isterse gizli olsun, eğer müteahhidin zaten durumdan haberi varsa artık ayıp bildiriminde bulunmanın anlamı kalmaz.Genellikle müteahhidin gerçek durumu iş sahibinden kasden saklaması şeklinde karşılaşılacak bu hallerde, iş sahibi herhangi bir bildirimde bulunmak zorunda kalmaksızın ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir (BK.m.362/I, ikinci cümle). Böylece bu tür ayıplar iş sahibi tarafından ne zaman farkına varılırsa varılsın, bu andan itibaren zamanaşımı süresi doluncaya kadar, muayene ve bildirim yükümüne bağlı kalmaksızın BK.m.360'daki haklar kullanılabilecektir. Fakat iş sahibi böyle bir durumda müteahhidin ayıbın farkında olduğunu ve kendisinden gizlediğini ispat etmek durumundadır''*. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.118-119; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.202-203.

mevcuttur. Ayrıca, müteahhidin ‘’*taksiri bulunursa*’’ iş sahibi zarar ve ziyan da talep edebilecektir.

Tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilen seçimlik hakların doğabilmesi için, tamamlanarak teslim edilmiş ve ayıplı bir eserin varlığı ile aynı zamanda, ayıbın iş sahibine izafe edilemeyen bir nedenden doğmuş olması gerekmektedir. Zira, BK.m.357/III ve m.361’deki hallerde, doğan ayıptan müteahhit sorumlu tutulamamakta, iş sahibine isnad edilen bu hallerde, her ne kadar ayıp sorumluluğu için müteahhidin kusuru aranmıyor ise de, BK.m.360’daki haklar doğmamaktadır.

Bu arada, BK.m.362/I uyarınca işin kabulü halinde, iş sahibinin bildiği, farkında olduğu ayıplar bakımından müteahhidin sorumluluğunun sona ereceği de tabiidir. Ayrıca, gizli ayıplar ortaya çıktığında da, bu ayıpların kabulü halinde gizli ayıplar nedeniyle sorumluluk da sona erecektir[476].

Müteahhidin eserin ayıbından sorumluluğuna ilişkin bu özel hükümlerin kıyasen YİD ilişkisine de uygulanması mümkün olmakla birlikte, ilişkilerin farklılıkları dikkate alınarak uygulama yapılması gerekmektedir. Bu farklılıklar doğru şekilde tespit edilip, kıyasen uygulamanın sınırları ortaya konulması kaydıyla, YİD

[476] **Öz M.Turgut**, S.120; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.198.

yatırımcısının ayıp sorumluluğunda genel hükümlerden yararlanılmasına da gerek kalmayacaktır[477].

a. Eseri Kabulden Kaçınma Hakkı

İstisna sözleşmesinde iş sahibi, BK.m.360/I uyarınca, ancak ‘’*ayıbın önemli*’’ olması halinde eseri kabulden kaçınabilir, yani sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir[478].

[477]İstisna sözleşmesinde, ayıp hükümlerinin yanında genel hükümlerin uygulanamayacağı hususunda bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.128-133; **Öz M.Turgut**, s.98-99.

[478]Öz , bu maddedeki ‘’*kabul*’’ün, BK.m.362’deki anlamda ‘’*kabul*’’ değil, ‘’*teslim almak*’’ anlamında olduğunu, bu nedenle de eserin BK.m.361 anlamında kabulünün, seçimlik hakların kullanılmasını engellemeyeceğini ifade etmektedir. Buna bağlı olarak da, eserin teslim alınmaması suretiyle müteahhidin temerrüde düşürülebileceği ve ayıptan doğan hakların değil, temerrütten doğan hakların kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz.**Öz M.Turgut**, s.103-104, 121; Bizim görüşümüz ise, buradaki ‘’*kabulün*’’, teslim almak anlamında olmadığıdır. Zira, eser teslim alınmadan muayene edilemeyeceği için, hükümdeki ‘’*kabul*’’, teslim alınmış bir eserin BK.m.362 anlamında ‘’*kabul*’’ edilmesinin iş sahibinden beklenemeyeceğini ifade etmektedir. Öte yandan, eğer eserin muayene edilmesine bile gerek olmadan, eserdeki ayıbın büyüklüğü görülebiliyor ise, iş sahibi bu halde, tabii ki, tesellümden de imtina edebilecektir. Zira, aşikâr ayıplı bir malın teslim alınması aynı zamanda kabulü anlamına gelebileceği için, bu ihtimalde eser teslim dahi alınmayacaktır. Kaldı ki, kabulden imtina hakkı veren bir durumun evleviyetle tesellümden imtina

Ancak, ayıp *önemli* değil ise, iş sahibi diğer seçimlik hakları kullanmak durumundadır. Bu noktada, ayıbın hangi durumda önemli sayılacağının belirlenmesi gerekmektedir. Önemli ayıp, eserin kabulünün, dürüstlük kuralı gereğince, iş sahibinden beklenemediği durumlarda mevcuttur. Buradaki değerlendirmede, eserin kullanılamazlığı da dikkate alınıyor ise de, kabulün beklenemezliğinde tek ölçüt bu olmadığı için, nihai değerlendirme iş sahibinin eserden beklentisi ve ihtiyaçlarına göre yapılmakta, ancak kısa sürede giderilebilecek bozukluklar *önemli* sayılmamaktadır. Bununla birlikte, eserdeki bozukluklar düzeltilebiliyor olduğu sürece, kural olarak, kullanılamamazlıktan veya önemli ayıptan da söz edilemeyecektir. Ancak, kullanılmaya elverişsizliğin eserin düzeltilmesiyle giderilmesinin olanak dışı bulunması halinde iş sahibinin dönme hakkı bulunduğu kabul edilecektir[479]. Eserdeki ayıbın önemli olmadığı durumlarda ise, iş sahibi

---

hakkı da tanıdığının kabulü gerekmektedir. Ancak, bütün bu ihtimaller, BK.m.360/I anlamındaki kabulün ‘’*teslim*’’i ifade ettiği sonucuna ulaşmak için yeterli olmamalıdır. Öte yanda, Öz’ün bu görüşü, eserin 98-99. sayfalarında açıklanmış olan ayıp halinde genel hükümlerin uygulanmaması görüşü ile de çelişki yaratmaktadır.; Tandoğan ise, isabetli olarak, dönme hakkının kural olarak şeyin tesliminden sonra kullanılabileceğini ve fakat, iş sahibinin müteahhidin teslim teklifini kabul etmeyerek de kabulden kaçınabileceğini, böylece gereksiz yere geri verme yükümlülüklerinin ortaya çıkmasını önleyebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.178.

[479]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.143,163; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.181; Eserin yalnız bir kısmı, örneğin sözleşme konusu geminin buhar kazanı, kullanılamayacak derecede ayıplı olmakla birlikte, değiştirilebiliyor ise, dönme hakkı kullanılamaz ve

sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak, bu durumda onarım isteme veya ücret indirimi yapmak haklarını kullanmak durumunda kalacaktır.

YİD sözleşmesinde ise, ilişkideki işletme dönemi unsuru dikkate alındığında, kullanılamayacak derecede ayıplı bir eser imali ihtimali yok denecek kadar azalmaktadır. Zira, tesisin inşaatını tamamlayan yatırımcının ifa menfaati, bir an önce işletme dönemine geçmek ve işletme gelirine kavuşmak olduğu için, tamamlanan tesisin işletilebilecek, yani kullanılabilecek nitelikte bulunması, eşyanın doğası gereği, zorunlu olmaktadır. Dolayısıyla, YİD yatırımcısı, bir tesisin yapımını tamamlamış ise, artık önemli bir ayıbın varlığından söz edilemeyecek ve fakat, eksik iş yapılmış ve tesis bu nedenle kullanılamayacak halde ise, artık tamamlanmamış bir eser bulunduğu için, ifanın talep edilmesi söz konusu olacaktır.

Kaldı ki, yatırım sahibinin ifa menfaati, devir tarihinde kendisine bakımlı, çalışır ve borçtan arındırılmış bir tesisin, işletme olarak teslimi suretiyle sağlanmış olacak, bundan önceki bir tarihte tesisin kabul edilemez durumda bulunması ise, yatırım

---

ayıbın giderilmesi gerekir. Bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.368 (BK.m.360), N.4; ‘’*Eserin kullanılamaz halde olması, mutlaka ayıbın sözleşmeden dönmeye olanak verecek derecede olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Bazen çok basit ve hemen giderilebilecek bir bozukluk bile eseri kullanılamaz hale sokabilir. Örneğin kolayca takılabilecek bir parçası eksik olduğu için çalışmayan asansör cihazının durumu böyledir. Eğer basit bir faaliyetle eser kullanılabilir duruma gelecek ise, dürüstlük kuralı ışığında, söz konusu ayıpların sözleşmeden dönmeye olanak verecek kadar ağır olmadığı sonucuna varılabilecektir*’’. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.106.

sahibinin menfaatini etkilemeyecektir. Bu nedenle, tesisin kabulü aşamasında tespit edilen ayıpların daha sonra giderilmesi imkânı bulunan YİD ilişkisinde, işletme dönemine geçilirken zaten giderilmesi gereken ayıplar nedeniyle, yatırım sahibine sözleşmeyi fesih hakkının tanınmasında da hukuki bir yarar bulunmamaktadır. Bu nedenle, inşaat döneminin bittiği tarih itibariyle ayıbın öneminin değerlendirilmesinden ziyade, devir anında tesisin kabulünün beklenemeyecek olmasına önem verilmesi gerekmektedir.

Ayrıca, TMK.m.2 uyarınca da, müteahhidin dönme nedeniyle uğrayacağı zarar ile ayıbın iş sahibi açısından yarattığı sakınca orantısız ise, bu hakkın kullanılması kabul edilemeyecektir[480]. Bu bağlamda, yaratılan ekonomik değerlerin korunması düşüncesini yansıtan BK.m.360/III uyarınca da, yatırım sahibinin arazisi üzerinde yapılan tesisin, ayıp nedeniyle kullanılması tehlike arz etmemesi ve/veya tamamen değersiz olmaması kaydıyla, arazi ile birlikte değeri ile, araziden kaldırıldığı zaman

[480] *''BK.m.360/I metninde ayıplı eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenebilir olup olmadığından söz edilmiş ise de, burada değerlendirmede bulunurken müteahhidin durumu da göz önünde tutulmalıdır. Zira yasanın amacı, tarafların çıkarlarını karşılıklı olarak en iyi şekilde dengelemektir. Şu halde, ayıbın iş sahibi açısından yarattığı sakınca aynı olsa bile, somut olayda sözleşmeden dönmenin bununla orantısız şekilde müteahhidi zarar uğratacağı durumlarda bu hak kabul edilmezken, müteahhit kişisel durumu bakımından bu ölçüde zarar uğramayacaksa iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkün olacaktır''*. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.109.

uğrayacağı değer düşüklüğü göz önüne alınarak[481], ‘’*ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip*’ tesisin kabulünden imtina edilemeyecek ve fakat diğer seçimlik haklar kullanılabilecektir[482].

Öte yandan, YİD'in sürekli bir hukuki ilişki yaratıyor olması nedeniyle ‘’*kabulden kaçınmak suretiyle sözleşmeden*’’ dönme zaten söz konusu olamayacak, burada sadece bir fesih hakkından bahsedilebilecektir. Zira, kirada olduğu gibi, YİD'te de, sözleşmenin icrasına başlandıktan sonraki dönemde ortaya çıkan ayıplar nedeniyle dönme hakkının kullanılması mümkün olmayacak, ancak ileriye etkili şekilde fesih hakkı kullanılabilecektir. Gerçekten, YİD'te inşa ediminin ifasına başlanması ile birlikte, sürekli nitelikteki finansman borcunun da ifasına başlandığı dikkate alındığında, tesisin inşasının tamamlanıp, kabul aşamasına gelindiğinde ortaya çıkan bir ayıp, sürekli edimlerin icrasına başlandıktan sonra doğmuş sayılacağı için, artık hukuki ilişkinin geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılması anlamında olmak üzere BK.m.360/I'e dayanılarak dönme hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır[483].

Sonuç itibariyle, YİD sözleşmesinde yatırım sahibine ayıp nedeniyle sözleşmeyi fesih yetkisi tanımak yerine, onarım imkânı mevcut olduğu sürece, yatırımcının ayıbın giderilmesine zorlanması, eğer onarım imkânı bulunmuyor ve tesisin mevcut

---

[481]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.183; **Seliçi Özer**, Seliçi II, 163-164; **Öz M.Turgut**, s.125-127.

[482]Bu hükmün uygulanmasında ispat yükünün ise müteahhide ait olduğu kabul edilmektedir. **Öz M.Turgut**, s.126.

[483]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.179-180.

haliyle işletmeye açılması da mümkün değil ise, burada bir imkânsızlık olduğu kabul edilerek, yatırımcının bu imkânsızlığın doğumunda kusurlu olup olmamasına göre uygulanacak hükümlerin tespit edilmesi en uygun çözüm olacaktır[484].

[484]Ayıbın onarım yoluyla tamamen giderilmesi mümkün ise, artık iş sahibinin bu yola veya bedel indirimine başvurması gerekecek ve böyle bir halde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesine imkân verecek kadar önemli bir ayıbın varlığı kabul edilemeyecektir. Bkz. Gautschi, G., a.g.e. Art. 365,N.13c, naklen ve aksi görüş için bkz. **Öz M.Turgut**, s.107; ''*BK.m.360/II'deki seçimlik haklarını iş sahibi, dilediğince kullanabilir. Öyle ki, ne hakim ne de üstenci, onun seçimlik haklarını sınırlayamaz. Bundan ötürü üstenci, bozuklukların giderilmesi için eserin kendisine verilmesini isteyemez. Şu da var ki, bu isteğin reddi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemelidir*''. Bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.283; Ayrıca bkz. Dördüncü Bölüm, §6, III.D.3.b.; Seliçi, imkânsızlığa götüren nedenlerin farklılaşabileceğini ve ayıp nedeniyle imkânsızlık doğan hallerde, bir başka ifade ile, ifa süresi içinde ayıbın giderilememesi nedeniyle kesin ve sürekli imkânsızlık doğan durumlarda, özel hükümlerin uygulanacağını (örneğin kirada BK.m.249-250) ifade etmektedir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.94. Ancak, YİD sui generis bir sözleşme olduğu için hiç bir özel hükmün doğrudan uygulanması zorunluluğu bulunmamakta ve hukuki ilişkinin mahiyetine uygun olmayan özel hükümlerin kıyasen uygulanmasından kaçınılması gerekmektedir. BK.m.360/I'de de sadece iş sahibinin menfaati açısından bir değerlendirme yapıldığı ve YİD'deki özel menfaat dengesini koruyacak bir çözüm yer almadığı için, ayıp halinde doğan imkânsızlık hallerinde genel hükümlerin uygulanmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

b. Karşı Edimde İndirim Yapmak Hakkı

Eserdeki ayıbın birinci fıkradaki kadar önemli olmadığı durumlarda sözleşmeden dönme hakkı bulunmayan iş sahibi, BK.m.360/II uyarınca ‘’*işin kıymetinin noksanı nispetinde fiyatı tenzil’’* etmek hakkını kullanabilecektir. Bu hakkın tanınmasındaki amaç, bozukluk taşıyan edimle ücret arasındaki değer eşitliğini tekrar kurmaktır. Bu nedenle, ayıplı eser bir değer ifade etmediği hallerde, ücret indirimi de yapılamayacaktır[485]. Fiyat tenzili anlamında olmak üzere müteahhidin ücretinden indirim yapılabilecek hallerde ise, iş sahibi, teslim edilen ayıplı eserin değeri, ayıpsız olsaydı taşıyacağı değerden objektif olarak daha düşük ve fakat eser tamamen değersiz değil ise, ayıplı ve ayıpsız değer arasındaki oran dahilinde kararlaştırılan ücretten indirim yapmak hakkına sahip olmaktadır[486].

---

[485]Bu nedenle, BK.m.202/III’ün kıyasen uygulanması gerektiği ve eserdeki değer düşüklüğü eserin değerine eşit ise, iş sahibinin sadece dönme hakkını kullanabileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.189; aksi görüş için bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.167-168; **Öz M.Turgut**, s.123 .

[486]**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.205 (BK.m.202), N.16; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.188-191; Eserdeki değer eksikliği, objektif değere, yani piyasa değerine göre belirlenir. Bu hususta sözleşmede kararlaştırılan ücret belirleyici değildir. Eserin ayıplı değeri ücrete eşit olsa dahi, objektif değer düşük ise, iş sahibi ücret indirimi hakkını kullanabilir. Ancak ayıplı eserin hiç bir objektif değerinin bulunmaması nedeniyle indirilecek miktar ücrete eşit ise, BK.m.202/III kıyasen uygulanmalı ve sadece dönme hakkı tanınmalıdır. Bkz.**Aral Fahrettin**, s.32-373; Bununla birlikte, ayıplı eser tamamen değersiz de olsa, ücret indirimi

Ne var ki, bu seçimlik hakkın YİD sözleşmelerinde uygulanması çok daha farklı olacaktır. Gerçekten, yatırım sahibinin, BK.m.360/II uyarınca, ayıbın kabule engel teşkil edecek derecede (önemli) olmadığı hallerde, ‘’*işin kıymetinin noksanı nispetinde fiyatı tenzil’’* talep etmek hakkını kullanması, YİD'teki menfaat dengesine, kural olarak, uygun düşmeyecektir. Zira, her şeyden önce, YİD'te yatırım sahibinin bir ‘’*bedel (fiyat) ödemek*’’ borcu olmadığı için, oransal bir ücret indirimi yapılması kavramsal açıdan mümkün değildir. Dolayısıyla, ayıp nedeniyle oluşan edim dengesizliğinin, daha farklı bir yolla giderilmesi gerekmektedir.

Bu noktada ilk akla gelen, BK.m.360/II'teki *fiyatı tenzil* ifadesinin, istisna sözleşmesindeki karşı edim borcunun para borcu olması nedeniyle bu şekilde kullanıldığı ve hükmün gerçekte, *karşı edimde indirimi* (istisna sözleşmesindeki ücret gibi) öngördüğü dikkate alınarak[487], yatırımcının finansman ve inşa edimleri karşılığında yatırım sahibinin karşı edimi, yatırımcıya işletme hakkı tanınması olduğuna göre, sözleşmede kararlaştırılan işletme süresinden oransal bir indirim

---

istenemeyeceği için, dönme hakkı kullanılmak yerine, onarım da talep edilebilecektir. Bkz. **Öz M.T.**, s.106; **Burcuoğlu Haluk**, s.294.

[487]‘’*İstisna sözleşmesinde BK.m.360/II uyarınca fiyat tenziline ilişkin ilkeler, satım sözleşmesindeki satım parasının indirilmesi hakkındaki esaslar ile özdeştir. Bu nedenle, nisbi metod uygulanarak, eser sözleşmesinin kurulması anında nesnenin ayıpsız olarak ya da vaad edilen niteliklerle taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu bozuk (ayıplı) durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunur*’’. Y.15.HD., 23.10.1976 T., 19761644 E., 1976/3316 K. sayılı karar için bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.289-290.

yapılması suretiyle istenen sonuca ulaşılmasıdır. Zira, işletme hakkı ile tesisin rantı belirli bir süre için yatırımcıya bırakılmakta olup, ayıplı tesisteki değer düşüklüğünün, bırakılan ranttan indirim yapılarak karşılanması ve bu şekilde edimlerin değerleri arasındaki dengenin yeniden kurulması mümkün görülmektedir[488].

Bununla birlikte, işletme dönemine başlanabilmesi için genellikle ayıbın giderilmiş olması gerekecek, bu halde de bir değer düşüklüğü kalmayacaktır[489]. Kaldı ki, bu

[488]Karşı edimin para olmaması nedeniyle YİD ile benzerlik kurulabilecek olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri açısından, iş sahibi malikin, BK.m.360/II uyarınca ücretten indirim yapmak anlamında arsa payından indirim yapamayacağı, bu nedenle en uygun çözümün, değer düşüklüğünün düzeltme masraflarına göre hesaplanması olacağı ve iş sahibinin bu değer düşüklüğünü para olarak talep edebileceği ileri sürülmüş (Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.170) ise de, BK.m.360'daki ''*fiyatı tenzil*'' ifadesinin, sadece para olarak kararlaştırılan bedeli değil, aynı zamanda kat karşılığı inşaat sözleşmelerindeki bedel olan arsa payını da kapsadığı, bu nedenle ayıp oranında arsa payının indirilebileceği savunulmuştur. Bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.289, dpn.145; **Öz M.T.**, s.96.

[489]Nitekim, inşaat işlerinde oransal değer düşüklüğü dikkate alınarak ücret indirimi yapılmasından ziyade, bozukluğu giderme maliyetine göre indirim miktarı hesaplanmaktadır. Zira, her ne kadar inşaat işlerinde, (yapının kesinlikle yıkımının gerektiği haller haricinde) eser, ayıplı olsa dahi, bir değer taşıdığı için, ücret indirimi imkânı mutlak olarak ortadan kalkmayacak ise de, düzeltme imkânı olan hallerde ücret indirimine gidilmesi de uygun bir çözüm olmamaktadır. Gerçekten, inşaattaki

hallerde, işletme dönemine başlamak isteyen yatırımcı da, kendi menfaati açısından, gerekli tamiratı yapmak durumunda kalacaktır. Bu nedenle YİD'te, istisna sözleşmesinden farklı olarak, yatırımcıya, tesisteki eksiklikleri gidermeyi bizzat teklif etmek hakkının tanınması gerekmektedir[490]. Esasen, düzeltme maliyetine yatırımcı katlanacağı ve düzeltme süresinin de işletme süresinden mahsup edileceği

---

bozukluğun giderilmesi ile birlikte, inşa eserinde bir değer düşüklüğü kalmayacak ve değer kaybına bağlı olarak ücret indirimi yapılmasını gerektirecek bir edim dengesizliği de söz konusu olmayacaktır. Yargıtay da, çeşitli kararlarında değer düşüklüğünün bozukluğu giderme masraflarına göre hesaplanacağını belirtmiş ve bu kararlar, bozukluk giderildiğinde değer düşüklüğünün de kalmayacağı esasına dayanmıştır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.171., dpn.160; ''D*airelerin kalorifersiz yapılmasından kaynaklanan değer kaybına hükmedildiğine göre, ayrıca kalorifer yapım bedeline hükmedilemez*''. Y.15.HD., 29.3.1990 T., 1990/4129 E., 1990/1444 K., ''*Asıl davada inşaattaki eksiklik ve nesafet farkı bedellerine hükmedilmiş olduğuna göre, karşı davalının götürü bedelin tamamını ödemesi gerekir*''. Y.15.HD., 20.1.1993 T., 1993/2072 E., 1993/123 K., sayılı kararlar için bkz. **Uygur Turgut**, C.7, s.7934, 7936.

[490]Halbuki, istisna sözleşmesinde, müteahhidin kendiliğinden düzeltme yapamayacağı veya bunu teklif etse dahi iş sahibinin düzeltmeyi kabule zorlanamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.157; **Tandoğan Haluk**,Tandoğan V, s.192-193.

kabul edilecek olur ise, yatırım sahibi açısından yatırımcının vereceği düzeltme teklifinin reddi de, MK.m.2 uyarınca zaten mümkün olmayacaktır[491].

Ayrıca, yatırımcı tarafından eksikliklerin giderildiği böyle bir halde, ifa menfaati, tesisin derhal teslimini kapsamayan yatırım sahibinin işletme süresinden (tamirat için geçecek süre haricinde bir) indirim yapması da adil bir çözüm olarak görülemeyecektir. Zira, sözleşme süresi sonunda tesis eksiklikleri giderilmiş olarak yatırım sahibine devredileceğine göre, yatırımcının ediminde bir eksilme doğmayacak, buna bağlı olarak da işletme süresinin kısaltılması için hukuki bir neden kalmayacaktır. Bu nedenle, işin niteliği itibariyle işletme dönemine başlayabilmek için ayıbın giderilmesi gerekmekte ise, ‘’*fiyat tenzili*’’ yerine ayıbın giderilmesinin talep edilmesi gerektiği, aksi halde, tesise erken kavuşacak olan yatırım sahibi lehine sebepsiz iktisap yaratılmış olacağı düşünülmektedir.

Öte yandan, işletme dönemine geçilmesi için ayıpların giderilmesi ihtiyacı bulunmuyor, yani eksikliklere rağmen işletme aynı kapasitede çalışabilecek ise, yatırım sahibine ‘’*fiyatı tenzil*’’ hakkı bağlamında işletme süresinden indirim yapmak hakkı tanınması gerektiği düşünülebilecektir. Ancak bu halde de, düzeltme imkânı bulunduğu sürece, *fiyatı tenzil* yoluna gidilmeyerek, ayıbın giderilmesinin sağlanması ilişkinin amacına daha uygun bir çözüm olacaktır. Kaldı ki, yatırımcı açısından, işletme geliri beklentisi büyük önem taşımakta ve işletme süresinin

[491]Müteahhit, bozuklukların giderilmesi için eserin kendisine verilmesini isteyemez. Meğer ki, bu isteğin reddi hakkın kötüye kullanılması olarak ortaya çıksın. Bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.368 (BK.m.360), N.1.

kısaltılması, ayıp nedeniyle oluşan değer düşüklüğünden daha yüksek bir gelir kaybına neden olabilmektedir. Bu nedenle, inşaat işlerinde olduğu gibi, değer kaybından ziyade ayıbın giderilmesi maliyeti üzerinde durulması ve aynı zamanda, işten henüz elini çekmemiş olan yatırımcıya düzeltme yaptırılması gerekmektedir. Böylece, belirli bir maliyetle giderilebilecek ayıp nedeniyle, varsayımsal bir hesaplamaya istinaden işletme süresinin kısaltılması suretiyle taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulması önlenmiş olacaktır.

c. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı

BK.m.360/II'nin ''*eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise müteahhidi tamire mecbur edebilir*'' hükmüne istinaden, müteahhidin ayıbın giderilmesine zorlanması mümkündür. Müteahhit eseri kendisi yaptığı için, ayıbı da giderebilecek durumdadır ve bu nedenle satımdakinden farklı olarak, iş sahibine bu hak tanınmıştır. Bu imkân da, yine ayıp nedeniyle bozulan edim dengesinin yeniden kurulması amacına yöneliktir[492]. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi, ayıbı giderme masraflarının aşırı olmaması şartına bağlanmış bulunmakta, ''*aşırılığın tespitinde*'' ise, müteahhidin malzeme ve işçilik masrafları ile ayıbın giderilmesi suretiyle iş sahibinin sağlayacağı yarar karşılaştırılmaktadır. Bir başka ifade ile, ayıbın giderilmesi masraflarının, tamiratın iş sahibine sağlayacağı yararla orantısız olması halinde ''*aşırı masraf*'' olduğu, eserdeki ayıbın sebep olduğu değer azalmasını aşmayan giderme masraflarının ise ''*aşırı sayılmayan masraf*'' sayılacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, ayıbın giderilmesi masrafları nedeniyle müteahhidin kâr elde

[492]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.173.

edemeyecek olması ve hatta üzerine para verecek olması dahi, masrafların aşırı sayılmasını gerektirmemektedir[493]. Bu noktada kullanılan ölçü, dürüstlük kuralı uyarınca, iş sahibinin elde edeceği yarar karşısında, müteahhitten, hesaplanan giderlere katlanarak bozukluğu gidermesinin beklenip beklenemeyeceği olmaktadır. Eğer müteahhitten bu masrafa katlanması beklenemiyor ise, masrafların aşırı olduğu kabul edilecek ve iş sahibi müteahhidi ayıbın giderilmesine zorlayamayacaktır. Örneğin, bir bina inşaatında, sığınağın olması gerekenden 25 cm alçak yapılması halinde, bu ayıbın giderilmesi için bütün binanın yıkılması ve tekrar yapılması gerekeceği için, masrafın aşırı olduğu kabul edilecektir[494]. Bununla birlikte, masrafın aşırılığına rağmen müteahhit ayıba neden olan bozukluğu gidereceğini açıkça veya zımnen teyit etmiş ise, artık diğer hakların kullanımı mümkün olmayacaktır[495].

YİD ilişkisinde ise, yatırım sahibinin ifa menfaati, sözleşme süresi sonunda ayıpsız bir tesise kavuşmak menfaatini kapsadığı ve fakat, yukarıda açıklanan nedenlerle sözleşmeden dönme veya ücret indirimi yapmak (işletme süresinin kısaltılması) haklarının kullanması çoğu zaman mümkün olmadığı için, tesisteki ayıbın giderilmesinin istenmesi ayrı bir önem kazanmaktadır. Bu nedenle, YİD'te bu hak kullanılırken, ''*işin ıslahı(nın) büyük bir masrafı mucip*'' olmaması şartının daha farklı uygulanması gerekmektedir.

---

[493]**Tandoğan Haluk**,Tandoğan V, s.197; **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.368 (BK.m.360), N.11; **Öz M.Turgut**, s.97.

[494] YHGK, 1.6.1971 T., 1971/385 E., 1971/14 K. sayılı karar için bkz. İstanbul Barosu Dergisi, 1971, s.659.

[495]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.175.

Bu noktada, YİD ilişkisi içinde ‘’*aşırı sayılmayan masrafın*’’ hangi usulde tespit edileceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Her şeyden önce, yukarıda da ifade edildiği gibi, tarafların menfaat dengesi uyarınca, ayıbın giderilmesi mümkün olduğu sürece yatırım sahibine dönme hakkı veya işletme süresini kısaltma hakkı tanınmaması gerekli görülmekte olup, buna bağlı olarak da işin devamında menfaati bulunan yatırımcının ‘’*işin ıslahı masraflarını*’’ karşılamak hususunda daha fedakâr olması kendisinden beklenebilecektir. Dolayısıyla, YİD modelini kullanan yatırım sahibinin finansman menfaati nedeniyle, eserdeki değer kaybını aşan bir tamir masrafı doğacak olsa dahi, yatırımcı ayıbı gidermeye zorlanabilmelidir.

Ancak bu noktada, yatırımcı, ayıbı giderdikten sonra da bir ücret almayacağı için, kalan işletme döneminin ayıbın giderilmesi masraflarını da karşılamaya elverişli olması gerekli görülmektedir. Her ne kadar, müteahhidin, yüklendiği sonuç sorumluluğu itibariyle, kâr elde edemeyecek olsa dahi ayıbı gidermesi kendisinden beklenebilmekte ise de, YİD’te yatırımcıdan bu derecede bir ayıbı giderme sorumluluğu beklenememelidir. Zira, YİD ilişkisi, ayıbın giderilmesini takiben sona ermeyip, tesisin eksikliklerinin giderilmesiyle birlikte işletme dönemine başlanmakta olduğu için, taraflar arasındaki menfaat dengesinin bu dönemde de korunması gerekmektedir. Gerçekten, yatırım için harcadığı sermayenin tamamını ve kârını işletme gelirinden elde etmeye çalışacak olan ve dolayısıyla finansman riski yanında işletme riskini de üstlenmiş bulunan yatırımcı için, ayıbın giderilmesi masraflarının işletme döneminde beklenen gelire oranla çok yüksek olması halinde tamirat talebini reddetmek ve ilişkiyi sona erdirmek ihtiyacı doğacaktır. İşte bu nedenle, ilişkinin devamına imkân verecek bir menfaat dengesinin sağlanabilmesi, ancak ayıbın

giderilmesi masrafları işletme gelirinden karşılanabildiği[496] sürece yatırımcının tamirata zorlanabilmesini gerektirmektedir. Aksi durumda, zaten yatırımcı da, işletme döneminin, bu maliyet artışı nedeniyle ''*tahammül edilmez bir hale*'' geldiğini ileri sürerek, BK.m.274/III uyarınca, fesih yoluna da başvurmak durumunda kalacaktır.

Diğer taraftan yatırımcı, ayıbın giderilmesi kendisinden istendiği halde veya bunu kendisi talep etmiş olmasına rağmen, ayıbın giderilmesini sağlayamıyor ise, yatırım sahibi diğer seçimlik hakları kullanabilecektir.

Ayıbın giderilmesi talebinin ardından, tamirat için gerekli çalışmalara zamanında başlanılmamış veya ara verilmiş, bu nedenle de işin zamanında bitirilemeyeceği anlaşılan hallerde, BK.m.358/I'den yararlanılarak, ayıbı giderme süresi dolmadan yatırımcı (erken) temerrüde düşürülebilecektir[497]**.** Ancak, verilen mehil içinde

[496]Onarım, diğerlerinden farklı olarak, yenilik doğuran bir hak niteliğinde görülmemekte olup, onarım talebinin müteahhidin ayıpsız ifa borcunun özel bir hükmü olduğu, bu nedenle onarım istenmesinin, diğer seçimlik hakları sona erdirmeyeceği, onarım sağlanamadığında diğer seçimlik hakların kullanılabileceği kabul edilmektedir. Bkz.**Öz M.Turgut**, s.97; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.173-174; Tandoğan ise, onarım istemenin yenilik doğuran bir hak olmadığını ifade etmese de, onarımın temerrüt veya objektif ifa imkansızlığı nedeniyle yerine getirilememesi halinde, iş sahibinin dönme veya ücret indirimi haklarını kullanabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.193;

[497]**Tandoğan Haluk**,Tandoğan V, s.199; **Aral Fahrettin**, s.375.

gecikme giderilmez ise, yatırım sahibine fesih hakkı tanımak yerine, ayıbın giderilmesi mümkün olduğu sürece tamirat yoluna başvurulmalı ve BK.m.358/II veya BK.m.97 uyarınca, iş üçüncü bir kişiye yaptırılabilmelidir[498].

Öte yandan, eğer ayıbın giderilebileceği süre tamamlandığı halde ayıp giderilmiş değil ise, bu durumda yatırım sahibi, yatırımcı aleyhine bir ifa davası açmak suretiyle borcun ifasını talep edebilecek ve mahkeme kararına rağmen ifa sağlanamaz ise, BK.m.97 veya İİK.m.30'dan yararlanılarak iş üçüncü bir kişiye de yaptırılabilecektir[499]. Bu şekilde ayıp giderildikten sonra, arada geçen zaman işletme süresinden mahsup edilmek suretiyle, işletme dönemine geçilebilecektir.

Eğer ayıbın giderilmesinin talep edilmesinden sonraki zaman içinde tamirat imkânsız hale gelmiş ve bu eksiklik işletmeye geçilmesini de imkânsız kılıyor ise, yatırımcı

---

[498]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.163; Öte yandan, Aral, İstisna sözleşmesinde ayıbın giderilmesinde temerrüt ortaya çıktığında, BK.m.106'daki seçimlik hakların kullanılmasının da mümkün olduğunu ifade etmektedir. Bkz.**Aral Fahrettin**, s.375. YİD de ise, ayıbın giderilmesinin mümkün olduğu her durumda, temerrüt hükümlerine başvurmak yerine, bu yolda ısrar edilmesi, finansman amacının gerçekleşmesi için zorunlu görülmektedir.

[499]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.200; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.180; **Tunçomağ Kenan**, s.533; Eren, müteahhidin tamiratı yapmaktan kaçınması veya tamiratı yapabilecek durumda olmaması halinde iş sahibinin, BK.m.97 uyarınca hakimden izin almaksızın işi üçüncü bir kişiye yaptırabileceği görüşündedir. Bkz.**Eren Fikret**, Eren II, s.86.

açısından bir imkânsızlık hali doğmuş olacak ve eğer yatırımcı kusurlu ise, yatırım sahibinin BK.m.106 uyarınca müspet zararını veya sözleşmeyi feshederek menfi zararını talep edebileceği söylenebilecektir. Ancak, bu noktada, artık her iki tarafın menfaatleri açısından da, sözleşmenin kusursuz imkânsızlık veya fesih nedeniyle sona ereceğinin kabulü en uygun çözüm olarak gözükmektedir. Zira, tesis işletmeye açılamadığına göre, yatırım sahibinin karşı edimi de imkânsızlaşmış olacaktır. Dolayısıyla, imkânsızlaşan aynen ifa yerine müspet zararını talep eden yatırım sahibinin, yatırımcıya kendi edimini sunması mümkün olmayacak ve tek ihtimal, sözleşmenin feshi hakkının kullanılması kalacaktır.

Buna karşın, tamirat imkânsız da olsa, eksiklik tali nitelikte ve işletmeye geçilmesini de engellemiyor ise, sözleşmenin sonunda eksik bir tesis alacak olan yatırım sahibinin menfaatinin dengelenmesini teminen, işletme döneminden indirim yapılması ve tesisin eksik haliyle işletmeye açılması gerekecektir. Bunun için de, tesisin eksik halinde ifade ettiği değer ile eksiksiz halindeki değerinin oranına göre işletme süresi kısaltılmalıdır.

d. Ayıp Nedeniyle Doğan Zararın Tazminini Talep Hakkı

BK.m.360/I ve II'de, ''*bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa*'' zarar ve ziyan da istenebileceği hükme bağlanmıştır. Hükümde zararın niteliği açıkça ifade edilmemiş ise de, yatırımcıdan bu hükme dayanılarak talep edilecek zararın ''*ayıp sonucu zarar*'' olacağı kabul edilmelidir. Gerçekten, istisna sözleşmesindeki iş sahibi, sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya tamirata rağmen giderilememiş bulunan ve

uygun nedenini ayıbın oluşturduğu, yani daha sonra ortaya çıksa dahi, ayıbın bir sonucu olan, fakat ayıbın ilişkin olduğu eserde doğurduğu kıymet düşüklüğü dışında kalan, her türlü zararını, BK.m.360 uyarınca, ''*ayıp sonucu zarar*'' olarak müteahhitten isteyebilmektedir. Bununla birlikte, inşaatın icrasında yatırımcının özen borcuna aykırı davranışı nedeniyle doğan zararlar, bir ayıp niteliğine bürünmüyor ise (örneğin, sıva işi yapan müteaahidin, özen borcuna aykırı davranarak binadaki camlarda çiziklere neden olması gibi) bu halde, ayıp sonucu bir zarardan bahsedilemeyecek ve bu durumda sözleşmeye aykırılık nedeniyle BK.m.356 ve buna bağlı olarak BK.m.96'ya dayanılarak tazminat istenmesi söz konusu olacaktır. Zira, camlar müteaahhidin yapımını taahhüt ettiği eserin bir parçası olmadığı için, çizilen camlar nedeniyle doğan zarar da eserde bir bozukluk sayılamayacaktır[500].

Bu hükmün kıyasen uygulanması kapsamında, YİD sözleşmelerinde de, tesisin sözleşmeye uygun yapılmamış olması neticesinde, tesisin tam kapasite çalışamaması, üretimde kalite düşüklüğü, yenileme masraflarındaki artış ve bunlara bağlı olarak doğan kâr kaybı veya tesisteki bozukluk nedeniyle üçüncü kişilerin veya çevrenin zarara uğraması gibi zararlar ''*ayıp sonucu zarar*'' olarak yatırımcıdan talep edilebilecektir.

[500]Ayıp sonucu zarar kapsamında manevi zarar talep edilemeyecek ve fakat BK.m.98'in atfına istinaden BK.m.47,49'daki şartların varlığı halinde manevi tazminat istenebilecektir. Bu manevi tazminat talebi de, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldıran nedenlere ve BK.m.363'deki zamanaşımına tabi olacaktır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.204-205; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.182-183.

Öte yandan, BK.m.360 uyarınca ayıp sonucu zarardan sorumluluk, bir kusur sorumluluğu[501] hali olduğu ve taraflar arasında da bir sözleşme ilişkisi bulunduğu için, yatırımcının tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi, BK.m.96 uyarınca

[501]Müteahhidin zarar sorumluluğunun, BK.m.205/II'deki gibi, doğrudan zararlardan kusursuz sorumluluğu da kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Her şeyden önce, BK.m.205/II'de sadece sözleşmeden dönme halinde doğrudan zarar istenebileceğinin hükme bağlanmış olmasından hareketle, istisna sözleşmesindeki iş sahibinin de, dönme halinde doğrudan zararını talep ederken kusursuz sorumluluğa dayanabileceği, ücret indirimi veya onarım istediği hallerde ise, kusura dayanan tazminat talebinde bulunabileceği ifade edilmektedir. İkinci sorun olan, doğrudan zararın tespitinde de, somut olayın özelliğine göre, zarar ile ayıp arasındaki illiyetin yoğunluğuna göre bir karar verilmesi gerekecektir. Bkz. Gautschi, Art. 368, N.11 b.; Simonius, ''*Über den Ersatz des aus Dahin-fallen des Vertrages erwachsenen Schadens*'' –ZSR 37, s.265-; STARK, Festgabe Oftinger, s.288, naklen, **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.186, dpn.203, s.187, dpn.207; Satım sözleşmesine özgün istisnai bir hükmün, farklı menfaat dengelerinin bulunduğu ve özel bir ayıp sorumluluğu öngörülen istisna sözleşmesine uygulamaya çalışmak, kurulan kapalı sisteme gereksiz bir müdahaleden başka bir anlam taşımayacaktır. Bkz. **Seliçi Özer**, s.187-188; Bu nedenle, BK.m.205/II'nin istisna sözleşmesinde ayıp sonucu zarar alanına kıyas yoluyla aktarılması mümkün görülmemekte ve ayıp sonucu doğan zararın tazmininde doğrudan dolaylı ayrımı yapılmaksızın, müteahhidin kusurunun aranması gerektiği düşünülmektedir. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.207.

kusuru olmadığını ispat etmesi ile mümkün olabilecektir[502]. Yatırımcının kusuru,

[502]Burada, hükmün lafzındaki ‘’*müteahhidin kusuru bulunursa*’’ ifadesine de dayanılarak, kusurun ispatının TMK.m.6 uyarınca iş sahibi tarafından ispatının gerektiği, zira sorumluluğun BK.m.96’dan değil, ayıp hükümlerinden doğduğu ileri sürülmüştür. Bu noktada, satım sözleşmesinde kusursuzluğu satıcının ispat ediyor olmasının da bir örnek teşkil etmeyeceği, zira BK.m.205’te ispat yükünün satıcıda olduğunun açıkça hükme bağlandığı ifade edilmiştir. Bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.368 (BK.m.360), N.14; Ancak, BK.m.360’daki hükümler ayıp nedeniyle bozulan edim dengesini kurmaya yönelik olduğu için, burada da BK.m.96’nın uygulanmaması için bir sebep bulunmamaktadır. Gerçekten, teslim edilen eserdeki ayıp nedeniyle borcun gereği gibi ifa edilmemiş olduğu özel duruma, BK.m.96’daki gibi alacağın tazminata dönüşmesi sonucu bağlanmamış, BK.m.359 vd. ile iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaati bu özel imkânlarla temin edilmek istenmiştir. Bu kapsamda, kusurlu müteahhitten tazminat da talep edilebilecektir. Bu özel sorumluluk düzenlemesi ile, kendi içine kapalı, genel borca aykırılık hükümlerine yollama yapılmayan bir sistem yaratılmıştır. Bu nedenle, iş sahibinin BK.m.360’daki hakları kullanmak yerine, BK.m.96’daki genel ifa etmeme menfaatinin tazmini talep edemeyeceği anlaşılmaktadır. Zira, BK.m.96 göre talep edilebilecek ifa etmeme tazminatı, BK.m.359 vd. içinde erimiş bulunmaktadır. (*Bununla birlikte, özel hükümlerle sağlanan haklar dışındaki hususlarda sözleşmesel sorumluluğun genel hükümlerinden ayrılmak için de bir neden bulunmamaktadır.Nitekim ispat yükü hususunda da özel bir hüküm öngörülmüş değildir*). BK.m.96, borçlunun davranışının alacaklı tarafından bilinebilmesinin güçlüğü dikkate alınarak getirilen bir istisna olup, teknik işlerde müteahhidin daha

kendi temin ettiği malzemeyi gerekli araştırmaları yapmadan ve incelemeden inşaata dahil etmek[503] veya BK.m.358/III'deki gibi, yatırım sahibinin verdiği malzeme veya araziyi muayene ve ayıplarının ihbarı yükümlülüğünün ihlali şeklinde olabileceği gibi, genel özen borcu dahilinde yapması gereken incelemeleri yapmamak veya genel ihbar borcu uyarınca, olumsuz etkisi olabilecek olayları yatırım sahibine bildirmemek şeklinde de ortaya çıkabilecektir[504]. Ancak her durumda yatırımcının

---

uzman olduğu ve iş sahibin de müteahhidin yaptığı işleri bilmek imkanının sınırlı olacağı muhakkaktır. Bu nedenle, tazminat sorumluluğundan kurtulmak isteyen müteahhidin kusuru olmadığını ispatı gereklidir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.129-131 ve 185; aynı görüş için bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.205-206; **Tunçomağ Kenan**, s.534; **Burcuoğlu Haluk**, s.300; Karahasan, kusursuzluğu ispat yükünün müteahhidin üzerinde olduğunu kabul etmekle birlikte, BK.m.96'nın alternatif olarak uygulanabileceğini de kabul ederek, diğer yazarlardan ayrılmaktadır. Bkz. **Karahasan Mustafa Reşit**, s.296-297.

[503]Müteahhidin BK.m.356/III uyarınca inşaat araçlarını ve BK.m.357/I uyarınca inşaat malzemesini temin için başvuracağı imalatçı üçüncü kişilerin kusurlarından sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Zira bu imalatçılar, BK.m.100 anlamında yardımcı veya ikame şahıs değildirler. Bu nedenle, müteahhit tedarik ettiği malzemenin iyi cinsten olmaması nedeniyle doğacak zarardan, ancak bu araç ve malzemenin seçiminde bir kusuru var ise sorumlu olacaktır. Bkz.**von Tuhr Andreas (Çev. Edege Cevat)**, s.637.

[504]Yapılacak ihbarın içeriği hususunda farklı görüşler mevcuttur; İhbar ile müteahhit iş sahibine ortaya çıkan olgunun inşaatta bozukluğa yol açabileceğini beyan ederek, bu olguya rağmen inşaata devam edilmesinde direnilir ise, sorumluluğu kabul

kusuru ile ayıp sonucu doğan zarar arasında bir illiyet bağı bulunması gerektiği için, ayıba neden olmayan bir kusurun varlığı halinde BK.m.360 uyarınca tazminat talep edilemeyecektir[505].

Ayrıca, ayıbın doğmasında yatırım sahibinin de kusuru bulunan hallerde, yatırımcının tazminat borcunda indirim yapılacağı veya tazminat borcunun hiç doğmayacağı muhakkaktır. Esasen, yatırım sahibinin bir kusuru bulunmasa dahi, eğer ayıbın kaynağı yatırım sahibinin risk alanına giren bir nedene dayanmakta ise, yine yatırımcının ayıp nedeniyle sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkmalıdır[506]. Bu bağlamda, özellikle BK.m.361'de belirtilen şekilde, yatırım sahibinin verdiği bir talimat nedeniyle ayıp doğmuş ve bu talimatın hatalı olduğu kendisine zamanında ihbar edildiği halde yatırım sahibi talimatında ısrar etmiş ise,

---

etmeyeceğini açıklar. Uzman olmayan iş sahibi karşısında müteahhit, ihbarın kendisini sorumluluktan kurtaracağını açıkça belirtmelidir. Böylece yapılan ihbar bir ikaz niteliği taşıyacaktır. Bununla birlikte, iş sahibi de uzman veya işin yürütülmesinde uzmanlar kullanıyor ise, ihbar ve ikaz yükümü bu derece ağır olmayabilecektir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.195-197; aynı görüşte bkz. **Eren Fikret**, Eren II, s.81; Tandoğan ise, ihbarın ayrıntılı ve açıklayıcı olması gerektiğini belirtmekle birlikte, BK.m.361'de bu yönde bir şart bulunmadığı için bir sorumsuzluk kaydı içermesinin aranmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.211.

[505]Krş. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.368 (BK.m.360), N.13.

[506]Krş. **Burcuoğlu Haluk**, s.302.

artık yatırım sahibi ayıp sonucu zararın tazminini talep edemeyecektir[507]. Ayrıca, yatırım sahibince arazi veya malzeme verilmiş olması durumunda da, BK.m.357/III uyarınca verilen malzeme veya arazinin işe uygunluğu hususunda gerekli kontrolleri yapılarak, yatırım sahibine bunların bozukluğu veya inşaata elverişsiz olduğu bildirilmesi gerekmekte olup, bu bildirime rağmen verilen arazi veya malzemenin kullanımında yatırım sahibi tarafından ısrar edilmiş ise, bu yüzden doğacak ayıp sonucu zarardan da yatırımcı sorumlu olmayacaktır[508]. Bunun gibi, iş sahibinin

[507]Kendisine BK.m.361 uyarınca bildirim yapılmış olan iş sahibi, sadece ayıp sonucu zararın tazminini talep hakkını değil, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını da kaybedecektir. Bkz. **Aral Fahrettin**, s.365.

[508]BK.m.361'deki bildirim yükümü, ''*ikaz*'' yükümü biçiminde anlaşılmalıdır. Müteahhidin arsanın inşaata elverişsiz olduğuna işaret etmesi yeterli olmayabilecektir. Uzman olmayan inşaat sahibinin bildirilen elverişsizliğin inşaat üzerindeki etki ve önemini kavramasının, dürüstlük kuralı ve güven ilişkisi çerçevesinde beklenemeyeceği hallerde, müteahhit elverişsizliği sadece bildirmekle yetinemez, ayrıca inşaat sahibini, belirlemiş olduğu elverişsizliğin etkisi hususunda açıkça ikaz etmelidir. Aksi halde bozukluk dolayısıyla sorumlu olacaktır. İş sahibi tarafından verilmiş olan plan ve projelerdeki yanlışlıkların da iş sahibine bildirilmesi gerekmekle birlikte müteahhit, mimar ve mühendisler tarafından yapılmış ve onaylanmış projenin doğruluğuna güvenmekte haklı sayılacaktır. Bununla birlikte, göze batacak açık yapı tekniği kurallarına aykırılık varsa veya müteahhidin özel bilgisi nedeniyle anlaması gereken hususlar mevcut ise yine bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.191-192; Müteahhidin itirazını taşıyan beyan açık olmalıdır. Bu bir ihbar veya iş'ardır. İhbar veya iş'ar, bir kimseyi bir fiile

tavsiye ettiği malzeme ya da alt müteahhitler nedeniyle bir ayıp doğması halinde de ''*iş sahibine isnadı kabil*'' bir durum söz konusu olacağı için, yatırımcı ayıp sonucu zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

Öte yandan, ayıbın doğmasında yatırımcının kusuru veya ona isnadı mümkün bir neden de etkin olmuş ise, yatırımcının tazminat sorumluluğu tamamen ortadan kalkmış olmayacak, sadece BK.m.44 uyarınca tazminatta indirim yapılması gerekecektir. Yatırımcının gerek tazminat gerek ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun tamamen sona ermesi ise, BK.m.362 uyarınca, eserin kabulü ile mümkün olmaktadır[509]. Kabul açık veya zımni olabilecek, özellikle de BK.m.362/II'de ifade edildiği gibi ''*kanunen tayin olunan muayene ve ihbar ihmal (edilirse)*'' zımni kabul

---

sevketmek veya ondan çevirmek için yapılmış ise, bu bir tavsiyedir. Müteahhidin BK.m.361 uyarınca yapacağı beyan da, iş sahibini kusurlu talimatından çevirmek veya yapılacak şeye uygun malzemeyi vermesi hususunda uyaran bir iş'ar, bir tavsiyedir. Bkz. **Olgaç Senai**, s.47.

[509]Kabul beyanı ile BK.m.362 uyarınca ayıp nedeniyle doğan haklar sona ermekte ve bunun yanında gecikme cezası (cezai şart) alacakları da BK.m.415 ve BK.m.160/II uyarınca son bulmaktadır. Zira fer'i nitelikte olan cezai şart, eğer saklı tutulmamış ise asıl hakkın sona ermesiyle birlikte sona erecektir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.201; **Dayınlarlı Kemal**, s.122-123; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.586-587; Tandoğan aynı noktaya işaret etmekle birlikte, kabulün ayıba ilişkin olmayan hakları etkilemeyeceğini, örneğin teslimde gecikme nedeniyle tazminat isteme veya daha az miktarda mal teslimi dolayısıyla ücret iadesi talep haklarının devam edeceğini de belirtmiştir. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s. 138 ve 218-219;

yapılmış sayılacaktır. Eserin kabulü, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olarak, noksansız yerine getirildiğini belirten bir irade beyanı olması nedeniyle, eksik hukuki işlemi veya hukuki olguyu düzeltici niteliğe sahiptir. Bu nedenle de, kabul beyanından sonra eserde bulunabilecek bir (gizli veya kasden gizlenmiş olmayan) ayıp nedeniyle sözleşmenin muhtemel kötü ifası olgusu düzeltilmiş olacak, bozukluğa rağmen müteahhit hukuken borcunu tam olarak ifa etmiş kabul edilecektir. Bu noktada iş sahibinin kabul beyanı kesin olup, geri alınabilmesi ihtimali bulunmamaktadır. Bir başka ifade ile, kabul beyanına bağlı olarak, ayıp nedeniyle doğan haklar mutlak şekilde sona ermiştir. Bununla birlikte, kabul anında tespit edilmiş eksikliklerin düzeltilmesi ihtirazi kaydına bağlı bir kabul beyanı verilebileceği için, bu eksiklikler giderilmez ise, kabul de yapılmış sayılmayacaktır[510].

YİD'te de yatırım sahibi, inşaatın tamamlandığının kendisine bildirilmesini müteakip, muayene işlemlerine başlamamış veya tespit ettiği eksiklikleri yatırımcıya ihbar etmemiş ise, tesisi kabul etmiş sayılacak ve BK.m.361'deki haklardan mahrum kalacaktır. Bununla birlikte, BK.m.362/III uyarınca, işletme döneminden sonra ortaya çıkacak gizli ayıpların ortaya çıktıkları zamanda ihbarı bu ayıplar nedeniyle yatırımcının sorumlu tutulması için yeterli olacak, ayrıca BK.m.362/I uyarınca da, yatırımcının kasden sakladığı ayıplar nedeniyle sorumluluğu, kabulden sonra da devam edecektir.

[510]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.199.

4. Zamanaşımı Sorunu

İstisna sözleşmesindeki ayıp nedeniyle sorumluluğun zamanaşımı, satımda alıcının haklarına atıf yapılmak suretiyle BK.m.363'te gösterilmiştir. Ayrıca, bu hükmün ikinci fıkrasında, gayrimenkul inşaatları için teslimden itibaren 5 yıllık özel bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Dolayısıyla, gayrimenkul inşaatları haricinde, maddede satım sözleşmesine yapılan atıf uyarınca, adi işlerde BK.m.207'nin, ticari işlerde ise TTK.m.25/IV'ün uygulanması gerekecektir. Ayıbın kasden gizlendiği hallerde ise, her türlü eser inşasında BK.m.207/III'ün kıyasen tatbiki suretiyle, 10 yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır[511].

---

[511]Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki 6763 Sayılı Kanun m.41/II ile BK.m.126'ya eklenen b.4'ün, BK.m.363/I ile BK.m.207'ye yapılan atfı zımnen ortadan kaldırdığı için, müteahhidin kasıt veya ağır kusuru olmadıkça, artık menkul veya gayrimenkul eser inşasında BK.m.125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımının uygulanmasının mümkün olmayacağı da ileri sürülmektedir. Bkz.YHGK. 22.3.1995 T., 1995/15-31 E., 1995/196 K. ve Y.15.HD., 20.6.1988 T., 1988/49 E., 1988/2364 K. sayılı kararlar için ve bu yöndeki görüş için bkz. **Uygur Turgut**, C.7, s. 7980,7982-7984; **Karahasan Mustafa Reşit,** s.300-306; Esasen, bu hüküm ile BK.m.363'te m.207'ye yapılan atıf yürürlükten kaldırılmış değildir. Aksine, ayıp nedeniyle doğan sorumluluk hali BK.m.126'nın dışına çıkartılmış olmaktadır. Dolayısıyla, müteahhidin sözleşmeyi gereği gibi yerine getirmemesi, eserde bozukluk olarak ortaya çıkmış ise, müteahhit kusurlu olsa dahi, BK.m.363 uyarınca 1 veya 5 yıllık zamanaşımı uygulanacak, buna karşılık müteahhidin, ayıp dışında bir sözleşmeye aykırılığı var ise 10 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Eğer

Zamanaşımı hususunun YİD ilişkisinde yaratabileceği sorun ise, sürenin başlangıç tarihinin tespitinde olacaktır. Zira, BK.m.207, TTK.m.25/IV ve BK.m.363/III'te zamanaşımı, eserin teslim (tesellüm) tarihinden itibaren başlamakta, YİD ilişkisinde ise inşaatın tamamlanmasını müteakip teslim yapılmamakta, tesisin yatırım sahibine intikali sözleşme süresinin sonunda gerçekleşmektedir. YİD'in bu yapısı esas alınarak, zamanaşımının da tesisin yatırım sahibine intikalinden itibaren başlatılması düşünülebilecek ise de, böyle bir çözüm yolunun tercih edilmesi, zamanaşımı süresinin aşırı bir şekilde uzatılması ve yatırımcının menfaatinin ihlal edilmesi

---

müteahhit ayıbı kasden gizlemiş ise, bu halde de, BK.m.125 değil, BK.m.207/III uyarınca 10 yıllık zamanaşımı uygulanmalıdır. BK.m.126/IV ise, müteahhidin iş sahibine karşı olan alacakları ile ayıp yaratmayan hafif kusurlu davranışları nedeniyle iş sahibinin kendisine karşı ileri sürebileceği tazminat alacakları için uygulanacaktır. Eğer bir ayıp doğmamış ise, iş sahibinin, müteahhidin kastından ve ağır kusurundan doğan zarara ilişkin talep hakları, BK.m.125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.229-232; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.205-207; **Yavuz Cevdet**, s.483; **Burcuoğlu Haluk**, s.324-328; Bizim görüşümüz ise, istisna sözleşmesine ilişkin bu tartışmanın YİD sözleşmesinin dışında kalması gerektiğidir. Zira, BK.m.126/IV, tahdidi bir sayma yapmak suretiyle, sadece maddede belirtilen tipik sözleşmeler için uygulanacak zamanaşımı sürelerini göstermiş olup, bunlar içinde doğal olarak YİD yer almamaktadır. Bu nedenle, BK.m.125/IV ile getirilen istisnai düzenlemenin dar yorumlanarak, sadece maddede adı geçen sözleşmelere uygulanabileceğini, kıyas yolu ile YİD'e de bu hükmün uygulanmasının doğru olmayacağını düşünmekteyiz. .

sonucunu yaratacaktır. Gerçekten, YİD sözleşmeleri uzun süreli olduğu için, zamanaşımı süresinin tesisin yatırım sahibine intikaliyle başlatılması halinde, 10 yıllık en uzun zamanaşımı dahi kolayca aşılabilecektir.

Bu nedenle, YİD'teki inşa borcunun tamamlanması anlamında ele alınabilecek olan, yatırımcının inşaatın tamamlandığını ihbar borcunu ifa etmesiyle birlikte başlatılabileceği de düşünülebilecektir. Nitekim, inşaat sözleşmelerinde de, işin tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi ve onun da işi tamamlanmış sayması, zamanaşımının işlemeye başlaması için yeterli görülmektedir[512]. Ne var ki, zamanaşımının işin tamamlandığının ihbarı ile başlatılması halinde, istisna sözleşmesinden farklı olarak YİD'te ihbarı müteakiben tesis yatırım sahibinin zilyetliğine geçmeyeceği için, yatırım sahibinin inşaatın durumunu bilebilmesi açısından bir zorluk doğacaktır. İşte bu sorunun aşılması ve zamanaşımının başlatıldığı tarihte yatırım sahibinin de tesisin gerçek durumundan haberdar olabilmesi için, işletme dönemine geçilmeden önce, kabul işleminin yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, YİD sözleşmesini, inşaat sözleşmelerinden daha farklı şekilde değerlendirmek ve kabul için öngörülen sürenin sonunda zamanaşımı süresinin başlayacağını söylemek uygun olacaktır. Bu halde, eğer yatırım sahibi kabul işlemlerine başlamaktan kaçınır ise, sözleşmede kabul için öngörülen sürenin sonunda veya bir süre belirlenmemiş ise, BK.m.74'ten hareketle, işin niteliğine göre saptanacak makul bir sürenin sonunda zamanaşımı süresi işlemeye başlamalıdır. Diğer yandan, taraflar sözleşmelerinde kabul yapılmaksızın işletme dönemine geçileceğini kararlaştırmışlar ise, yine de yatırım sahibine tesisin son durumunu

[512]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.226; **Öz M.Turgut**, s.129.

görmek imkânının tanınması gerektiği düşünülmektedir. Bir başka ifadeyle, işletme dönemine geçilmesi açısından kabul işlemlerinin tamamlanması şartı aranmayan hallerde dahi, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılabilmesini teminen, yatırım sahibi tesisi görmek ve incelemek hakkına sahip kabul edilmelidir.

YİD sözleşmesinin konusunu oluşturan tesisin kabul işlemlerinden sonra ortaya çıkan ayıplarının tespiti ve ihbarı da, özellik arz eden bir husus olmaktadır. Gerçekten, kabul işlemlerinin tamamlanmasından sonra yatırım sahibi tesisten uzaklaşmakta ve yatırımcı tesise tek başına hakim olmaktadır. Dolayısıyla, işletme döneminde ortaya çıkabilecek ayıpları yatırım sahibinin tespit etmek imkânı bulunmamaktadır. Yatırım sahibi, ancak işletme dönemi sonunda tesise hakim olabileceği için, sonradan ortaya çıkan ayıpları da o andan sonra görebilecek ve ihbar edebilecektir. Ancak bu halde, zamanaşımı dolmuş olabilecektir.

Esasen, yatırımcının, genel ihbar borcu ve tesisi iyi bir şekilde işleterek, işletmeye hazır durumda bulundurmak borçları dikkate alındığında, işletme döneminde ortaya çıkan gizli ayıpları da yatırım sahibine bildirmek durumunda olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, kendisi de bakım onarım borcu itibariyle, tespit ettiği bu ayıpları gidermek zorundadır. Dolayısıyla, işletme döneminde ortaya çıkan ve yatırımcı tarafından da giderilmemiş olan, yatırım sahibinin ancak işletme dönemi sonunda tespit edebildiği ayıplar, yatırımcı tarafından gizlenmiş ayıplar olarak kabul edilecektir. Tabii ki, böyle bir durumda, yatırımcının BK.m.207/III uyarınca, kısa zamanaşımından yararlanarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmak

imkânı kalmayacak[513] ise de, zamanaşımı süresi dolmamış olsa dahi, sözleşmeden doğan sürekli edimlerin ifası (finansman temini ve işletme hakkı tanınması) tamamlanmış olacağı için, artık kullanılabilecek yegane seçimlik hak da, ayıbın giderilmesini ve kusurun bulunması halinde ayıp sonucu doğan zararın tazminini talep etmek olabilecektir.

Bununla birlikte, yatırımcının işletme dönemindeki ayıpları yatırım sahibine bildirmemiş ve bu ayıpları gidermemiş olması, aynı zamanda bakım onarım borcunun da ihlali sayılacağı gibi, bakımlı, çalışır ve her türlü borçtan ari bir tesisin

[513]Tandoğan ayıbın kasden gizlendiği hallerde, BK.m.207/III'ün uygulanacağını ancak, teslimden itibaren azami 10 yıllık zamanaşımının aşılamayacağını kabul etmektedir.Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.226; Bilge ise, borcun muacceliyetinden itibaren başlayacak olan ve BK.m.126/IV'e dayanan 5 yıllık zamanaşımının uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Bilge Necip**, s.227; von Büren ise, BK.m.363 uyarınca işleyecek 1 veya 5 yılık sürenin ayıbın farkına varılması ile işlemeye başlayacağını ve fakat bu farkına varmanın en geç 10 yıl içinde olması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. von Büren, II.s.148, naklen, **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.226, dpn.498; Becker ise, hilenin farkına varıldıktan sonra 1 yıllık zamanaşımı işleyeceğini belirtmiştir. Bkz.**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.210 (BK.m.207), N.4; Konuya daha farklı bir yaklaşım gösteren Öz, müteahhidin, eserdeki ayıbı, teslimden itibaren 10 yıllık süre boyunca sakladığı hallerde, iş sahibinin 10 yıllık süre dolduktan sonra ortaya çıkan ayıp nedeniyle seçimlik haklarını kullanmasına karşılık olarak zamanaşımı def'ini ileri sürmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.132.

''*devri*'' borcunun ihlali de sayılabilecektir. Bu durumda ise, artık, ayıp sorumluluğunun zamanaşımı değil, bu borca aykırılığın ortaya çıktığı andan itibaren, 10 yıllık genel zamanaşımının uygulanması gerekecektir.

K. Bakım ve Onarım Borcu

1. Borcun Muhtevası

YİD sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi yaratıyor olmasına bağlı olarak, yatırımcının tesisi sözleşmeye uygun şekilde yapmak suretiyle inşa borcunu tamamladıktan sonraki dönemde de devam eden, tesisi sözleşmeye uygun halde bulundurmak borcu mevcuttur. Zira, yatırım sahibinin ifa menfaati, sözleşme süresi sonunda projeye uygun şekilde inşa edilmiş bir tesisin bir işletme halini almış olarak kendisine intikalidir. İşte bu nedenle, yatırımcıya işletme dönemi boyunca devam eden bakım ve onarım yapmak borcu yüklenmektedir.

Gerçekten, yatırımcı projeye uygun bir tesis inşa etmek ve bu tesisi işletmeye hazır bir hale getirmek borcunun ifasını tamamladıktan sonra tesisi işletme hakkını kullanabilmek imkânına sahip olmakta, uzun bir süreye yayılan işletme döneminde de tesis onun hakimiyeti altında kalmaktadır. Yatırım sahibi ise, YİD sözleşmesine taraf olmaktaki nihai amacına, yani kendisinin yatırım ihtiyacını karşılayacak tesise, ancak işletme dönemi sonunda kavuşabilecektir. İşte ilişkinin bu yapısı itibariyle, yatırım sahibinin ifa menfaatinin temin edilebilmesi için, işletme dönemi sonunda kendisine intikalini beklediği tesisin, yatırım amacına uygun bir şekilde

kullanabileceği bir halde olması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu gereklilik nedeniyle, kamu yatırımlarına ilişkin kanunlarda da devir anında tesisin ''*bakımlı, çalışır, kullanılabilir halde*'' olması, özel olarak hükme bağlanmıştır (bkz.3096 sayılı Kanun m.8/I, 3465 sayılı Kanun m.6/I, 3996 sayılı Kanun m.9). Ayrıca, işletme döneminde tesiste meydana gelebilecek zarar, ziyan, kaybolma, arıza, bakım noksanlıkları ve benzeri hallerde kullanılmak üzere görevli şirketten ''*işletme teminatı*'' veya ''*kesin teminat*'' adı altında teminat alınmakta, bu teminat görev süresi sonunda, tesisin borç ve taahhütlerden ari bir şekilde devri yapıldıktan ve tesisin kullanılabilir halde olduğu teyit edildikten sonra iade edilmektedir[514].

Bu noktada, hasılat kirası hükümlerinden BK.m.272 ile m.273'ün, kıyasen bu ilişkiye uygulanması ve işletme dönemindeki bakım onarım sorumluluğunun yatırım sahibine ait olması gerektiği düşünülebilecektir. Ancak, YİD modelinin yatırım sahibinin öncelikle finansman ihtiyacını karşıladığı dikkate alındığında, bu düşüncenin yerinde olmadığı anlaşılacaktır. Zira, yatırımı gerçekleştirecek sermayeye sahip olmayan veya elindeki kaynakları başka bir ihtiyacı için kullanmayı uygun gören bir yatırım sahibinden, tesisi bizzat işletmek suretiyle işletme geliri elde etmek imkânına sahip olmadığı bir dönemde, bakım onarım masraflarını üstlenmesini beklemek, ilişkinin temelindeki hukuki amaç ile uyumlu olmayacaktır. Halbuki yatırımcı, finansman teminini taahhüt eden taraf olarak, gerek inşaat gerek işletme döneminde gerekli olan sermayeyi bulmak ve bunu yatırımda kullanmak borcu altında olduğu gibi, işletme döneminde de tesisin rantı da kendisi için bir sermaye oluşturmaktadır. Dolayısıyla,YİD sözleşmesindeki menfaat dengeleri

[514] Bkz.1.3.199T., 93/4186 S.Yönetmelik, m.49, m.50a; 94/5907 S. BKK. m.22.

itibariyle, BK.m.272 ve 273'den hareketle, bakım ve onarım borcunun yatırım sahibine yükletilmesi doğru bir çözüm olmayacak, bu sorumluluğa yatırımcının katlanması gerekecektir.

Ayrıca, bakım ve onarım borcunun yatırım sahibi üzerinde bırakılması, inşa borcundan doğan ayıba karşı tekeffül borcu ile de bağlantılı bir durumdur. Zira, tesisin inşası tamamlandıktan sonra kabul işlemleri yapılmakta ve eksikliklerin giderilmesi sağlanmakta ise de, işletme döneminde ortaya çıkacak gizli ayıpların yatırım sahibi tarafından tespiti mümkün olmadığı için, yatırım sahibinin özel bir korumaya ihtiyacı olmaktadır. İşte bu koruma da, tesisin işletme dönemi boyunca bakımı ve onarımından yatırımcının sorumlu tutulması ile sağlanabilecektir.

Kaldı ki, hasılat kirasında da, kiracının kiralananı kullanırken tam bir özenle hareket etmek ve tahsis olunduğu gayeye uygun şekilde ondan yararlanmak ve ayrıca tesisi işletmeye elverişli durumda bulundurmak yükümlülüğü mevcuttur (BK.m.278)[515]. YİD modelindeki yatırımcıya tanınan işletme hakkı da, hasılat kirasındaki kullanma ve semerelerden yararlanma hakkına benzemekte ve ayrıca yatırım konusu tesisin işletme döneminde düzenli çalışması suretiyle yatırımcının sermayesini ve kârını elde etmesinin sağlanması kadar, süre sonunda yatırım sahibinin çalışır bir tesise

[515]Hasılat kirasında kiracı kira konusunu ''*iyi işletmekle borçlu*'' ise de, her durumda işletme borcunun bulunduğu sanılmamalıdır. Zira, işletmemeden kiraya verenin zarar görmediği hallerde, işletme borcu yoktur. Buna karşılık, işletme borcunun mevcut olduğu durumlarda kiracı ''*iyi surette işletmeye*'' de mecburdur. Bkz. **Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir,** s.265.

kavuşması da önem taşımaktadır. Bu nedenle, BK.m.278 kıyasen YİD ilişkisinde de uygulanabilecektir. Bu bağlamda, yatırımcı, tesisi işletme amacı dahilinde çalıştırmak zorunda olduğu gibi, tesisin özünü etkileyecek, ona zarar verecek veya değerini düşürecek ya da değerini düşürecek şekilde hareket edemeyecek ve etkileri sözleşme süresi sonunda da devam edecek değişiklikler yapamayacaktır[516]. Bununla birlikte, hasılat kiracısının bu borcu, BK.m.209 ile birlikte ele alındığında, kiracının her türlü onarımı yapmak borcunun bulunmadığı görülmekte, basit tamiratlar dışında kalan esaslı tamirat ihtiyacı doğduğunda bu durumu kiralayana bildirmesi (BK.m.280), sorumluluktan kurtulması için yeterli olmaktadır.

YİD'te ise yukarıda açıklanan nedenler ile, esaslı tamirat sorumluluğunun (BK.m.273) yatırım sahibine yüklenmesi, menfaat dengeleri itibariyle mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, BK.m.278'in yanında, hasılat kiracısının BK.m.279/I'deki ''*kiralananı tahsis olunduğu dairede iyi bir surette işletmeğe ve bilhassa hasılata kabiliyetli bir halde bulundurma*'' borcunun da, genişletilmiş bir kapsamda, kıyasen yatırımcı için uygulanması ve ayrıca sadece BK.m.279/II'deki ''*ufak tefek tamiratlardan*'' değil, BK.m.273 ile kiralayana yüklenmiş olan ''*esaslı tamirattan*'' da yatırımcının sorumlu tutulması gerektiği düşünülmektedir.

Diğer taraftan, yatırımcının BK.m.280 uyarınca esaslı tamirat ihtiyacı doğan halleri yatırım sahibine bildirmek sorumluluğunun da devam ettiği kabul edilmelidir. Aksi halde, yatırım sahibi tesisteki bozukluktan zamanında haberdar olmayacağı için gerektiğinde BK.m.97'den yararlanarak onarımı bizzat yaptırmak imkânına da sahip

[516]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.141-142, 145.

olamayacaktır. Eğer yatırımcı böyle bir durumu yatırım sahibine zamanında ihbar etmez ise, bu nedenle doğan zarardan da ayrıca sorumlu olmalıdır[517]. Ayrıca, hasılat kiracısının kiralananı koruma borcu kapsamında, işletmeyi üçüncü kişilerin saldırılarına karşı da tedbir almak sorumluluğu bulunduğu gibi[518], yatırımcının da üçüncü kişilerden gelecek saldırılara karşı tesisi koruması ve bu gibi tehlikeleri de yatırım sahibine ihbar etmesi kendisinden beklenmelidir.

Bu menfaat durumu dikkate alınarak, kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinde de ‘’*Bakım ve Onarım*’’ hükümlerine yer verilmiş bulunmaktadır[519]. Bu hükümlerle, görevli şirketin, yatırım bölgesinde yer alan tüm tesislerin mekanik, elektrik, elektronik, güvenlik tesisatı ve teçhizatı ile tesisin tefrişi için kullanılan malzemenin işletme süresi boyunca bakım ve onarımını yapması, ayrıca ekonomik ömrünü dolduran malzemeyi yenisi ile değiştirmek borcu düzenlenmiştir. Görevli

[517]İhbar külfetini yerine getirmemek, satımda alıcı için sadece tekeffülden doğan hakların ileri sürülememesi sonucunu doğurduğu halde, kiracı için aynı zamanda şeyin vaktinde tamir edilememesi yüzünden kiralayanın uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünü de ortaya çıkartır. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.116; **Yavuz Nihat**, s.196.

[518]İhbar borcunun ihlali halinde ise, sözleşmenin feshi istenemez, sadece bu nedenle doğan zararın tazmini talep edilebilir. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.150-152.

[519]3465 sayılı Kanun’un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik, m.6’da görevin kapsamına ‘’*bakım*’’ hususu da dahil edilmiştir. Ayrıca 94/5907 sayılı BKK. m.29’da da bakım sorumluluğunun şirkete ait olduğu belirtilmiştir.

şirket, bu borcunu ifa ederken, onarım ve yenileme masraflarına kendisi katlanacağı gibi, gerekli çalışmaları yaparken geçen süreyi de işletme süresine ekleyemeyecektir[520]. Yatırım sahibinin buradaki ifa menfaati, sözleşme kapsamındaki tesislerin, sözleşme süresi sonuna kadar, normal aşınma ve yıpranma hariç, iyi ve çalışır durumda olmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle, eğer gerekli uyarıya rağmen görevli şirket bakım ve onarımı yapmıyor ise, idareye gerekli önlemleri bizzat almak ve masrafları da şirketten tahsil etmek hakkı tanınmaktadır[521].

---

[520]Bkz.**Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.36); Yat Limanı İmtiyaz Sözleşmesi (m.31); Ayrıca yatırımcı bu bakım onarım borcunu bir uzman şirket eliyle de yerine getirebilecektir. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.14, *şirket, İşletmeci ile İşletme Bakım Anlaşması imzalayacaktır*).

[521]Bkz.**Hidroelektrik** Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'ne veya Görevli Şirkete Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m. 25); Marmara Ereğlisinde Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması (m.23); **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.26); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.25).

2. Borcun Hükümleri

Yatırımcının bu borcunu yerine getirmemesi halinde ise, BK.m.96 uyarınca kendisine bir mehil tayini suretiyle gerekli onarımın yapılması talep edildikten sonra, gecikmiş ifanın sağlanması anlamında olmak üzere, BK.m.97'den yararlanılarak onarımın, masrafı yatırımcıya ait olmak üzere yatırım sahibi tarafından yaptırılması mümkündür. Buna ek olarak, yatırımcının kusuru mevcut ise kendisinden borca aykırılık nedeniyle doğan zararın tazmini de BK.m.96 uyarınca talep edilebilecektir. Ancak, asli borç olan finansman temini, inşa ve devir borçlarının amaca uygun şekilde ifasına hizmet etmesi nedeniyle, bir yan borç olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul ettiğimiz bakım onarım borcunun ihlalinde yatırım sahibine BK.m.106'daki aynen ifayı reddedip müspet zarar istemek hakkının tanınmasının uygun olmayacağı düşünülmektedir. Kaldı ki, burada aynen ifanın reddi ve müspet zararın istenmesi halinde, fark teorisi uygulanacak olur ise, tesisin bakım ve onarımı sağlanmadan işletme dönemine devam edileceği için, zarar büyüyecek ve yatırım sahibine ödenecek müspet zarar gerçek bir karşılık sayılamayacaktır. Eğer, mübadele teorisinin uygulanması tercih edilir ise, bu halde de, yatırım sahibinin kendi edimini hazır bulundurması zorunluluğu nedeniyle, kullanıma elverişli bir tesisin işletme hakkının sağlanması gerekecek, bu durumda tesisteki bakım onarımın yatırım sahibi tarafından yaptırılması zaten zorunlu olacaktır. Bu nedenle, BK.m.97'den yararlanılarak onarımın yaptırılması, ilişkinin ruhuna daha uygun bir yol olacaktır.

Öte yandan, hasılat kirasındakinden farklı olarak, bakım onarım borcunun ihlali, yatırım sahibi için fesih hakkı yaratmayabilecektir. Zira hasılat kirasında, bakım

onarım borcu kiralayana ait olduğu için, bu borcun ifa edilmemesi halinde kiracının maldan yararlanma imkânı kısıtlanmakta ve dolayısıyla kiralayan kiralananı kullanmaya elverişli bir halde bulundurma borcunu da ihlal etmiş olmaktadır. Bu nedenle de, kiracıya BK.m.249/II'deki kira bedeli indirimi istemek veya fesih hakları tanınmaktadır. Buna karşın, YİD'te bakım onarım borcu yatırımcıya ait olup, bu borca aykırılık, yatırım sahibinin ifa menfaati açısından, bu nitelikte bir borç ihlali sayılmamalıdır. Gerçekten, yatırım sahibinin ifa menfaati, finansmanın temini suretiyle tesisin inşası ve süre sonunda tesisin çalışır halde devri ile gerçekleşecek olduğu için, işletme süresinde tesisin onarımının yapılmaması nedeniyle bir süre kullanılamaması, yatırım sahibinin asli menfaatini ihlal etmeyecektir. Bu nedenle de, bakım onarım borcunun ihlali halinde, BK.m.97 uyarınca onarımın yatırım sahibi tarafından yaptırılması, menfaat dengesinin sağlanması bağlamında, yeterli bir hukuki çözüm olacaktır. Bununla birlikte, yatırımcının bakım onarım borcunu sürekli olarak ihlal etmesi ve bu surette tesisin kullanılamaz hale gelmesi tehlikesi yaratılmış olması kaydıyla, sözleşmenin gayesini tehlikeye düşüren, müspet ihlal olarak kabul edilebilecek böyle bir durumda, BK.m.289'un kıyasen uygulanması suretiyle sözleşmenin feshi düşünülebilecektir.

Bu arada, her iki taraf için de büyük bir önemi olan bakım onarım borcunun yaratacağı mali külfetin hafifletilmesi ve aynı zamanda yatırım sahibi için de bir teminat yaratılması amacıyla, tesisin işletme dönemindeki onarım ihtiyacına karşı bir sigorta yaptırılması düşünülebilecektir. Böylece, hem yatırımcı için bu borcun maliyeti sigorta primlerinden ibaret hale gelecek, hem de yatırım sahibi gerekli onarımın yaptırılması için finansman yaratma zorunda kalmayacaktır. Kamu

yatırımlarındaki kapsamlı sigorta maddeleri ile bu husus da düzenlenmekte ve sigorta primleri toplam yatırım tutarına dahil edilerek tarife yolu ile geri alınmakta ise de, bu yolla tesisin onarımı teminatlandırılmış olmaktadır[522].

L. Devir Borcu

1. Borcun Muhtevası

YİD sözleşmesinde, hukuki ilişkinin son aşamasını ''*devir*'' oluşturmakta ve yatırım konusu tesisin, bir işletme niteliğinde olmak üzere, yatırım sahibine intikali gerekmektedir[523]. Zira, işin mahiyeti itibariyle, yatırım sahibi ihtiyacı olan bir

[522]Sözleşmelerde işletme dönemini de kapsayan genel riziko sigortası (all risk-full close) yaptırılmakta ve tesis mücbir sebep nedeniyle kısmen veya tamamen harap olur ve işletilemez hale gelir ise sigorta bedeli, görevli şirket tarafından idarenin denetimine tabi olmak üzere tesisin yeniden yapılmasında kullanılabilmektedir. Bkz.**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); **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.12).

[523]Tesisin bir işletme niteliğinde devri, özellikle kamu yatırımlarında hizmetin sürekliliği açısından da önem taşımaktadır. Gerçekten idare, bir ticari işletmenin müşteri çevresi, itibarı gibi unsurlarına sahip olmak ihtiyacında değil ise de, düzenli ve kaliteli üretim yapan bir işletme yapısı içinde tesisi devralmak ve aynı noktadan

yatırımı finansman kaygısı nedeniyle YİD modelini kullanmak suretiyle yaptırmakta ve nihai olarak tesisi bizzat kullanabilmeyi amaçlamaktadır. Yatırımcı açısından da, YİD modeliyle iş yapmaktaki amaç, ihtiyaç duyulan finansmanı temin etmek suretiyle, sıradan bir müteahhidin elde edebileceği ücretten çok daha fazla kâr beklentisi taşıyan bir ticari faaliyette bulunmaktır. Tarafların bu karşılıklı amaçları, işin hangi noktada sonlanacağını da belirlemekte ve yatırımın finansmanının, kârla birlikte geri alınmasına elverişli süre sonunda, yatırımcı tesisten elini çekerken, yatırım sahibi de tesisin rantını kendisi kullanabilir hale gelmektedir.

İşte bu nedenle, YİD sözleşmesinin sonunda yatırımcı, tesisi yatırım sahibine her türlü borç ve taahhütlerden ari olarak yatırım sahibine devir borcu altında bulunmaktadır. Bu husus, kamu yatırımlarına ilişkin kanunlarda özel olarak düzenlenmiş ve devir, yatırımcı tarafından ifası beklenen bir edim olarak değil, kendiliğinden ortaya çıkan bir hukuki sonuç şeklinde hükme bağlanmıştır. Nitekim, 3096 sayılı Kanun m.8/I'de ''*sözleşmeler sürenin bitimi ile ..... son bulur. Bu taktirde, tesisler ile tüm taşınır ve taşınmaz mallar her türlü borç ve taahhütlerinden ari olarak, Devlete bedelsiz olarak geçer*'', 3465 sayılı Kanun m.6/I'de ''*tesisleri ile müştemilatı, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte, her türlü borç ve taahhütlerinden ari ve kullanılabilir durumda Genel Müdürlüğe bedelsiz olarak ve kendiliğinden geçer*'' ve 3996 sayılı Kanun m.9'da da ''*yatırım ve hizmetler, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte her türlü borç ve taahhütlerden ari, bakımlı, çalışır ve*

---

kamu hizmetini devam ettirmek zorunluluğu nedeniyle, tesisin sadece bir inşa eseri olarak değil, çalışır, kullanılabilir ve hizmetin devamına elverişli şekilde devrini talep edecektir. Krş. **Arslan Erdoğan**, s. 31.

kullanılabilir durumda bedelsiz olarak, kendiliğinden idareye geçer'' şeklinde ifade edilmiştir.

Ayrıca, YİD'in işletme döneminin hasılat kirası ile olan benzerliğine istinaden, BK.m.292 ve m.293'ün de kıyasen uygulanması düşünülebilecektir. Bu hükümler, hasılat kirasının sona ermesindeki iade borcunu düzenlemekte ve bu nedenle devir borcu ile paralellik göstermektedir. Hasılat kirasında iade yapılırken, daha önce BK.m.271 uyarınca defter tutulmuş ise, defterdeki kayıtlar esas alınarak iade borcunun kapsamı tespit edilmekte ve kiralananın iyi işletilmesi halinde ortaya çıkmayacak kıymet noksanları ile defterdeki eşyanın kıymet noksanından kiracı sorumlu olmaktadır. Ancak kiracı, bu kıymet noksanının kiralayanın kusuru veya mücbir sebep nedeniyle doğduğunu ispat eder ise, tazmin sorumluluğundan kurtulabilmektedir. Ayrıca, kiracı kiralanan üzerinde göstermeye mecbur olduğu özen neticesinde oluşan fazlalığın kendisine ödenmesini talep edemiyor ise de, mecbur olmadığı halde yaptığı kendi masraflarına ve çalışmasına bağlı olarak ortaya çıkan kıymet fazlasının tazminini talep etmek hakkına sahiptir[524]. İşte bu hükümlerin kıyasen uygulanması ve aynı zamanda kamu yatırımları için öngörülen kanun hükümlerinin özel yatırımları da kapsayacak şekilde genelleştirilmesi suretiyle, YİD sözleşmesinde yatırımcının devir borcunun mahiyeti tespit edilebilecektir.

Öncelikle 3096, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlardaki hükümlerden, devir borcunun ifa zamanının sözleşmenin sonunda olduğu anlaşılmakta, BK.m.292/I de aynı zamanı işaret etmektedir. Dolayısıyla, devir borcunun ifa zamanı, YİD sözleşmesinin inşa

[524]**Bilge Necip**, s.159-160.

(yatırım) ve işletme sürelerinin toplamından oluşan süresinin sonunda olup[525], bu tarihten önce yatırımcıdan devir talep edilmesi hukuken mümkün değildir.

Devir borcunun ne şekilde ifa edileceği ise, bu özel kanunlardaki hükümlerde yer alan ''*kendiliğinden*'' ifadesi ile açıklanmaktadır. Bu intikalin sağlanması, kamu yatırımlarında kanun gereği, ''*kendiliğinden*'' olmakta ise de, özel yatırımlarda yatırımcının borcun ifası amacıyla bir devir ediminde bulunması gerekecektir. Nitekim BK.m.292 ''*iadeye mecburdur*'' ifadesini kullanmakta ve bu surette borcun ifasının kendiliğinden olmayacağını ortaya koymaktadır. Esasen, YİD'teki devri borcu, hem inşa edilen tesisin yatırım sahibine teslimi, hem de kullanım hakkı sona eren, bakımlı ve çalışır vaziyetteki bir işletmenin sahibine iadesi anlamında olmak üzere, bir asli borç niteliğindedir. Bu nedenle yatırımcı, işletme dönemine başlarken geçici kabulü ve sonrasında da kesin kabulü yapılmış olan tesisi, işletme dönemi sonunda bir ticari işletme olarak, bakımlı, çalışır, kullanılabilir bir halde yatırım sahibine devredecektir. Bu devir işlemi de, yatırımcı şirketin aktifinde bulunan işletme hakkının, yatırım sahibinin aktifine dahil edilmesi suretiyle gerçekleşecek[526], fiili devir ise, devir komisyonlarının yapacağı tespitlere istinaden tesisin fiili hakimiyetinin yatırım sahibine terki şeklinde olacaktır[527].

---

[525]**Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.26.

[526]**Güneş Cengiz**, Güneş II, s.261; Ayrıca, yatırımcının devir döneminde işletmenin müşteri çevresi ile yatırım sahibini tanıştırması da kendisinden beklenebilecektir. Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.189.

[527]Kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinde tesisin, süre sonunda her türlü borç ve taahhütten ari olup olmadığı, bakımlı, çalışır , kullanılabilir durumda

bulunup bulunmadığı ve sözleşmede öngörülen diğer hususların temin edilip edilmediğinin tespiti için, bir devir komisyonu oluşturulmakta (94/5907 sayılı BKK.m.27) ve sürenin sona ermesinden genellikle 30 gün önce bu komisyon çalışmalarına başlamaktadır. Eğer tesisler üzerinde borç ve taahhütler bulunduğu veya normal kullanımı aşan yıpranmaların mevcut olduğu tespit edilir ise, bu eksikliklerin giderilmesinin maliyeti yatırımcının teminatından karşılanmakta , arta kalan miktar olur ise bu da yatırımcıdan tahsil edilmektedir. Ayrıca, yatırımcı şirket ile idare arasında, tesislerin (erken) devri gerçekleştiği taktirde uygulanacak olan bir Varlıkların Devri Protokolü imzalanmakta ve bu protokol ile tesisin yatırım döneminde devri halinde tesisin tamamlanması, işletme döneminde devri halinde de tesisin işletilmesi ve bakım onarımının temin edilmesi hususunda yardımcı olmak üzere devredilecek varlıklar belirlenmektedir. Bkz. **Karadeniz Ereğlisi** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.30); **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.27); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.30-31); **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.30-31); Bazı sözleşmelerde de, devir bir geçiş dönemi içine yayılmakta ve bu süreçte yatırımcı kademeli olarak işi bırakırken idarenin personeli işe yerleştirilmektedir. Bkz.**Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama

Devir borcunun kapsamı ise, BK.m.293'ün kıyasen uygulanması suretiyle, işletme dönemine başlarken özel bir defter tutulmamış olsa dahi, kabul tutanaklarına istinaden belirlenebilecek ve yatırımcı tesisi bu kayıtlardaki kıymeti haiz olarak devredecektir. Ayrıca özel kanunlarda yer alan hükümler uyarınca, yatırım konusu tesisin (yatırım ve hizmetin), kapsamına dahil olan her tülü taşınır ve taşınmaz mallar ile müştemilatı ile birlikte, her türlü borç ve taahhütten ari olarak intikalinin sağlanması da gerekmektedir. Ancak her şeyden önce, kanun metinlerinde yer alan bu ifadelerin bazılarının özel bir anlam ifade etmekten uzak olduğunu ifade etmekte yarar görülmektedir. Şöyle ki, yatırımın inşa edildiği arazi devlete ait olduğu için, ayrıca ''*taşınmaz malların*'' intikalinden bahsetmek gereksiz olduğu gibi, bu arazinin mütemmim cüz'ü veya teferruatı haline gelmiş ''*menkul mallar*'' ile ''*müştemilatın*''

Anlaşması (m.33A); Bazen de devri tarihinden yaklaşık 1 yıl önce idare tesisi inceleyerek ekonomik ömrünü doldurmuş teçhizatı tespit etmekte ve bunların yenilenmesini istemekte ve aynı zamanda idarenin personelinde eğitim verilmekte olup, devir tarihinde tespit edilen eksikliklerin tamamlanması için de şirkete süre verilebilmektedir. Bkz. **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.35) ve **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.35); **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.33); **T.Emlak Bankası** ile özel bir şirket arasında imzalanan bir YİD sözleşmesinde de, tesisin işletmeye açılırken bir tutanakla tespit edilen tüm demirbaşları ile araç ve gerecinin eksiksiz olarak bankaya devri öngörülmüştür.

da ayrıca zikredilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır[528]. Bir an için, yatırımcı lehine üst hakkı tesis edilen hallerde bu ifadelerin bir anlamı olabileceği düşünülebilecek ise de, esasen kamu yatırımlarında uygulama sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, yatırımın her türlü borç ve taahhütten ari olarak idareye intikali bağlamında, üst hakkı da kendiliğinden sona erdiği için (bkz. 3996 sayılı Kanun m.9 ve 94/5907 sayılı BKK m.38/VII), yatırım sahibi idare, arazinin maliki olması nedeniyle, arazi üzerindeki tesise, mütemmim cüzler ve teferruatlarıyla birlikte zaten sahip olmaktadır. Dolayısıyla, bu noktada asıl önemli olan husus, taşınır veya taşımaz malların devri değil, tesisin bir ticari işletme olarak, tutulan deftere veya kabul tutanaklarına göre devrinin sağlanması olmalıdır. Gerçekten, ‘’*devir*’’ borcu, yatırım konusu tesisin mülkiyetinin naklini ifade etmemekte, tesisin işletme hakkının yatırım

---

[528]‘’*imtiyaz usulünde bir kamu hizmetinin kurulması, belli bir süre işletilmesi ve sonunda da tüm malvarlığının bedelsiz olarak idareye devredilmesi söz konusudur. Kamu hizmeti imtiyazı sözleşmesi sona erdiği zaman, o hizmete ilişkin tüm malvarlığı, kendiliğinden İdareye devredilmiş olur. Bu teorik esası, somut olay ve sözleşmeye uygulayacak olursak görürüz ki, devir edilen zaten biraz önce vurgulandığı gibi sadece bir işletme hakkı olduğundan bunun sona ermesi ile aslında idarenin mülkiyetinden hiçbir zaman çıkmamış bulunan malvarlığının yine Bakanlık ve uygun göreceği kuruluşa dönmesi veya geçmesi söz konusudur. ..... hizmeti yürütmek için ödünç alınan veya kiralanan tesislerin geri verilmesi söz konusudur ki, bu da klasik anlamda imtiyaz usulünün dışında bulunduğumuzu gösterir*’’ Bkz. **Özay İl Han**, Özay I, s.64.

sahibine intikalinden ibaret olmaktadır[529]. Zira, YİD modelinde ilişkinin devamı süresince tesis zaten yatırım sahibinin mülkiyetinde bulunmakta, üst hakkı tesis edilen hallerde de süre sonunda üst hakkı sona erdiği için yine mülkiyet nakline ihtiyaç doğmamaktadır.

Bunun yanında, BK.m.292 ve m.293'te yer almayan bir husus olarak, devredilecek tesisin *her türlü borç ve taahhütlerden ari olması* ve devrin *bedelsiz yapılması* gerekliliği, özel kanunların ilgili hükümlerinde açıkça belirtilmiş ve bu unsurlar borcun muhtevasına dahil edilmiştir. Esasen bu husus, YİD modelinin niteliği itibariyle zaten mevcuttur[530]. Gerçekten, bir proje finansman modeli olan YİD'te

---

[529]''*YİD modelinde, tesis ve yatırımın, uygulama sözleşmesinde öngörülen süre sonunda tümüyle iş sahibine, külli halefiyet (tümden geçiş) suretiyle, işler vaziyette devri söz konusudur*''. Bkz.**Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.12.; YİD sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte tesisin yatırım sahibine intikalinin bir külli halefiyet hali olarak değerlendirilmesinin doğru olmayacağı düşünülmektedir. Zira, hukuki ilişkinin mahiyeti itibariyle, finansmanın geri alınabilmesi için işletilmek üzere yatırımcının kullanımına bırakılan tesis, nihai olarak, yatırım sahibine bırakılmak üzere inşa edilmekte ve sözleşmenin sona ermesiyle birlikte bu amaç da gerçekleşmektedir. Nitekim, 3096, 3465 ve3996 sayılı Kanunlarda da külli halefiyet ifadesine yer verilmemiş olup, kanunda gösterilmeyen bir halde külli halefiyettin kabulü mümkün olmamalıdır.

[530]Bedelsiz devir, YİD'in temel unsurlarından biridir. Modelin finansman sağlama özelliği, tesislerin inşasında doğan borçların devri anına gelindiğinde ödenmiş olmasını gerektirmekte, ancak işletme dönemi borçlarının tesis üzerinde kalması

yatırım sahibinin beklentisi, finansman külfetine katlanmaksızın bir yatırıma sahip olmak ve bunun karşılığında, kendisine finansman temin etmeyi taahhüt eden yatırımcıya belirli bir süre tesisin işletme hakkını bırakmaktır. Buna bağlı olarak da, yatırım sahibinin bu ilişkide üstlenmeyi kabullendiği yegane mali külfet, tesisin muhtemel rantından belirli bir süre vazgeçmekten ibaret olup, bunun dışında her hangi bir bedel ödeme borcu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, gerek yatırım sahibinin ifa menfaatinin tatmini ve gerek yatırımcının finansman temini borcunun ifa edilmiş sayılabilmesi için, tesisin *bedelsiz olarak ve her türlü borç ve taahhütten ari olarak* devri zorunludur. Bu bağlamda, YİD sözleşmesinin süresinin sonuna gelindiğinde, tesisteki malzemenin finansal kiralama konusu olması ve halen ödenmemiş kira bedellerinin bulunması veya arazi üzerinde alt müteahhitlerin kanuni ipotek haklarının mevcut olması ya da mülkiyeti muhafaza kaydıyla alınan malzemelerin borcunun halen bitmemiş olması vb. hallerde tesis borçla yüklü bir halde bulunacağı için, devir borcu sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmiş olmayacaktır.

---

ihtimali bulunmaktadır. Bu noktada, işletme gerçekten zarar ettiği için borç yükü doğmuş olması ihtimali bulunduğu gibi, görevli şirketin nakit yönetimindeki kötü niyetinden de kaynaklanan bir borç birikimi de olabilecektir. İşte bu ihtimali ortadan kaldırmak için, yani şirketin işletme gelirini başka amaçlarla kullanıp, tesis üzerinde borç yükü bırakmasına imkân yaratmamak amacıyla, ‘’*her türlü borç ve taahhütten ari olarak devri*’’ borcu öngörülmektedir. Bkz. **Arslan Erdoğan**, s. 30-31.

2. Borcun Hükümleri

YİD ilişkisinin sonuna gelindiği noktada yatırımcının tesisi devir borcunu yerine getirmesi ve böylece yatırım sahibinin ifa menfaatinin tamamlanması gerekmekte ise de, (kamu yatırımları haricinde) ‘’*devir*’’ kendiliğinden gerçekleşmeyeceği için, bu borcun da ihlali ihtimali bulunmaktadır.

Böyle bir borç ihlalinin ortaya çıkması durumunda, sui generis bir sözleşme olan YİD’e doğrudan uygulanabilen genel hükümlerden yararlanılması suretiyle bir çözüm yaratılması gerekecektir. Hukuki ilişkinin son aşamasında ortaya çıkacak bu borç ihlalinde, BK.m.106’daki seçimlik haklardan aynen ifayı reddedip müspet zarar talep etmek veya sözleşmeyi feshederek menfi zarar istemek, anlamlı olmayacağı için, sadece aynen ifa ve gecikmeden doğan zararın istenmesinin düşünülebileceği açıktır.

Gerçekten, uzun süreli YİD ilişkisinin süresi sonuna kadar beklemiş olan yatırım sahibinin, sözleşmeyi feshetmesi halinde, sürekli edimleri ifa edilerek tamamlanmış bir hukuki ilişkide fesihten beklenen hukuki sonuçlar tam olarak ortaya çıkamayacaktır. Zira, sürekli ilişkilerde fesih ileriye etkili sonuç yaratmakta ve önceden ifa edilmiş edimlerin geçerliliğini etkilememektedir. Bu durumda, yatırımcının finansman ve inşa edimlerini, sözleşme süresi içinde ifa etmiş, yatırım sahibinin de işletme hakkı tanımak borcunun ifasını tamamladığı son noktada, artık ileriye etkili olarak sona erdirilecek bir sürekli edim kalmamakta, ifa edilmiş olanların da tasfiyesi imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, devir borcunun ihlali

halinde fesih, sadece ifa edilmemiş olan devir borcunu sona erdirebilecektir. Ancak, YİD projelerinde yatırım arazisinin yatırım sahibine ait olduğu dikkate alındığında, devir borcunun sona ermesi de, sadece *işletmenin* devredilmemesi anlamına gelecek, tesisin mülkiyeti ise zaten yatırım sahibinde olacaktır. Böyle bir sonucun ise yatırım sahibinin fesihten beklediği yarar olmadığı açıktır.

Aynen ifanın reddi ve müspet zarar talep edilmesi ihtimalinde de benzer bir sonuç doğacaktır. Zira, devir borcunun aynen ifası yapılmadığında, *işletme* devri yapılmayacak ve bunun yerine tazminat ödenecek ve fakat mülkiyet hakkı yatırım sahibinde olacaktır.

İşte bu bakış açısıyla konuya yaklaşıldığında, devir borcunun YİD ilişkisinde bir asli borç olmasına karşın, sürekli borç ilişkisinin sonunda ifası gereken bir borç olması nedeniyle, BK.m.106'daki seçimlik hakların kullanılması ile yatırım sahibinin menfaatinin sağlanamayacağı görülmektedir. Her ne kadar, kiralananın geri verilmesi borcunun ayıplı ifasında, şeyin eski hale getirilmesinin nispetsiz derecede aşırı masrafı gerektirmesi halinde şeyin kiracıda bırakılması suretiyle tam tazminat istenebileceği kabul edilmekte[531] ise de, YİD ilişkisindeki ifa menfaati dikkate alındığında bu çözümün de amaca hizmet etmeyeceği görülecektir. Gerçekten, yatırım sahibi, kiralayandan farklı olarak, yatırım arazisinin kullanımını bir kira bedeli almadan veya çok düşük bir bedel karşılığı, uzun bir süre için yatırımcıya bırakmakta, bunun karşılığında ise beklediği menfaat kendisine bir tesisin devri

[531] **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, BK.m.266 (Art.271), N.4; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.187.

olmaktadır. Ayrıca, inşa borcunun veya bakım onarım borcunun ifasına bir ihtilaf doğmadan sözleşme süresinin sonuna gelinmiş ise, tesisi kabulden kaçınmayı gerektirecek derecede ağır bir ayıp bulunması da muhtemel görünmemektedir.

Bu durumda, BK.m.96 uyarınca, borca aykırılık nedeniyle zararın talep edilmesi ve tabii ki aynen ifanın sağlanması, ilişkinin mahiyetine en uygun çözüm olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, BK.m.292'nin kıyasen uygulanması suretiyle de, aynen ifa ve kıymet noksanları nedeniyle tazminat ödetilmesi sağlanabilecektir. Bu noktada, YİD'e BK.m.293'ün kıyasen uygulanması da mümkün olacağı için, yatırımcının kusursuz sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira bu hüküm sayesinde yatırımcı, devri gereken tesisin eksikliklerinden, kusuru olmasa dahi sorumlu tutulabilecek, ancak yatırım sahibinin kusuru veya mücbir sebep nedeniyle bir eksilme doğduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir[532].

Öte yandan, yatırımcının, bakım onarım borcu bulunduğu için, BK.m.279 ile sınırlı olmayan bir ikame borcunun varlığı da kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak, BK.m.292/II'den doğan *kıymet noksanlıkları için tazminat itası borcu*, BK.m.279 gereğince eskilikten veya kullanmaktan dolayı telef olan önemsiz noksanlıklar ile sınırlı[533] olmayacak, tesisin bakımlı, çalışır, kullanılabilir bir halde ve her türlü borç ve taahhütten ari olarak devri gerekecektir.

---

[532]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV., s.190; **Zevkliler Aydın**, s.237; **Tunçomağ Kenan**, s.371.

[533]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV., s.188; **Zevkliler Aydın**, s.237.

Ayrıca, yatırımcının BK.m.293/III'ten yararlanması da mümkün görülmemektedir. Zira, YİD sözleşmesindeki menfaat dengesi gereği, yatırımcının önce inşa edip daha sonra işletmeye başladığı tesisin işletme döneminde en yüksek işletme kârına ulaşmak için faaliyet göstermesi neticesinde tabii ki, kendi masrafları ve emeği ile ortaya çıkan değer artışları oluşacaktır. Ancak, uzun işletme döneminde işletme gelirinin yatırımcıya bırakılmış olması nedeniyle, bu değer artışının kârından da öncelikle yatırımcı yararlanacak, devir sonrasında yatırım sahibine yansıyan değer artışı ise, ilişkiden beklenen menfaatin kapsamında kabul edilecektir.

M. Yatırımcının Diğer Borçları

Yatırımcıya tanınan işletme hakkı, yatırım sahibi açısından bir borç olmakla birlikte, hasılat kirası hükümleri uyarınca, yatırımcı açısından da, asli borç düzeyinde olmayan, daha ziyade ödev mahiyetinde bir işletme sorumluluğu yaratmaktadır[534]. Gerçekten, kendisine bir karşı edim olarak verilen işletme hakkını kullanan yatırımcı, BK.m.278/I uyarınca tesisi ''*tahsis olunduğu dairede iyi bir surette işletmeğe ve*

[534]Kiracının işletme sorumluluğunu Bilge ''*vazife*'' olarak ifade ederken, Tandoğan ''*yükümlülük*'' kelimesini tercih etmiştir. Bkz. **Bilge Necip**, s.143; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.141; BK.m.278'deki iyi şekilde işletme borcu ifadesinin mutlak şekilde anlaşılmaması gerekir. Zira, bu borcun bulunup bulunmadığı, işletilmemekten kira dönemi sonunda kiralayan için bir zarar doğup doğmamasına göre tayin olunabilir. O halde kiracının iyi işletmeden ancak bu şart altında sorumlu tutulması doğru olur. Bkz. **Tunçomağ Kenan**, s.361-362; **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.283 (BK.m.278), N.2.

özellikle hasılata kabiliyetli bir halde bulundurmaya mecburdur''. Nitekim, sözleşme süresi sonunda, denenmiş, bakımı yapılmış, kapasitesini tam olarak kullanabilen ve belirli bir müşteri çevresi, ticari itibar edinilmiş haldeki, kullanılabilir bir tesise kavuşmak beklentisinde olan yatırım sahibinin ifa menfaatinin sağlanması için de, yatırımcıya bu borcun yüklenmesi zorunlu olmaktadır. Özellikle kamu yatırımlarında, kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanabilmesi için tesisin düzenli şekilde işletilmesi gerekliliği daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle, 3996 sayılı Kanun m.6'da tesisin işletilmesinden şirketin sorumlu olacağı ifade edilmiş ve tesisin sözleşmede belirlenen işletme programına uygun şekilde işletilmesinin denetlenmesi yetkisi de 94/5907 sayılı BKK.m.23 ile idareye tanınmıştır. Yatırımcının tesisi iyi bir şekilde işletme ve hasılat getirmeye elverişli halde bulundurma borcuna aykırı davranması halinde ise, BK.m.289 kıyasen uygulanabilecektir. Ancak, bu hakkın kullanılabilmesi için, yatırımcının işletmecilik hususundaki sözleşmeye aykırı davranışı özel bir önemi haiz olmalı, bir başka ifade ile ağır bir ihlal teşkil etmeli ve bu durum yatırım sahibi için zarar yaratmalıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde, yatırım sahibine bir ihtarda bulunularak, tayin edilen mehil içinde durumun düzeltilmesi istenmeli ve yine yatırımcı tutumunu değiştirmez ise fesih hakkı kullanılabilmelidir[535]. Esasen, YİD sözleşmesinde bu ihtimalin genelde ortaya çıkmayacağı düşünülmektedir. Zira, yatırımcı, hasılat kiracısından daha farklı olarak, tesisi gereği gibi işletmediğinde sadece bir kira bedeli kadar değil, en az harcadığı yatırım sermayesi kadar zarara uğrayacak olup, bu yöndeki menfaati itibariyle de işletmeyi en kârlı şekilde işletmek durumundadır.

[535]**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.294 (BK.m.289), N.1; **Tunçomağ Kenan**, s.351.

Bunun dışında, sözleşmede ek bir kira bedelinin ödenmesi de kararlaştırılmış olabileceği için, bu hallerde yatırımcının, bir yan borç olarak, kira borcu da doğmaktadır[536]. Bu ihtimalde, belirlenecek kira bedelinin sadece bir dengeleyici

[536]T.Emlak Bankası A.Ş. ile özel bir şirket arasındaki spor tesisleri ve eğlence alanlarının yapımı ve işletilmesine ilişkin sözleşmede de, ilerleyen yıllarda azalan miktarlarda olmak üzere kira ödemesi kararlaştırılmıştır (m.7.1); **İstanbul Büyükşehir Belediyesi** ile Net Holding A.Ş. arasında imzalanan, Dört Yıldızlı Talimhane Oteli (Yap-İşlet-Devret) Metoduyla Yapım Sözleşmesi'nde de, Belediye cirodan pay almaktadır (m.2); 3465 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik m.68'de idarenin işletme hasılatından pay alabileceği belirtilmiştir. Ayrıca bazı sözleşmelerde de garanti edilen tutarın üzerinde elde edilecek meblağın idareye ait olacağı hükme bağlanmıştır. Bkz.**Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.27); **Antalya** Hava Limanı ve Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme, Devir ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m28); Y.3.HD., 8.4.2002 T., E.2002/3040, K.2002/3476 (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) sayılı karara konu olan, Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Antalya Büyükşehir Belediyesi arasındaki, Kültür Merkezi yapımına ilişkin YİD sözleşmesinde, arsada mevcut otelin yıkılarak yerine kültür merkezi yapılması ve taşınmazın 10 yıllık kira sözleşmesiyle Belediyenin kullanımına bırakıldığı anlaşılmaktadır.; Y.13.HD., 9.6.1998 T., E.1998/4614, K.1998/5241 (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) sayılı karar, bir belediye ile petrol ürünleri şirketi arasında, belediyeye ait arsa üzerinde tesisler yapılıp, belirli süre kullanıldıktan sonra devredilmesi ve bu süre içinde kira bedeli ödenmesini öngören bir YİD sözleşmesi

etkisi olmasına dikkate edilmelidir. Zira, YİD bir proje finansman modeli olduğu için yatırımcı sağladığı finansmanın ve inşa ettiği tesisin maliyetini, kârıyla birlikte işletme gelirinden almak suretiyle ifa menfaatine kavuşabilecektir. Bu nedenle, tespit edilen kira bu menfaat dengesini ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır. Eğer YİD ilişkisinin menfaat dengesi dahilinde bir kira borcu kararlaştırılmış ise, BK.m.288'in kıyasen uygulanması suretiyle yatırım sahibine fesih hakkı tanımak da uygun olmayacaktır. Aksi halde, yatırımcının asli borçları ile aynı düzeyde olmayan bir yan borcun ihlal edilmiş olması nedeniyle sözleşmenin feshi yoluna gidilmiş olacak ve bu da amacı aşan bir sonuç yaratacaktır[537]. Bunun yanında, tabii ki, tesisin yatırımcıya yüklenebilecek bir nedenle kullanılamadığı dönemlerde de, BK.m.274/I uyarınca,

---

yapıldığı belirtilmiştir.; Y.13.HD., 21.2.2003 T., E.2002/12997, K.2003/1639 sayılı karar (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) konu olayda ise, Beğendik Mağaza İşletmeciliği Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Türkiye Kızılay Derneği arasındaki YİD sözleşmesinde Kızılay Sosyal Rant Tesisi Binasının YİD finansman modeli dahilinde Beğendik tarafından yapımı ve işletilmesi, işletme süresinden (37 ay) sonra da 20 yıl süre ile kiralanmasının kararlaştırıldığı görülmektedir.

[537]Eğer YİD sözleşmesinin konusunu zirai bir yatırım teşkil ediyor ise, BK.m.282'nin uygulanması sorunu da gündeme gelecektir. Bizim görüşümüze göre, YİD ilişkisinde finansman, inşaat ve işletme risklerini üstlenen yatırımcının, normal şartlarda bir bedel ödemeksizin işletme hakkını kullanması gerekirken, ek bir borç olarak kira bedeli ödenmesi de kararlaştırılmış olması halinde, kendisine YİD'in kapsamı dışında bir risk yüklenmiş olacak ve bunun dengeleyicisi niteliğinde de, kira bedeli ile sınırlı olmak kaydıyla, BK.m.282'nin uygulanmasına izin vermek gerekecektir.

kira bedeli ödemek borcu devam edecek ve ayrıca yatırımcının kusurlu olması halinde BK.m.278'deki işletme borcunun ihlali nedeniyle tazminat borcu doğacaktır. Bununla birlikte, hükmün ikinci fıkrasını YİD ilişkisinde uygulamak imkânı doğmayacaktır. Gerçekten, YİD ilişkisinde yatırım sahibi, ancak devir aşamasında tesisi kullanabilir hale geleceği için, ''*sarfiyattan tasarruf*'' edilmesi veya ''*diğer surette kullanılmasından*'' menfaat elde edilmesi imkânı yatırım sahibi açısından mevcut değildir. Öte yandan, eğer tesisin kullanılamamasına yol açan ve yatırımcının şahsında gerçekleşen neden, bir kusura dayanmıyor veya öngörülemeyen bir olay niteliği taşıyor ise, bu durumun ilişkinin devamını dayanılmaz hale getirmiş olması kaydıyla, her iki taraf da sözleşmeyi feshedebilecektir[538].

Ayrıca, YİD projesinin niteliğine bağlı olarak, yatırımcıya teknoloji transferi ve personeli eğitim borcu da yüklenebilmektedir. Nitekim kamu yatırımlarında, teknoloji transferi önemli bir unsur olarak ortaya çıkmakta (3996 sayılı Kanun m.3a) ve buna paralel olarak da yatırımcının kullandığı özel teknolojinin bir lisans hakkı[539] ile yatırım sahibine intikali ve ayrıca yatırım sahibinin personelinin bu teknolojiyi kullanabilecek şekilde eğitilmesi de gerekli olmaktadır[540].

---

[538]**Tunçomağ Kenan**, s.279,364.

[539]**Polatkan Vahit**, Polatkan I, s.13.

[540]Kamu yatırımlarında, devri aşamasını düzenleyen Devir Protokollerinde bu hususlar yer alabilmekte ve ayrıca Uygulama sözleşmelerinde de tesislerin devrinden önce, idarenin yeterli sayıda elemanına tesisin işletilmesine ilişkin özel bir eğitim verilmesi ve bu eğitim masrafının yatırımcı şirket tarafından karşılanması hükme bağlanmaktadır. Bkz.**Karadeniz Ereğlisi** Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin

II. YATIRIM SAHİBİNİN BORÇLARI

YİD sözleşmesinin yatırım ve işletme dönemlerinden oluşan yapısı içinde, yatırım sahibinin borçları da istisna sözleşmesi ve hasılat kirası sözleşmesinden esinlenerek belirlenebilecek ve fakat bunlardan daha farklı olarak da, yatırımcının finansman temini borcunun bir karşılığının yaratılabilmesi bağlamında, yatırım sahibinin borçları, iş sahibinin veya kiralayanın borçlarına nazaran özellik taşıyacaktır.

Gerçekten, yatırım arazisinin teslimi, işletme hakkı tanınması, zapta karşı tekeffül ve vergilerin ödenmesi borçlarının yanında, yatırımcıyı engellememek borcu da bulunan yatırım sahibinin, kendi ifa menfaatine kavuşmayı beklerken, yatırımcının ifa menfaati kapsamında, tesisi işletmek ve mümkün olan en yüksek kârı elde etmek suretiyle yatırımda kullanılan finansmanı geri almak haklarını gözetmesi gerekecektir.

Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.31o); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.32n); **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, (m.32); **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması (m.25).

Ayrıca, istisna sözleşmesindeki iş sahibinin ücret ödeme borcu, yatırım sahibi açısından mevcut olmayıp, yatırımcının kendi edimlerini tamamladığında yatırım sahibinden talep edebileceği bir bedel alacağı bulunmamaktadır. Zira, YİD bir proje finansmanı metodu olması itibariyle, inşa edilecek tesisin kendi kendisini finanse etmesi esasına dayanmakta ve finansman ve işletme riski de yatırımcının üzerinde bırakılmaktadır.

A. Yatırım Arazisinin Teslimi Borcu

1. Borcun Muhtevası

YİD sözleşmesinde yatırım sahibi açısından bir ücret ödeme borcu doğmamakla birlikte, bir finansman modeli olarak YİD'in tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle, gerçekleşecek yatırıma her iki tarafın da bir katkıda bulunmalarının bekleneceği muhakkaktır. Bu bağlamda, proje konusu yatırımın inşası için gerekli unsurlardan en az birinin yatırım sahibi tarafından karşılanması gerekmekte, aksi halde inşa borcu ile işletme hakkı tanıma borcunun değişimi sağlanamamaktadır. Bu nedenle de, genellikle gayrimenkul yatırımlarında kullanılan YİD sözleşmesinde proje konusu yatırımın üzerinde gerçekleştirileceği arazinin temini ve teslimi, istisna sözleşmesinde de olduğu gibi, yatırımcının malzeme temini borcunun kapsamı dışında kalmakta ve yatırım sahibine ait olmaktadır[541].

[541] Şenyüz'ün, YİD sözleşmesi belirli şeylerin iş sahibi (bu kişi kira sözleşmesi itibariyle ele alındığında kiralayan) tarafından müteahhide (kiracıya) teslimi ile müteahhidin bu şeyleri sözleşmede öngörülen koşullarda bir araya getirerek işler hale

Öte yandan, arazinin, yatırım sahibi değil, yatırımcı tarafından temin edilmesinin de mümkün olması gerektiği de düşünülebilecektir. Ancak, YİD modelinde yatırım sahibinin, normal şartlarda, yatırımda kullanılacak finansmanın geri ödenmesi hususunda bir şahsi sorumluluğu bulunmadığı için, harcanacak sermaye ile proje konusu işletmeden beklenen gelirin dengeli olması büyük önem taşımaktadır. İşte bu denge içinde, arazinin yatırım sahibi tarafından temini söz konusu olacaktır. Aksi durumda, yatırımcı üstlendiği arazi, inşaat ve finansman maliyetini, makul bir kâr ile birlikte işletmeden geri alabilmek için çok uzun süreli bir işletme hakkı talep edecek, bu kadar uzun süre de yatırımın ekonomik ömrünün yatırımcı elinde tüketilmesi anlamına gelebilecektir[542]. Bu nedenle kural olarak, yatırımcı, arazinin temini

---

dönüştürmesi ve belli bir süre kullandıktan ya da faydalandıktan sonra işler vaziyette iş sahibine (kiralayana) devretmesini içeren bir sözleşmedir şeklindeki tanımı, yatırım sahibinin bir yatırım unsurunu yatırımcıya aktarmak borcu olduğunu ortaya koyan niteliktedir. Bkz. **Şenyüz Doğan**, s.7.

[542]Risk paylaşımının sağlandığı sözleşme görüşmelerinde tarafların üzerinde durdukları hususlar arasında tesisin inşa edileceği arazinin temini ve maliyetinin de önem kazandığı tespit edilmiştir. Bkz.**Tiong Robert L.K.**, Tiong V, s. 6-10; **Manuel John G.**, s.2-3; Bununla birlikte, yatırımın yapılacağı arazinin yatırımcıya ait olması halinde dahi, özel yatırımcılar, kamu tesislerinin inşası ve işletilmesine ilgi göstermektedirler. Bu ihtimalde kullanılan model ise, ***Yap-İşlet*** olmakta ve yatırımcı kendisine ait olmak üzere inşa ettiği tesisi kendisine tanınan işletme süresinde işlettikten sonra, ilişki sona ermekte, ancak bu halde tesis idareye intikal etmeyip, yatırımcının elinde kalmaktadır (bkz. 4283 sayılı Kanun).

maliyetini üstlenmek istemeyecek ve yatırım sahibi de, ancak elinde uygun bir arazi bulunması halinde, böyle bir finansman modelini kullanabilecektir.

Bununla birlikte, kamu yatırımlarında olduğu gibi, yatırımcının arazi temini maliyetini üstlenmeyi kabul etmesi de mümkündür. Ancak bu halde dahi, arazinin mülkiyeti yatırım sahibine ait olmakta, yatırımcı sadece arazinin temini maliyetini karşılamaktadır. Bu durumda, istisna sözleşmesinde müteahhidin arazi temin etmesi halindeki gibi, ayrıca bir taşınmaz satımı sözleşmesi gündeme gelmemekte, YİD modelinin finansman yapısı dahilinde, arazi maliyeti toplam yatırım tutarı içine dahil edilmektedir. Zira, YİD esas itibariyle bir yatırımı gerçekleştirmek isteyen ve fakat yeterli sermayeye sahip olmayan kişilerce kullanılan bir proje finansmanı modeli olup, yatırım sahibinin finansman ihtiyacı, arazinin tahmini maliyetini de kapsayabilmektedir. Nitekim, kamu yatırımlarında, inşa edilecek tesisin kurulacağı arazi çoğu zaman üçüncü kişilerin mülkiyetinde olduğu için, kamulaştırma yapılması zorunluluğu doğmakta ve işte bu noktada kamulaştırma maliyeti yatırımcı olan görevli şirkete yüklenmektedir[543]. Kamulaştırma yapılmasına ihtiyaç bulunmayan,

[543]Kamulaştırma bedelinin şirket tarafından ödenmesi karşılığında idare de, gerekli arazinin kamulaştırmasını yapmakta, mülkiyet ise idareye ait olmaktadır (3096 sayılı Kanun m.11, 3465 sayılı Kanun m.8, 3996 sayılı Kanun m.10); YİD modeli kullanılarak LPG istasyonu yapımı amacıyla belediye tarafından yapılan kamulaştırma işlemi, belediyenin LPG istasyonu işletmek görevi bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Danıştay 6.D., 12.11.2002 T., E.2001/4741, K.2002/5010 (Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yatırım arazisinin idare tarafından tahsis edildiği hallerde ise, idare bu arazi için yatırımcıdan bir kullanım bedeli talep edebilmektedir (94/5907 sayılı BKK.m.38)[544]. Yatırımcının, toplam yatırım tutarı ile kârını işletme gelirinden geri almak beklentisi dahilinde bu maliyeti üstlenmesinin nedeni, bu surette geniş halk kitlelerine veya doğrudan bir kamu kurumuna süreklilik arz eden bir mal veya hizmet satışı yapmak imkânına sahip olmasıdır. Zira, YİD modelinin bu şekilde uygulandığı kamu yatırım projeleri, genellikle devletin tekel konumunda olduğu mal veya hizmet piyasaları içinde olup, özel yatırımcı da bu alanda bir imtiyaz elde ederek tesisin işletmesini yürüteceği için, işletme süresi içinde yüksek gelir elde etmek şansı bulunmaktadır. Gerçekten, yatırımcının hem malzeme hem de arazi temini maliyetini üstleniyor olması, kendisine tanınacak imtiyaza istinaden elde edeceği işletme kârının bir karşı bedeli gibi düşünülebilecek, hatta idarenin verdiği muhtelif garantiler nedeniyle zarar riski en aza indirgenmiş bir işletmeyi, tekel hakkına sahip olarak işletebilmenin

[544]Nitekim, **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.12) ve **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesinin 10.maddesinde de idarece tahsis edilen araziler için yıllık kullanım bedeli ödeneceği kararlaştırılmıştır. Aynı şekilde, **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesi (m.25); ‘’*Görev konusu yatırım için idarece tahsis edilecek olan alanın mülkiyeti Hazine’ye aittir. Görevli şirket, tesisin gerçekleştirilmesi amacıyla, tahsis edilen arazinin işletme döneminin birinci yılı için kırkbin ABD Doları kullanım bedeli olarak idareye ödeyecektir. Sonraki yıllara ait kullanım bedelleri her yıl Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığınca yayınlanan Toptan Eşya Fiyatları Endeksi oranında arttırılacaktır*’’.

karşılığı sayılabilecektir. Kaldı ki, yukarıda da ifade edildiği gibi, yatırım alanının idare tarafından tahsis edildiği hallerde de, idarenin tespit edeceği miktarda bir arazi kullanım bedeli görevli şirket tarafından ödenecektir[545].

Öte yandan, kural olarak yatırım sahibi tarafından veya yukarıda açıklanan hallerde yatırımcı tarafından temin edilen yatırım arazisinin yatırımcıya tesliminin, sözleşme ile yatırımcıya tanınan kullanma ve işletme hakkı kapsamında ele alınması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır; YİD'in işletme unsuru itibariyle, sözleşmede yatırımcıya proje konusu tesisi işletme hakkının verilmesi ve bu hakkın kullanılabilmesi için de, yatırımcı tarafından tesisin inşa edilmiş olması gerekmektedir. Tesisin inşası ise, yatırım arazisinin yatırımcıya tesliminden sonra mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, yatırımcının işletme hakkını kullanabilmesi için yatırım sahibinin ifa etmesi gereken borç, yatırım arazisinin teslimi olmakta, bu borcun ifasından sonra artık yatırımcıya ayrıca bir tesis teslimi yapılması gerekmemektedir.

[545]Arazi temini maliyetinin yatırımcı tarafından karşılandığı durumlarda, mülkiyet yine yatırım sahibinde olacağı için, arazi maliyetinin finansmanı borcunu önce ifa etmiş olan yatırımcının, arazinin kendisine teslimi hususunda bir teminata ihtiyacı doğmakta ve üst hakkı veya intifa hakkı tesisi bu amaçla kullanılabilmektedir.; Danıştay 3.D., 24.5.2000 T., E.1998/1150, K.2000/1961; 17.12.2002 T., E.2002/2999, K.2002/4218 sayılı kararlara (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) intifa hakkı tanınan YİD sözleşmeleri konu olmuştur.

Ayrıca, yatırımcı istisna sözleşmesindeki müteahhitten farklı olarak, eseri inşa edip teslim etmek amacıyla hareket etmediği için, kendisine teslim edilen araziyi de, bir müteahhit gibi sadece inşa borcunun ifası amacıyla sınırlı olarak fiili hakimiyetinde bulundurmamaktadır. Tesisin inşası, yatırımcı açısından sadece bir borç olmayıp, aynı zamanda işletme hakkını kullanabilmek için tamamlanması gereken bir ilk adım olduğuna göre, yatırımcının ifa menfaati arazinin teslimini gerektirmekte ve bu nedenle yatırım arazisinin kendisine teslimi hususunda yatırımcıya bir talep hakkı tanınması zorunlu olmaktadır. Zira, yatırımcının ifa menfaati, tesisin işletme hakkını kullanmak olduğu için, yatırım arazisini de, tesisin işletme hakkını kullanabilmek üzere elinde bulundurabilmelidir. Bu nedenle, yatırım sahibinin arazi teslim borcunun ve yatırımcının da araziyi kullanma hakkının, esasen yatırımcıya sözleşmede tanınan kullanma ve işletme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, teslim edilen yatırım arazisinin inşa borcunun ifası döneminde yatırımcı tarafından kullanılmasının, bir ariyet niteliğinde olmadığı da açıktır. Zira, bilindiği gibi, ariyet, misli olmayan bir menkulün veya bir gayrimenkulün kullanım hakkının karşılıksız olarak bir başkasına bırakılmasına ilişkin bir sözleşmedir[546]. YİD'te ise, yatırım arazisinin yatırımcının kullanımına bırakılması, karşılıksız olmayıp, finansman ve inşa borçlarının bir karşı edimini teşkil etmektedir.

Bu durumda, arazinin yatırımcı tarafından kullanılabilmesini teminen yatırım sahibi tarafından yapılacak olan arazi tesliminin, YİD sözleşmesinde yatırımcıya tanınan işletme hakkı kapsamında bir arazi kullanım hakkına dayandığını söylemek yanlış

[546]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.288.

olmayacaktır. İşte bu hukuki yapı itibariyle, yatırım arazisinin tesliminin, hükümleri yatırımcının işletme hakkına da kıyasen uygulanabilecek olan hasılat kirasındaki teslim borcuna benzetilmesi yerinde olacaktır.

2. Borcun Hükümleri

Görülüyor ki, YİD sözleşmesiyle yatırım arazisinin yatırımcıya bırakılan kullanım hakkının kullanılabilmesi için zorunlu olan arazi teslimi, yatırım sahibinin bir asli borcunun ifası olup[547], istisna sözleşmesindeki gibi iş sahibinin bir ifaya hazırlık hareketi niteliğinde değildir[548]. Dolayısıyla, yatırım sahibinin arazi teslimi borcunu ifa etmemesi halinde, istisna sözleşmesindeki gibi alacaklı temerrüdü[549] değil, borçlu temerrüdü doğacaktır.

Bu borcun ifasının ne şekilde olacağı ise, BK.m.272'in kıyasen uygulanması suretiyle tespit edilebilecektir. Dolayısıyla teslim, kullanım konusu malın yatırımcının kullanımına âmade kılınmasıyla yapılacak ve ayrıca yatırımcının da araziyi teslim alması gerekecektir. Zira, YİD sözleşmesindeki yatırımcı, bir adi kiracı

[547]**Şenyüz Doğan**, s.9; Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de arsa temini iş sahibi için bir temel borç olarak görülmektedir. Bkz. **Kartal Bilal**, s.105.

[548]**von Tuhr Andreas (Çev. Edege Cevat)**, s.573; **Dayınlarlı Kemal**, s.170.

[549]**von Tuhr Andreas (Çev. Edege Cevat)**, s.573; **Dayınlarlı Kemal**, s.173; Y.15.HD., 23.11.1987 T., 1987/226 E., 1987/4051 K. sayılı karar için bkz. **Uygur Turgut**, C.3, s.3112.

sıfatını haiz olmadığı için, yatırım sahibinin de ifa menfaatine hizmet eden arazi teslimine katılmak ve araziyi teslim almak borcu altındadır[550].

Teslim edilen arazinin proje konusu tesisin inşasına elverişliliğinin saptanması da yine hasılat kirası hükümlerine göre belirlenebilecektir. Yatırım sahibin teslim ettiği arazi, YİD sözleşmesi ile güdülen amaca uygun bir biçimde kullanılamayacak veya bu kullanımı özenli ölçüde etkileyecek eksiklikler taşıyor ise, ayıplı sayılmalı ve yatırımcı, BK.m.249/II'deki hakları kullanabilmelidir. Dolayısıyla, yatırım arazisinin ayıplı olması halinde yatırımcı sözleşmeyi feshedebileceği gibi, ''*ücretten münasip bir miktarın tenzili anlamında*'' olmak üzere, ayıp oranında, inşa edilecek tesisin niteliklerinin azaltılması veya yatırım maliyetine yatırım sahibinin de katılması talebinde bulunabilmelidir.

Ayrıca yatırımcının, bir müteahhit gibi, kendisine teslim edilen araziyi BK.m.357/III anlamında muayene etmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira yatırımcı, arazinin kullanım hakkını, kendi ifa menfaatinin yanında, aynı zamanda, yatırım sahibinin ifa menfaatinin konusunu oluşturan tesisin inşası için kullanacaktır. Bu nedenle, inşa borcunun bir uzantısı ve sadakat borcu ile genel ihbar borcunun da bir gereği olarak yatırımcının, BK.m.357/III'ün kıyasen uygulanması suretiyle, kendisine teslim edilen araziyi incelemek ve tespit edeceği *kusurları* yatırım sahibine bildirmek borcu olduğu kabul edilmelidir.

[550]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.110-111.

Diğer taraftan, yatırım arazisinin kamulaştırma veya kullanım bedeli yatırımcı tarafından ödenen kamu yatırımlarında, BK.m.249/II ve m.357/III'ün uygulanmasına gerek olmadığı da söylenebilecektir. Zira, yatırımcı hazırladığı fizibilite raporlarında kamulaştırılması gereken araziyi göstermekte ve yatırımcının talebi doğrultusunda idare, kamulaştırma yapmakta veya kendi elindeki bir arazinin kullanım hakkını vermektedir. Dolayısıyla, kamu yatırımlarında hangi arazinin kullanılacağını belirleyen genellikle yatırımcının kendisi olmakta[551] ve bu hallerde artık yatırım sahibi tarafından gösterilen bir arazinin kusurundan bahsedilemeyecek ve seçilen arazi nedeniyle doğan zararlara da yatırımcının katlanması gerekecektir.

Yatırım sahibinin teslim borcunu ifa etmemesi halinde ise, genel hükümler uyarınca yatırımcının korunması mümkündür. Yatırımcı, BK.m.106 uyarınca, aynen ifayı ve kusurun varlığı halinde gecikmeden doğan zararını talep edebilecek veya sözleşmeyi feshederek menfi zarar talep etmek yetkisini de kullanabilecektir. Henüz sürekli edimlerin ifasına başlamamış olan bu dönemde yapılacak feshin ise dönme anlamında olacağı düşünülmektedir.

Öte yandan, yatırımcının aynen ifayı reddedip, *borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanını* talep etmesinin ise, ilişkinin mahiyeti itibariyle mümkün olmadığı düşünülmektedir[552]. Zira, sürekli bir borç ilişkisi olan YİD'te taraf menfaatlerinin

[551]3096 sayılı Kanun'un Uygulanmasına İlişkin 16.8.1985 T., 9799 S. Yönetmelik, EK.1'de Fizibilite raporunda yer alacak hususlar arasında ''*Proje Sahasının Tanıtılması*'' başlığı da yer almaktadır.

[552]Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, I,I.2.b.bb.ii

gerçekleşmesi, süre unsurunu muhtevasında bulunduran karşılıklı edimlerin ifasıyla mümkün olacaktır. Bunun ifade ettiği anlam ise, süreye bağlı olarak ortaya çıkacak edimlerin değişimi suretiyle tarafların amaçlarına ulaşabilecekleri ve aynı zamanda süre unsurunun ilişkiye taşıdığı belirsizlik riskini de kabullenmiş olmalarıdır. İşte bu yapı karşısında, aynen ifanın reddi, yatırımcının işletme geliri beklentilerini ve yatırım sahibinin de tesise kavuşmak amacını boşa çıkartacaktır. Gerçekten, yatırım arazisi teslim edilmedikçe tesis inşa edilemeyecek, yatırımcı da işletmeye başlayamayacaktır. Bu özel nitelikteki ifa menfaatlerinin, kağıt üzerinde yapılacak hesaplamalarla paraya çevrilmesi ise, YİD ilişkisinin özündeki finansman ve işletme risklerinin yok sayılması, aynı zamanda sözleşme süresinde ortaya çıkabilecek mücbir sebeplerin de görmezden gelinmesi suretiyle, gerçek dışı bir zarar hesabı yapılmasına yol açacaktır. Özellikle fark teorisinin uygulanması halinde, yatırımcı fizibilite raporunda yer alan hesaplamalara göre öngörülen işletme kârını, ilişkinin risklerinden kurtulmuş olarak, elde ederken, yatırım sahibinin, bu kârın gerçekleşmesi için ön şart olan, proje konusu tesise kavuşması engellenmiş olacaktır. Dolayısıyla, menfaat dengesini olumsuz etkileyen ve gerçek dışı zarar hesaplamalarına yol açan bir durum yaratması nedeniyle, aynen ifanın reddi ve müspet zararın tazmini isteminin, YİD ilişkisinin mahiyetine uygun düşmediğini düşünmekteyiz.

B. İşletme Hakkı Tanımak Borcu

1. Borcun Muhtevası

YİD sözleşmesinde ‘’*işlet*’’ döneminin hayata geçebilmesi, yatırım sahibinin bu ilişki içindeki bir diğer asli borcu olan ‘’*işletme hakkını tanımak*’’ borcunun ifası ile mümkün olabilmektedir. Bu borcun, gerek adı gerek muhtevası itibariyle hasılat kirasındaki kiralayanın borçlarını hatıra getirdiği de muhakkaktır. Bu nedenle, BK.m.272-277 arasında düzenlenen ‘’*kiralayanın borçları*’’ ile yatırım sahibinin bu ilişkideki durumunun karşılaştırılması suretiyle, ‘’*işletme hakkı tanımak*’’ borcunun da muhtevası ve hükümleri saptanabilecektir. Ayrıca, kamu yatırımlarına ilişkin düzenlemeler de bu hususta yol gösterici olacaktır.

YİD ilişkisindeki işletme hakkının muhtevasının tespitinde, her şeyden önce, bu hakkın yatırım sahibinin karşı edimi olduğu, yani yatırımcının finansman temini ve inşa borçlarının karşılığı olarak kendisine işletme hakkı tanındığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten, hasılat kirasında kiralayan bir ücret mukabilinde hasılat veren bir mal veya hakkının kullanımını kiracıya bırakıyor (BK.m.270/I) olmasına karşın, YİD ilişkisinde yatırım sahibi, esas itibariyle, bir ücret beklentisi ile bu hakkı yatırımcıya vermemekte, aksine kendisine karşı ifa edilecek finansman temini ve inşa borçlarının karşılığı

olarak inşa edilecek tesisin işletilmesi hakkını yatırımcıya bırakmaktadır (bkz. 3996 sayılı Kanun m.3a)[553].

Yatırım sahibinin tesisin işletme hakkı tanımak borcu, YİD'in de, hasılat kirası gibi, rızai bir sözleşme olması nedeniyle, YİD sözleşmesinin kuruluşunda inşa edilecek tesisin işletme hakkının yatırımcıya tanınması hususunda taraf iradelerinin uyuşması ile doğmakta ve bu noktada, hakkın doğumu için tesisin teslimi gerekmemektedir[554]. Ancak hakkın kullanılabilmesi için, işletme konusunun teslimi gerekmekte olup, bu borcun ifa zamanı ise, yine hasılat kirasındaki gibi, karşı tarafın ifasından daha önce olacaktır[555].

Esasen, ifa sırasındaki bu benzerliğe rağmen ilişkilerin yapısında önemli bir fark bulunmaktadır. Hasılat kirasında, doğal olarak önce kiralananın BK.m.272 uyarınca teslimi gerekmekte ve ancak bundan sonra kiracı, kiralananı kullanmak ve işletmek

---

[553]Yatırımcıya tanınan işletme hakkı, tesisin bizzat işletilmesinin yanında tesisin içindeki hizmet tesislerinin üçüncü kişilere kiralanmasına da imkân verebilmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın 14.9.2004 tarihli kararında konu olayda da, Karayolları Genel Müdürlüğü ile yapılan YİD sözleşmesi dahilinde inşa edilen üst geçit üzerindeki lokantanın üçüncü kişiye kiralanması ve YİD sözleşmesi sona erdiği halde lokantanın tahliye edilmemiş olması nedeniyle çıkan ihtilaf söz konusudur. Y.11.HD., 14.9.2004 T.,E.2004/1111, K.2004/8268, bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

[554]Krş. **Aral Fahrettin**, s.340.

[555]Krş. **Tunçomağ Kenan**, , s.359-360; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.110.

nedeniyle doğan kira bedeli borcunu ifa etmektedir. YİD'te ise, yatırım sahibi, kendi borcunu ifa etmek bağlamında, önce yatırım arazisini yatırımcıya teslim etmekte ve sonra da yatırımcıya engel olmamak suretiyle işletme hakkının kullanılmasını sağlamaktadır. Böylece yatırımcı, inşa döneminde yatırım arazisini kullanma hakkını, işletme döneminde de işletme hakkını kullanabilmekte ve kendi borçlarını (finansman ve inşa borçlarını) ifa edebilmektedir. Ancak, yatırım arazisinin tesliminden sonra, artık tesisin de ayrıca tesliminin gerekmiyor olması, karşılıklı edimlerin ifa sırasıyla ilgili bir husus değildir. Şöyle ki, tesisin işletme hakkını kullanabilmek için öncelikle finansman ve inşa borcunu ifa etmek durumundaki yatırımcının menfaati açısından, yatırım sahibinin ''*işletme hakkı tanıma*'' borcunun ifasının inşa döneminin sonrasına bırakmak kabul edilebilir olmayacaktır. Zira bu halde, borçlarını öncelikle ifa ederek ağır bir mali külfet altına giren yatırımcı, kendisine işletme hakkının kullanılabilmesi için teslim yapılmasını beklemek ve yatırım sahibinin bu borcun ifasında temerrüde düşmesi halinde de, yasal yollara başvurarak teslimi sağlamaya çalışmak durumunda kalacaktır. Böyle bir durumda ise, yatırımcının zarar riskinin fazlasıyla artacağı muhakkaktır. Halbuki, yatırım sahibi açısından, işletme hakkını sözleşmenin kurulması anında yatırımcıya vermek ve hakkın konusunu teslim borcu anlamında da, yatırım arazisinin teslimi suretiyle kendi borcunu öncelikli olarak ifa etmek bir risk yaratmamakta, zira tesis inşa edilmedikçe bu hak kullanılamayacağı için, yatırımcının borçlarını ifa etmesini beklerken aşırı bir yük altına girmiş olmamaktadır. İşte bu nedenle, sözleşmenin kuruluşu ile birlikte yatırımcıya işletme hakkının verildiği ve hemen sonra da, yatırım arazisinin teslimi suretiyle işletme hakkının konusu olan tesisi teslim borcunun ifasının gerçekleştiğini düşünmekteyiz.

Yatırım sahibinin borcunun bu şekilde ifa ediliyor olması nedeniyle, tabii ki işletme hakkının konusu olan tesis de, hasılat kirasındakinden farklı olarak, sözleşmenin kuruluşu aşamasında hakkı veren tarafın hakimiyetinde bulunmamakta ve hatta hiç mevcut olmamaktadır. Gerçekten, YİD sözleşmesinin konusu bir yatırımın gerçekleştirilmesi olduğu için, sözleşme kurulurken henüz işletme hakkına konu olabilecek bir tesis bulunmamakta, ancak inşa borcunun ifası tamamlandığında işletilebilecek bir tesis ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, yatırımcıya sözleşmenin kurulmasından hemen sonra, yatırım arazisinin teslimi suretiyle tanınan işletme hakkının kullanılabilmesi, ancak inşa borcunun tamamlaması suretiyle mümkün olabilmekte, bu aşamadan önce eşyanın doğası gereği işletme hakkının kullanımı imkânı bulunmamaktadır. YİD ilişkisindeki bu ifa sırasına bağlı olarak, daha önce açıklandığı gibi, yatırımcının inşaat borcunun muhtevasında da ''*teslim*'' unsuru yer almamakta ve tesisin ''*devri*'' borcu sözleşme süresinin sonunda ifa edilmektedir. Nitekim bu nedenle, bazı projelerde işletme hakkının konusu olan tesisin kabulü bile yapılmadan, yatırımcı tarafından işletilmeye başlanabilmekte ve erken üretim yapılabilmektedir[556].

---

[556]''*Ticari İşletme Tarihinden Önce Üretim; ESA, Tesis Kabul Testlerini geçinceye kadar, Erken Üretim Testlerinden geçmiş herhangi bir Ünite'sinde, üretilen enerjinin, söz konusu ünitenin ulusal şebekeye emniyetle bağlanmış olması ve kamu güvenliği açısından sakınca bulunmaması şartıyla satışı için TEAŞ'nin Şirkete tarife uyarınca ödeme yapmasını sağlayacaktır*''. Bkz. **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğalgaz Enerji Santraline Ait Uygulama Anlaşması (m.14.2); **T. Emlak Bankası A.Ş**. ile özel bir şirket arasında imzalanmış olan bir başka YİD sözleşmesinde de, yatırım sahibine inşaatı denetleme hakkı tanınmış ve işletmeye başlamadan önce

Yatırımcıya tanınan bu hakkın kullanımı ise, genellikle uzman bir işletmeci şirket aracılığı ile olmaktadır. İşletmeci şirket, yatırımcı ile yaptığı anlaşma uyarınca tesisin işletilmesini üstlenmekte olduğu için, bir iş görme ediminin taahhüt edildiği ve dolayısıyla bu sözleşmeye vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Öte yandan, BK.m.284'ün kıyasen uygulanması suretiyle, YİD sözleşmesinde özel hüküm bulunması kaydıyla, yatırımcının tesisi üçüncü bir kişiye kiralayabileceği ve hatta böyle bir özel hüküm olmasa dahi, yatırıma ve yatırım sahibine zarar vermemek kaydıyla, tesisin muhtelif bölümleri kiralayabileceği kabul edilebilecektir[557]. Ne var ki, her durumda, tesisin işletmesinin YİD sözleşmesine

---

demirbaş listesi oluşturularak bir tutanak tanzimi öngörülmüş ise de, ayrıca bir kabul prosedürüne yer verilmemiş ve sözleşmenin 4.maddesinde de ''*Kiracı, ...inşaatı bitirecek, Tesisi işletmeye açacaktır*'' ifadesine yer verilmiştir; Taksim Talimhane Oteli Yapım Sözleşmesinde de, benzer şekilde İstanbul Büyükşehir Belediyesine denetim hakkı tanınmış (m.22) ve fakat bir kabul prosedürü belirlenmemiş, sadece demirbaş listesi tanzimi ve tutanak düzenlenmesi öngörülmüştür (m.27).

[557]''*Kiracı, tesislerin yan ünitelerini (sadece, spor malzemeleri satan butikler, cafeler, restaurant), süreleri, iş bu sözleşmenin sona eriş tarihini geçmemek koşulu ile alt kiracılara kiralamak hakkına sahiptir*'' (m.10.6), **T.Emlak Bankası A.Ş.** ile özel bir şirket arasındaki YİD sözleşmesi; onaylı projede gösterilen yerlerin kiraya verilebileceği ve fakat kira süresinin işletme süresini aşamayacağı hususunda özel bir düzenleme, **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesinin 21.maddesinde yer almıştır. Benzer nitelikte özel bir hüküm **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesinin 29.maddesinde de bulunmaktadır.

uygun şekilde yapılması ve yatırımcının işletme dönemi sonundaki menfaatinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle, gerek işletmeci şirket ile yapılacak işletme sözleşmesinde gerek kira sözleşmelerinde, tesisin YİD sözleşmesinde belirlenen işletme programına uygun şekilde işletilmesini, ayrıca tesislerin bakım, onarım ve yenileme faaliyetlerinin yürütülmesi taahhüt edilmelidir. Tabii ki, böyle bir taahhüdün anlam ifade edebilmesi için de, tesisi işletecek üçüncü kişinin yatırım konusu tesise benzer işletmelerdeki tecrübesi ve işletme döneminin risklerini karşılamaya yetecek mali kaynağa sahip bulunması gerekmekte olup, genellikle proje şirketinin ortakları arasından bir şirket seçilmesi veya yine proje şirketinin katılımıyla yeni bir şirket kurulması yoluna gidilmektedir. Bu arada, proje şirketleri, tecrübeli eleman istihdam etmek suretiyle işletmeyi bizzat yürütmeyi de tercih edebilmektedir. Öte yandan, seçilen ihtimalin kredi kurumları tarafından kabul edilebilir olması, her durumda zorunludur[558].

2. Borcun Hükümleri

Yatırım sahibinin işletme hakkının konusunu oluşturan tesisin teslimi borcunun ifası, yatırım arazisinin teslimi ve yatırımcıyı engellemekten kaçınmak suretiyle ifa edildiği için, tesis açısından, BK.m.272 anlamında, ‘’*işletmeye salih bir halde teslim mükellefiyeti*’’ gündeme gelmemekte, zira yatırımcının inşa borcunu sözleşmeye uygun şekilde ifası halinde zaten işletmeye salih bir haldeki tesis yatırımcının kullanımına bırakılmış olmaktadır. Dolayısıyla, işletme konusu tesisin teslimi hususunda, BK.m.272’nin atfına istinaden BK.m.249/II, III’ün uygulanması ihtiyacı

[558]**Demirci Zeki**, Demirci III, s.27.

doğmayacak, eğer yatırım arazisi teslim edilmemiş ise BK.m.106 vd. uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca, tesisin bakım ve onarım sorumluluğu, tamamen yatırımcının üzerinde bırakılmış olduğu için, yatırım sahibinin BK.m.273 uyarınca esaslı tamiratları yapmak borcu da bulunmayacaktır[559].

YİD ilişkisinin bu yapısı dahilinde, tesisin işletme öncesi dönemde yatırımcının hakimiyet alanında bulunuyor ve daha da önemlisi onun tarafından inşa edilmiş olması nedeniyle, yatırım sahibinin *işletmeyi teslim* borcu doğmadığı ve işletmenin vasıfları üzerinde etkin olabilmek imkânı bulunmadığı için, tesisin maddi ayıpları nedeniyle BK.m.249-251 veya m.272 uyarınca ayıba karşı tekeffül borcunun da

[559]Hasılat kirasında, kiralanan şeyin kısmen veya tamamen yok olması halinde, sözleşmede bu hususta açık bir taahhüt bulunmadıkça veya sözleşmenin gayesinden böyle bir sonuç çıkartılamıyor ise, kiralayanın kiralananı yeniden yaptırmak sorumluluğu bulunmamakta, yangın, deprem gibi nedenlerle kiralanan yok olur ise BK.m.117 uyarınca imkansızlık oluşmaktadır. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.119-120, dpn.38,39; Bizim görüşümüze göre, YİD'te yatırım sahibinden tesisi yeniden inşa etmesini beklemek ilişkinin temelindeki finansman amacına aykırı olacak ise de, hasarın tamamına yatırımcının katlanmasını kabul etmek de, yatırım için finansman yaratan ve tesisi tamamlayıp, kabul işlemlerini yaptırmış olan yatırımcıyı, sadece eser teslimi taahhüdü olan bir müteahhit ile aynı durumda değerlendirerek adil olmayan bir sonuç yaratılmasına neden olacaktır. Bu husus ileri de hasarın intikali başlığı altında ele alınacaktır.

bulunmadığı kabul edilmelidir. Esasen, yatırımcı tesisi bizzat inşa ettiği için ayıplarından da zaten kendisi sorumlu olmakta, tesisin maddi anlamda ''*işletmeğe salih bir halde*'' bulundurulması, yatırımcının inşaatı sözleşmeye uygun şekilde tamamlamasıyla kendiliğinden sağlanmaktadır[560].

C. Yatırımcıyı Engellemekten Kaçınma Borcu

1. Borcun Muhtevası

Her ne kadar yatırım sahibinin ayıba karşı tekeffül borcu bulunmuyor ise de, yatırım arazisinin yatırımcıya teslimi anından itibaren yatırım sahibi açısından *tesisin inşasını ve işletilmesini engelleyici bir davranışta bulunmamak* borcunun doğduğunun kabulü zorunludur[561]. Zira, yatırım sahibinin yatırımcıyı engelleyici davranışta bulunması halinde, yatırımcının sadece *kullanma ve semerelerden*

[560]Tesisin işletmeye elverişli halde olmasını sağlamak sorumluluğu yatırımcıya ait olduğu için, yatırım sahibinin, tesisin sözleşmeye uygunluğuna bağlı bir gelir yaratma yeteneğini taahhüdü de söz konusu olmamaktadır. Halbuki, hasılat kirasında, kiralayan açısından kiralananın sözleşmeye uygun durumuna bağlı olduğu ölçüde onun ürün verme yeteneğinden sorumlu olacağı, ancak ürünün belirli bir yükseklikte olmamasından sorumlu tutulabilmesi için ayrı bir vaadinin bulunması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz.**Tunçomağ Kenan**, s.360; **Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir,** s. 259.

[561] Şenyüz, arazi teslimini de, yatırım sahibinin eserin imaline imkân verecek şekilde davranma borcu içinde değerlendirmektedir. Bkz.**Şenyüz Doğan**, s.20-21.

yararlanma hakkı ihlal edilmiş olmayacak, aynı zamanda finansmanın kendisine geri dönüşüne ilişkin menfaati de zedelenecektir. İşte bu nedenle, yatırım sahibinin araziyi teslim ettiği andan itibaren, BK.m.272 uyarınca başlangıçta araziyi, sonrasında da tesisi *kullanmaya ve işletmeye salih halde bulundurmak* bağlamında, yatırımcıyı engelleyici davranışlardan kaçınmak borcu bulunmaktadır.

Esasen, bir yan edim borcu niteliğinde kabul edilebilecek olan bu kaçınma borcu, MK.m.2'deki dürüstlük kuralından doğmakta ve yatırım sahibinin asıl edim borcunun (işletme hakkı tanıma) sözleşmenin amacına uygun biçimde yerine getirilebilmesine hizmet etmektedir[562]. Ayrıca, sadakat borcunun bir türevi olarak da değerlendirilebilecek olan bu borç, yatırımcının temin ettiği ve yatırım sahibinin dolaylı kullanımına sunduğu finansmanın geri alınmasının sağlanması anlamında, yatırımcının menfaatlerinin gözetilmesi şeklinde somutlaştırılabilecektir. Kaldı ki, bu kaçınma borcunu *manevi ayıplar nedeniyle tekeffül*[563] kapsamında değerlendirmek ve

[562]Krş. **Kocayusufpaşaoğlu Necip**, s.21; Serozan da, kiralananın kullanmaya salih halde bulundurulması borcunu (BK.m.249-250) yan edim borçları arasında saymaktadır. Bkz. **Serozan Rona**, s.302,324-327.

[563]**Bilge Necip**, s.132; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, , s.112; Yavuz ise, hasılat kirası sözleşmesinin amacından hareketle işletme gelirine ilişkin bir tekeffülün çıkartılabileceği hallerde gelişen olaylara bağlı olarak beklenen geliri elde edemeyen kiracının , ekonomik ayıp nedeniyle ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabileceğini ileri sürmüş ve bu hususta, sözleşmede açık bir taahhüt olmadıkça tekeffül bulunmadığını kabul eden YHGK.24.1.1973 T., 1969/4-1164 E., 1973/21K. sayılı kararını da eleştirmiştir. Bkz.**Yavuz Nihat**, s.192-194; Aksi görüş

yatırım sahibinin yatırımcının haksız bir şekilde engellemesinden sorumlu tutulması olarak kabul etmek de mümkündür.

İstisna sözleşmesi hükümleri açısından konuya yaklaşıldığında da, BK.m.370'in, yatırım sahibi için sözleşmenin icrasını akamate uğratmaması gerekliliğini ve bu hususta ki sorumluluğunu somutlaştırdığı söylenebilecektir[564].

2. Borcun Hükümleri

Yatırımcının, inşa borcu ile aynı anda ifa etmeye başladığı finansman temini borcunun karşı edimine kavuşabilmesi için inşaatı tamamlamak ve tesisi işletebilmek menfaati bulunmakta, yatırım sahibinin de bu menfaati koruması gerekmektedir. Nitekim bu nedenle, yatırımcı da inşaat döneminde kendisine yatırım sahibi tarafından verilen talimatlara mutlak şekilde uymaya zorlanamayacağı gibi, BK.m.97/II uyarınca tazminat ve ayrıca BK.m.97/III uyarınca, yatırım sahibinin inşaatın devamını engelleyen davranışlarının sona erdirilmesini de talep edebilmelidir.

---

için bkz.**Tunçomağ Kenan**, s.360; YİD'te ise finansman ve işletme riski yatırımcıya ait olduğu için, yatırım sahibi tarafından açık bir garanti verilmedikçe, sözleşmenin yorumu suretiyle bir gelir garantisinin varlığının ileri sürülmesi mümkün görülmemektedir.

[564]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.331; **Buz Vedat**, Buz II, s.32, dpn.60.

İşletme dönemi açısından ise yatırımcının, o ana kadar ifa ettiği borçların karşılığı olarak elde ettiği işletme hakkını kullanarak mümkün olan en yüksek işletme gelirini elde etmek menfaati mevcut olup, yatırım sahibinin bu menfaati zedeleyecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Bu nedenle, yine BK.m.97'nın uygulanması suretiyle yatırımcı, engelleyici davranışın sona erdirilmesini ve zararının tazmini talep edebilecektir. Ayrıca, yatırım sahibinin bu borcu ihlali yatırımcı açısından çok ağır sonuçlar yaratıyor, bu nedenle de sözleşmeye devam etmesi kendisinden beklenemiyor ise, sözleşmenin müspet ihlali kabul edilebilecek böyle bir durumda yatırımcının, BK.m.250'nin kıyasen uygulanması suretiyle, fesih hakkının doğacağı da kabul edilmelidir[565]. Bunun yanında, yatırım sahibinin engelleyici faaliyetleri yatırım sahibi açısından bir ifa imkansızlığı yaratmakta ise, BK.m.370'in uygulanması söz konusu olacaktır[566].

[565]İstisna sözleşmesinde, müteahhide engel olmama, ifaya hazırlık faaliyetlerine iştirak edilmesinden haksız olarak imtina edilmemesi ve işin tamamlanmasına engel olunmaması şeklinde anlaşılmakta ve aksine davranışın alacaklı temerrüdü yaratacağı, buna bağlı olarak da, müteahhidin BK.m.94 uyarınca sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Dayınlarlı Kemal**, s.169-178; **Karahasan Mustafa Reşit**, s.460-466.

[566] Bkz. Dördüncü Bölüm, §6, III.D.3.e.

D. Zapta Karşı Tekeffül Borcu

1. Borcun Muhtevası

Yatırım sahibinin, işletme hakkı tanıma borcunun bir gereği olarak, hasılat kirasındaki gibi zapta karşı tekeffül borcunun varlığının da kabulü gerekmektedir. Zira, yatırımcının üzerinde inşaat yapacağı arazi ve işletme hakkını kullandığı tesis, yatırım sahibinin mülkiyetinde bulunduğu için, yatırım sahibi bu araziyi ve dolayısıyla tesisi üçüncü bir kişiye satabileceği veya rehnedebileceği gibi, onun alacaklıları tarafından bunların haczi ve sattırılması da mümkündür. Böyle durumlarda, ayni hak kazanan üçüncü kişilere karşı yatırımcının şahsi hakkının korunması ancak belirli ihtimallerde mümkün olabilecektir. Gerçekten, BK.m.276'da ifade edilen *satım kirayı bozar* kuralı uyarınca, yeni malikin rızası olmadıkça mevcut hukuki ilişkinin kendi koşulları içinde devamına imkân kalmayacak ve yatırımcı tesisten tahliye ettirilebilecektir. Her ne kadar, BK.m.276/II'nin kıyasen uygulanması suretiyle, işletme konusunun arazi üzerinde inşa edilen bir tesis olmasına dayanarak, yeni malikin, hükümde belirtilen sürede tesisin tahliyesi hususunda bir ihbarda bulunmaması halinde YİD sözleşmesini kabul etmiş sayılması mümkün görülmekte ise de, yeni malikin süresinde bir ihbar yapmasıyla birlikte yine aynı sonuç ortaya çıkacaktır[567].

[567]Yeni malikin feshi ihbarda bulunmaması halinde, bir borca katılma mı yoksa kanun hükmü, uyarınca gerçekleşen bir sözleşmenin devri mi olduğu tartışmalıdır. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.130-131; YİD'te ise, hukuki ilişki sadece işletme hakkının kullanılmasından ibaret olmadığı için, yeni malikin yapacağı ihbar

2. Borcun Hükümleri

Yatırımcının YİD sözleşmesi uyarınca elde ettiği kullanma ve yararlanma hakkı öncelikle yatırım arazisinin kullanımı ve sonra da tesisin işletilmesi suretiyle tüketilmekte olduğu için, üçüncü kişilerin bu kullanımı engelleyen hak iddialarına karşı yatırımcının korunması gerektiği açıktır.

Bu nedenle, arazinin ve/veya tesisin el değiştirdiği hallere karşı yatırımcının korunabilmesi için kendisine üst hakkı veya intifa hakkı tanınması yoluna gidilebilecektir. Bunun yanında, BK.m.277 uyarınca tapu siciline şerh verilmesi de düşünülebilecek ise de, YİD bir kira sözleşmesi olmadığı için bu maddeye dayanılarak yatırımcının işletme hakkının şerhi sağlanamayacaktır. Sui generis bir sözleşme olan YİD hususunda şerh verme imkânını düzenleyen başka bir özel hüküm de bulunmadığına göre, yatırımcının YİD sözleşmesinden doğan kullanım hakkının şerh yoluyla korunması mümkün olmayacaktır.

Eğer yatırım sahibine bir ayni hak tanınmak suretiyle özel koruma sağlanmamış ve yeni malik de arazinin veya tesisin yatırımcı tarafından kullanılmasına muvafakat etmiyor ise, yatırım sahibi işletme hakkını tanıma borcunun ifasını imkânsız hale

---

ile YİD ilişkisine dahil olması mümkün görülmemekte, yeni malikin tavrı sadece tesisin işletilmesine devam imkanının mevcut olup olmayacağı noktasında bir anlam ifade etmektedir.

getirmiş olacağı için, yatırımcı, BK.m.276/I uyarınca zararının tazminini veya BK.m.106 uyarınca sözleşmeyi feshedip menfi zararını talep edebilecektir[568].

Buna karşın, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada mevcut olan bir hak dolayısıyla, yatırımcının hakkını kullanmasını imkânsız hale getiren bir hak iddiası ortaya çıkar ise, bu nedenle doğan zararının yatırım sahibinden talep edilebilmesi için, öncelikle yatırım sahibine bu ihtilafı giderme imkânının yaratılması yatırımcıdan beklenebilmelidir. Zira, benzer durumda olan hasılat kiracısı için, BK.m.275'teki atıfla BK.m.253'te, kiralayana durumu ihbar etmek borcu yüklenmiş ve ancak bu ihbarın yapılması kaydıyla tazminat talebine izin verilmiştir (BK.m.256/III). Bu nedenle, yatırımcı da, sözleşme öncesi dönemdeki bir ayni hakka dayanarak tesis üzerinde hak iddia eden üçüncü kişilerin varlığını derhal yatırım sahibine bildirmek durumundadır. Eğer bu bildirimden sonra yatırım sahibi hak iddiasının ortadan kalkmasını sağlayabilir ise, yatırımcı engellenme nedeniyle doğan zararının tazminini talep etmek suretiyle işe devam edebilecek, buna karşın hak iddiası engellenemez ise, BK.m.192'nin kıyasen uygulanması

[568]Ayrıca, bu hususta BK.m.276/III ile, kiralayanın iradesine bağlı bir durum olmaması nedeniyle istimlak halinde bir tazminat borcu doğmayacağı da özel olarak hükme bağlanmıştır. YİD açısından ise, kamu yatırımlarında bu hükme istinaden idarenin tazminat borcundan kurtulmasının mümkün olmayacağı düşünülmektedir. Özel yatırımlarda ise, zararın tazmini yatırım sahibinden istenemeyecek ise de, hukuki ilişkinin tasfiyesi kapsamında, yatırım maliyetinin işletme gelirinden tahsil edilemeyen kısmının iadesi zorunlu olacaktır.

düşünülebilecektir[569]. Bu hükmün uygulanmasıyla, sözleşmenin münfesih olduğu kabul edilerek yatırımcının harcadığı ve işletme gelirinden tahsil etmek imkanı bulamadığı finansmanı ve diğer zarar ve ziyanını yatırım sahibinden talep etmesi söz konusu olacaktır. Ancak, yatırım sahibi kusuru olmasa da zapt nedeniyle doğan zarardan sorumlu olacak ise de, kusuru olmadığını ispat ederek BK.192/II'de ifade edilen zapt dolayısıyla doğan her türlü zararın tazmini borcundan kurtulabilecektir[570].

E. Vergileri Ödemek Borcu

Hasılat kirası hükümlerinden hareketle yatırım sahibine yükletilebilecek son borç ise, arazinin ve tesisin mükellefiyet ve vergilerinin ödenmesi olabilecektir. Arazinin ve tesisin mülkiyetinin yatırım sahibinde olması nedeniyle vergilerin yatırım sahibi tarafından ödenmesi makul olmakla birlikte, yararlanma hakkı yatırımcıya bırakıldığı için sözleşme ile bu borcun da yatırımcıya yansıtılması düşünülebilecektir[571].

Bununla birlikte hasılat kirasında söz konusu olan, sigorta primlerinin ödenmesi, alelade bakım masraflarını aşan tamir ve ıslah masraflarının (BK.m.258/II ve m.273) ise yatırım sahibine yükletilmesi mümkün görülmemektedir. Zira bakım onarım borcu yatırımcıya ait olduğu gibi, sigorta da yatırım sahibi için bir teminat

[569]**Bilge Necip**, s.133.

[570]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.125.

[571] Krş. **Kartal Bilal**, s.84-85.

niteliğindedir ve teminatı sağlayan taraf olarak yatırımcının prim borcuna katlanması gerekecektir.

Bu borca aykırılık halinde ise, BK.m.96'nın uygulanması suretiyle yatırımcının zararının karşılanabileceği açıktır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YİD SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

§6. YİD SÖZLEŞMESİNİN KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ

I. SÖZLEŞME SÜRESİNİN BİTMESİ

Sürekli bir borç ilişkisi yaratan YİD sözleşmelerinde, kural olarak, tek bir süre gösterilmesi veya yatırım ve işletme dönemlerinin ayrı ayrı belirtilmesi suretiyle, bir süre kararlaştırılmaktadır. Nitekim, kamu yatırımlarında da, 3096 sayılı Kanun m.7'deki 99 yıllık, 3465 sayılı Kanun m.5'deki ve 3996 sayılı Kanun m.7'deki 49 yıllık azami süreler dahilinde, her sözleşmede yatırım ve işletme süreleri gösterilmektedir. Sürenin iki ayrı dönem için veya tek bir toplam süre olarak gösterildiği her iki durumda da, toplam sözleşme süresinin sonunda YİD sözleşmesi kendiliğinden sona ermekte olup, sürenin tamamlanması ile birlikte, yatırım sahibi açısından tesisin inşası ve işletmeye açılmış olması, yatırımcı açısından da, yatırım için harcadığı sermayeyi ve kârını işletme dönemi gelirinden elde etmek için kendisine makul süre tanınması noktasındaki menfaatleri karşılanmış olmaktadır.

Öte yandan, belirli bir sürenin gösterilmediği YİD sözleşmelerinde, ilişkinin kendiliğinden sona ermeyeceği, ancak makul bir süre önce feshi ihbarda bulunarak sözleşmenin bitirilebileceği akla gelebilecektir. Zira, süre gösterilmeyen sürekli borç ilişkilerinde, *olağan fesih yolu* kullanılarak, ilişkinin her zaman için sonlandırılması

mümkün olmakta, sadece makul bir süre önce feshi ihbarda bulunulması gerekmektedir. Ne var ki, Borçlar Kanunu, genel bir hükümle, sürekli borç ilişkilerinin olağan feshini düzenlememiş olduğu için, ancak bir özel hükmün kıyasen uygulanması halinde bu imkândan yararlanılabilmektedir[572]. Örneğin, hasılat kirasında BK.m.285, karz sözleşmesinde BK.m.312 olağan feshi düzenlemektedir. Acaba, bu hükümlerden yararlanılarak, süre gösterilmeyen YİD sözleşmelerinin de olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkün olabilir mi ? Bu noktada, olağan fesih imkânının ifa süresi belirlenmemiş sürekli borç ilişkilerinde kullanılabileceği ve ifa süresinin belirsizliğinin, sözleşmede bir süre gösterilmemesi veya sona erme nedeninin gösterilmemesi hallerinde olabileceği dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Gerçekten, olağan fesih imkânı, bir tamamlayıcı hüküm olması itibariyle, sadece ifa süresi hususunda boşluk bulunan sözleşmelerde uygulama alanı bulacak, buna karşın ifa süresinin tespit edilebildiği hallerde olağan fesih gündeme gelmeyecektir[573].

YİD'te de, finansman sağlanması ve kullanılan finansmanın geri dönüşüne imkân yaratılması şeklinde özetlenebilecek ifa menfaatleri dikkate alındığında, sözleşmenin süresinin, ancak bu edimlerin amaçlarının gerçekleşeceği ana kadar devam edebileceği kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Zaten bu nedenle, daha önce de açıklandığı üzere, YİD'in belirli süreli bir borç ilişkisi yarattığının kabulü zorunlu olmaktadır. Dolayısıyla, YİD sözleşmesinin devam edeceği süre, tesisin inşasına ve harcanan finansmanın işletme gelirinden karşılanmasına imkân verecek bir zaman

[572]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.132-133.

[573] **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.137-140.

dilimini kapsayacak şekilde tespit edilecektir. Bu tespit yapılırken de, öncelikle, yatırımcının asli edimlerinden olan, inşa ediminin ifa süresi BK.m.74 uyarınca belirlenecek ve bu süreye ilaveten, işletme süresi hesaplanacaktır. İşletme süresinin hesabında ise, işletme hakkı tanınmasının, yatırım sahibinin karşı edimi olmasından hareketle, BK.m.366 kıyasen uygulanabilecek ve edim karşı edim dengesinin kurulabilmesi için, yatırımın büyüklüğü, harcanacak finansmanın tutarı ve tesisin muhtemel getirisinin hesaba katılması gerekecektir. İşte bu şekilde hesaplanacak toplam sözleşme süresinin sonunda da YİD sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir.

Eğer sözleşme süresi boyunca taraflar borçlarını düzenli olarak ifa etmişler ise, sürenin bitmesine bağlı olarak borç ilişkisi sona ererken, aynı zamanda tarafların borçları da sona ermiş olacaktır. Zira bu halde, yatırımcı finansmanı temin ederek tesisi inşa etmiş, bir işletme niteliğine kavuşturmuş olacak ve böylece yatırım sahibinin ifa menfaati (devir de yapılmak kaydıyla) sağlanacak, aynı zamanda işletme süresinde işletme gelirini toplayan yatırımcı da, yatırım sermayesini geri almış ve kârını elde etmiş olacağı için, ifa menfaatine kavuşmuş olacaktır. Bir başka ifade ile, süre boyunca taraflar sözleşmeye uygun olarak, karşılıklı borçlarını ifa etmişler ise, süre sona erdiğinde, hem kendi borçlarından kurtulmuş, hem de karşı tarafın ifa menfaatini temin etmiş olacaklar ve böylece sözleşmenin sona ermesi gerekecektir[574].

[574]Kamu yatırımlarında da, sürenin sona ermesiyle birlikte, yatırım, her türlü borç ve taahhütten arındırılmış olarak, tam ve çalışır bir halde, bir bedel karşılığında olmaksızın, kendiliğinden, idareye intikal etmektedir. Oluşturulacak bir devir-teslim komisyonunca tesisin gerekli şartları haiz olup olmadığı tespit edilmekte ve sözleşme

Buna karşın, sözleşme süresinin bitmiş olmasına rağmen, bu süre içinde karşılıklı borçlar sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmemiş ise, sözleşme sona ermiş olmakla birlikte, tarafların daha önceki dönemde muaccel olmuş ve fakat ifa edilmemiş borçları sona ermemiş olabilecektir. Gerçekten, eğer bir tarafın sorumlu tutulabildiği bir ifa engeli nedeniyle sözleşme süresinde uygun ifa sağlanamamış ise, süre sonunda sözleşme sona ermiş olsa dahi, zamanında ifa edilmemiş asli edim borcu tazminat borcuna dönüşmekte ve sürenin bitmesinden sonra da bu tazminat borcu devam etmektedir. Bununla birlikte, tarafların süre içinde doğmuş borçları sona ersin veya ermesin, sürenin bitimi ile birlikte sürekli borç ilişkisi sona ereceği ve bu nedenle, artık sürekli edim borçları doğmayacağı için, ileriye dönük olarak, yatırımcının finansmanı kullandırma borcu ve yatırım sahibinin de yatırım arazisini ve tesisi kullandırma borçları son bulacaktır[575].

Ayrıca, yukarıda açıklanan şekilde, sözleşme süresinin tamamlanması ile birlikte, YİD ilişkisi sona ermiş olduğu gibi, zımni yenileme veya sukut ile tecdit suretiyle, ilişkinin uzatılması da mümkün olmamaktadır. 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[576]. Nitekim,

---

hükümleri uyarınca eksiklikler tamamlatılmaktadır (6.8.1994 tarih, 94/5907 sayılı BKK, m.27; 1.3.1993 tarih, 93/4186 sayılı Yönetmelik, m.78; 16.8.1985 tarih, 9799 sayılı Yönetmelik, m.10).

[575]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.72-75.

[576]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi I,s.70.

sözleşme süresi içinde bütün borçların sözleşmeye uygun şekilde ifa edildiği hallerde, tarafların ifa menfaatleri zaten sağlanmış olmakta ve ilişkinin YİD modeli dahilinde devamına hukuken ihtiyaç kalmamakta ve dolayısıyla, kira sözleşmelerindeki zımni yenileme hükmünün burada kıyasen uygulanması suretiyle YİD sözleşmesinin süresinin uzatılması da söz konusu olmamaktadır. Gerçekten, burada, kira sözleşmesinden farklı olarak, yatırım sahibi, bir kira geliri elde etmek amacıyla tesisin kullanım hakkını yatırımcıya bırakmış olmadığından, yatırımcının sermayesini ve kârını geri alması için yeterli olacağı kararlaştırılan veya BK.m.74 uyarınca hesaplanan sürenin sonunda tesisin kendisine devrini beklemekte, ancak bu devir ile ifa menfaati tamamlanmaktadır. Dolayısıyla, BK.m.287'nin kıyasen uygulanması suretiyle YİD sözleşmesinin süresinin uzatılması da mümkün olmamalıdır. Öte yandan, eğer süre içinde ifa edilmemiş borçlar mevcut ise, ilişkinin devam ettirilmesi gerektiği akla gelebilecektir. Fakat bu halde de, ifa edilmeyen borcun alacaklısının ifa menfaati, karşı tarafın tazminat ödemesi suretiyle karşılanacağı için, yine sözleşmenin YİD olarak devamında, her iki taraf açısından da bir menfaat kalmamış olmaktadır. Bununla birlikte, tarafların, bir kira sözleşmesi yaparak, tesisin yatırımcı tarafından işletilmesine bir süre daha devam edilmesini sağlamaları ise, tabii ki mümkündür. Ancak bu halde, YİD sözleşmesinin temelini oluşturan finansman amacı gerçekleşmiş ve buna bağlı olarak da ilişki hedefine ulaşmak suretiyle tükenmiş olacağı için, tarafların arasında devam eden ilişkinin hukuki niteliği artık YİD olmayacak, yeni bir kira sözleşmesi doğacaktır[577].

[577]Y.13.HD., 21.2.2003 T., E.2002/12997, K.2003/1639 sayılı karar (bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) konu olayda, Beğendik Mağaza İşletmeciliği Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Türkiye Kızılay Derneği arasındaki YİD sözleşmesinde Kızılay Sosyal Rant

II. KUSURSUZ İMKÂNSIZLIĞIN DOĞMASI

A. Borcun Sona Ermesi

1. Genel Olarak

Bilindiği gibi, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde sonraki imkânsızlık, borç ilişkilerinin tamamı için geçerli olacak şekilde düzenlenmiş olup, BK.m.96, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığın, BK.m.117 ise, borçlunun sorumlu tutulamayacağı imkânsızlığın sonuçlarını hükme bağlamıştır.

İmkansızlık kavramının değerlendirilmesi bizim konumuz dışında kaldığı için, bu hususta görüşlere burada yer verilmesi gerekli görülmemiştir. Bununla birlikte, imkânsızlığın sürekli borç ilişkilerindeki ve aynı zamanda YİD sözleşmesindeki etkilerinin tespiti için, öncelikle imkânsızlığın ne şekilde anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması zorunlu olmaktadır.

Bu bağlamda, borçlunun edim sonucunu gerçekleştirebilmesini kesin olarak önleyen bir engelin varlığı halinde imkânsızlığın doğduğu kabul edilmelidir[578]. Ancak, BK.m.117 anlamında bir imkânsızlığın varlığı için, borçlanılan edimin ifasının

---

Tesisi Binasının YİD finansman modeli dahilinde Beğendik tarafından yapımı ve işletilmesi, işletme süresinden (37 ay) sonra da 20 yıl süre ile kiralanmasının kararlaştırıldığı görülmektedir.

[578]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.90;

sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve borçlunun kusurundan doğmayan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmaması gerekmektedir[579].

[579]**Altaş Hüseyin**, s.186-187; Dural, *subjektif imkânsızlık* denilen hallerin gerçek anlamda bir imkânsızlık olmadığını, zira şahsa bağlı edimlerin, bünyeleri icabı, ancak objektif olarak imkânsızlaşabileceğini, şahsa bağlı olmayan edimler yönünden de üçüncü kişilerin ifa edebileceği bir edimin borçludan beklenemediği hallerin TMK.m.2 kapsamında ele alınması gerektiğini, dolayısıyla burada da imkânsızlık değil, aşırı ifa güçlüğünün doğacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Dural Mustafa**, s.89; Tunçomağ, BK.m.117'nin uygulanmasında, subjektif imkânsızlığın ve hatta borçludan ifayı istemenin objektif iyiniyet kuralına aykırılık teşkil edecek bir durumun mevcudiyetini yeterli görmektedir. Bkz. **Tunçomağ Kenan**, s. 482; Diğer müellifler ise, kaza, mücbir sebep, subjektif imkânsızlık veya hukuki imkânsızlık hallerinde BK.m.117'nin uygulanacağını ifade ettikten sonra, ''*kaza*''yı ''*borcun ihlaline kaçınılmaz bir tarzda sebebiyet veren ve akit yapılırken öngörülemeyen bir olay*'' olarak, ''*mücbir sebebi*'' ise, ''*kaçınılması veya bertaraf edilmesi, objektif olarak imkânsız bulunan bir olay*'' olarak tanımlamıştır. Bkz. **Tekinay Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atillâ**, s. 999-1004; Oğuzman/Öz, ''*borcun doğumundan sonra ifanın elde edilemez hale gelmesinin*'' borcu sona erdiren imkânsızlık olduğunu ifade etmekte ve bu durumun maddi, hukuki veya şahsi bir olaydan doğabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, ifa imkansızlığı bakımından imkânsızlığın objektif veya subjektif olmasının önemi bulunmadığını, ancak subjektif imkânsızlık hallerinin de BK.m.117 kapsamında olduğu kabul edilse dahi, dürüstlük kuralı uyarınca ifanın gerçekleşme ihtimali hesaba katılmayacak kadar düşük olmadıkça imkânsızlığın sonuçlarının uygulanmayacağını, buna karşın, ifa

Ayrıca, sürekli borçta ortaya çıkacak bir imkânsızlığın tüm borç ilişkisi üzerindeki etkisi de önem kazanmakta zira, sürekli borçlarda, kural olarak, zaman unsuru edim muhtevasına dahil olduğu için geçen zamanda ifanın yapılamamış olması, telafi imkânını ortadan kaldırmakta ve ifa imkânsızlığı doğmaktadır. Buna karşın, eğer ifayı engelleyen neden, bir süre sonra ortadan kalkıyor ise, bu andan itibaren bir imkânsızlık da kalmayacaktır. İşte bu nitelikteki imkânsızlık halleri, geçici imkânsızlık olarak kabul edilmekte ve kural olarak, ne sürekli borç ne de sözleşme ilişkisi tamamen sona ermektedir. Zira, gecikmeyle de olsa edim ifa edilebilmekte, yani bir telafi imkânı bulunmaktadır. Ancak bu halde de, geçici imkânsızlığın devam ettiği süre içinde kesin bir imkânsızlık vardır ve sürekli ilişkinin bir kısmında ifa imkânsızlaşmıştır. Dolayısıyla, geçici imkânsızlık döneminde ifası gereken edim kısmı sona erecektir. Bununla birlikte, geçici imkânsızlık nedeniyle sürekli edimin tamamının ve sözleşmenin sona ermesi de mümkün olabilecektir. Gerçekten, ne

---

imkânsızlığı anlamında kusurun bir farklılık yaratmayacağını, bu nedenle borçlunun kusuru ile imkânsızlık doğan hallerde dahi borcun sona ereceğini ifade etmektedir. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.309,442-444; Kılıçoğlu, borç ilişkisi kurulduktan sonra edimin ifasının mümkün olmamasını *sonraki imkânsızlık* olarak kabul etmekte ve ancak kusursuz objektif sonraki imkânsızlık halinde BK.m.117'nin uygulanacağını belirttikten sonra, kusursuz subjektif ifa imkânsızlığın da borca aykırılık yaratmayacağını, ancak bu durumun ifa güçlüğü olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu Ahmet M.**, Kılıçoğlu II, s.482-484, 629-30; Feyzioğlu da, ifa konusunun çeşitli nedenlerle yerine getirilememesinin imkânsızlık olduğunu ve maddi, hukuki, iktisadi sebeplerden imkânsızlık doğabileceğini belirtmiştir. Bkz. **Feyzioğlu Feyzi Necmeddin**, s.459.

zaman sona ereceği belirli olmayan bir geçici imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin amacı tehlikeye düşmekte ise, yani bu belirsizlik içinde karşı tarafın sözleşme ile bağlı kalması, dürüstlük kuralı gereği, kendisinden beklenemiyor, ilişkiye devam çekilmez hale gelmekte ise, sözleşmenin devam ettirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu noktada, sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ermesi veya haklı nedenle feshi söz konusu olacaktır. Öte yandan, edimin başlangıç ve bitiş tarihinin değil de, sadece süresinin önemli olduğu hallerde, sürenin geçmesi bir imkânsızlık yaratmayacak, zira bu halde telafi mümkün olacaktır. Bu nedenle, gecikmenin sonradan telafisinin mümkün olduğu sözleşmelerde sürekli edimin imkânsızlaşmasından değil, sadece temerrütten bahsedilebilecektir[580]..

[580]Seliçi, olumlu sürekli bir davranışın borçlanıldığı hallerde, zaman unsurunun imkânsızlığın tam ve sürekli olmasında büyük rol oynadığını, ifa süresi için borçlanılan olumlu davranışın, ancak bu süre içinde yerine getirilebileceğini, bir başka ifade ile, edim sonucunun ifa süresi içinde sürekli olarak gerçekleştirilmesinin gerektiğini, edim ifa süresi içinde yerine getirilemiyor ise artık süre geçtikten sonra telafi imkânının kalmayacağını, ifa süresi içinde yerine getirilmeyen edimin imkânsızlaşacağını ifade etmiştir. Tabii ki, bu imkânsızlık hali ifa süresinin tamamında veya bir kısmında olabilmektedir. Sürekli imkânsızlık borçlunun kusurundan doğmuyor ise, sürekli borçla birlikte sürekli borç ilişkisi de kendiliğinden sona erecektir. Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu tutulabildiği hallerde ise, sürekli borç tazminat borcuna dönüşecek, borç ilişkisi sona ermeyecektir. Geçici imkânsızlık halinde ise, borç ifa edilemediği süre için sona erecek, bu durumun çekilmezlik yarattığı hallerde ise haklı nedenle fesih hakkı kullanılabilecektir. İfa döneminin taraflar için önemli olmadığı hallerde ise

İfa imkânsızlığının genel hükümdeki bu düzenlemesi yanında, ayrıca istisna sözleşmesi için öngörülmüş olan özel imkânsızlık hükümleri de bulunmaktadır. Gerçekten, imkânsızlığın nedenine göre, BK.m.368/I,II, m.370/I ve m.371 uygulanabilmektedir. Eğer umulmayan bir olay veya mücbir sebepten ileri gelen bir imkânsızlık hali mevcut ise, BK.m.117 yanında BK.m.368/I,II uygulanmakta[581], iş

---

geçikmenin etkileri telafi edilebilecek ve artık imkânsızlık değil, temerrüt doğacaktır. Öte yandan, sürekli kaçınma edimlerinde borca aykırı davranıldığı anda bir ifa engeli doğacak ve borçlu hareketinden vazgeçince bu engel ortadan kalkacaktır. İstisnaen, sürekli yapmama ediminin sonradan telafisi mümkün ise, imkânsızlık değil, borçlu temerrüdü doğacaktır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi I, 90-99; Oğuzman/ÖZ ise, sürekli ediminin ifasına başlandıktan bir süre sonra imkânsızlaşması halinde, sürekli borç ilişkisi imkânsızlık nedeniyle sona erecek olsa dahi, yerine getirilmiş edim kısmı ve karşı edimin buna ilişkin kısmının imkânsızlıktan etkilenmesinin söz konusu olmayacağını, imkânsızlığın, sonrası için edim yükümünü sona erdireceğini ve borçlu kusurluysa tazminatın buna göre belirleneceğini belirtmiştir. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.316; Dural, bu hususta tam-kısmi imkânsızlık ayrımı da yapmaktadır. Tam-kısmi imkânsızlık konu yönünden, geçici-sürekli imkânsızlık ise zaman yönünden yapılan bir değerlendirmedir. Bu nedenle, her kısmi imkânsızlık geçici imkânsızlık olmayabilecektir. Ayrıca Dural, sözleşmenin amacının tehlikeye düştüğü, geçici imkânsızlığın süresinin belirsizliği, edimin sonradan ifasının alacaklı için yeterli olmaması, zamanın geçmesinin edimin niteliğini tamamen değiştirmesi hallerinde, geçici imkânsızlığı sürekli imkânsızlık olarak kabul edileceğini de belirtmektedir. Bkz. **Dural Mustafa**, s.98-108.

[581]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V.,s.317; **Altaş Hüseyin**, s.189.

sahibinden kaynaklanan bir nedenle imkânsızlık doğduğunda BK.m.370/I, müteahhitten kaynaklanan bir imkânsızlık halinde ise BK.m.371 uygulanmaktadır. Tabii ki, bütün bu hükümler ancak kusursuz imkânsızlık hallerinde uygulanabilmekte ve bu nedenle; BK.m.370/I'in uygulanabilmesi için, iş sahibinin risk alanında ve fakat onun kusurundan kaynaklanmayan bir umulmayan olayın etkisiyle ifanın imkânsız hale gelmesi[582]; BK.m.371'in uygulanabilmesi için müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmak yeteneğini kaybetmesi gerekmektedir[583]. BK.m.368/I,II ise, taraflara isnadı kabil olmayan bir sebeple teslim edilmemiş eserin telef olması halinde, eserin yeniden imali imkânsız olsun veya olmasın uygulama alanı bulmakta ve imkânsızlık halinde müteahhit ücret riskine katlanmakta, eserin yeniden imali halinde bu nedenle doğan ilave maliyet iş sahibinden talep edilememektedir[584].

---

[582]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V.,s.326-327;**Altaş Hüseyin**, s.192-193.

[583]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V.,s.334-335; **Altaş Hüseyin**, s.189.

[584]Altaş, her iki halde de müteahhidin *ücret riskine* katlanacağını, ancak eserin yeniden meydana getirilebileceği hallerde, doğacak ek masrafın iş sahibinden talep edilemeyeceğini, imkânsızlık halleridne ise müteahhidin ücret riskine *tam* olarak katlanacağını ifade etmektedir. Bkz. **Altaş Hüseyin**, s.59; Kullanılan ücret riski kavramının ücret hasarını işaret edip etmediği belirsiz ise de, bu eserin yeniden imalinin mümkün olduğu hallerde ücret hasarının söz konusu olmayacağını, bu durumda sadece malzeme hasarından bahsedilebileceğini ifade etmekte yarar görmekteyiz. Nitekim Tandoğan, imkânsızlık olmayan hallerde, yapılan malzeme giderleri ve harcanan emeğin boşa gideceğini, malzeme sahibinin malzeme hasarına katlanacağını, müteahhidin ise eseri yeniden yaparak ücretini alabileceğini, ancak

2. YİD'te Kusursuz İfa İmkânsızlığı

YİD sözleşmesi de, kusursuz ifa imkânsızlığının doğması ile birlikte, kendiliğinden sona ermektedir. Ancak, YİD'in sürekli bir borç ilişkisi olması nedeniyle imkânsızlığın tespiti ve ilişkiye etkisi özellik taşımaktadır.

Tarafların olumlu ve olumsuz sürekli edimlerinin bulunduğu YİD sözleşmesinde, yatırımcının finansman temini ve yatırım sahibinin de işletme hakkı tanımak ve bu hakkın konusunu kullandırmak borcu, olumlu sürekli borçlardan olup, yatırım sahibinin yatırımı engellemekten kaçınma borcu da olumsuz sürekli borçlardandır. Kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle YİD sözleşmesinin sona ermesi ise, ancak bu borçların her hangi birinde ortaya çıkan imkânsızlığın, bütün borç ilişkisini etkilemesi halinde söz konusu olabilecektir. Bu etkinin tespitinde de, imkânsızlığın telafisinin mümkün olup olmaması önem taşımakta ve YİD sözleşmesinin süresinin anlamının ortaya konulması gerekli olmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, YİD belirli süreli ve süresinin sonunda zımnen yenilenmeyen bir sürekli sözleşmedir. Bu nedenle, imkânsızlığın yarattığı ifa engelinin, ifanın sonraki bir zamanda yapılması ile telafi edilemeyeceği ve YİD sözleşmesinin, BK.m.117/I uyarınca, kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle sona ermesi gerektiği düşünülebilecektir. Ancak, burada ifanın belirli bir zamanda yapılması beklentisinin, ifanın zamanın geçmesiyle yararsız hale gelmesinden değil, tarafların kârlılık hesaplamalarından kaynaklandığı

---

işin daha pahalıya mal olacak olması nedeniyle müteahhidin BK.m.365/II veya m.367'ye dayanarak, tazminat ödemeksizin işe devamdan kaçınabileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V., s.318-319.

gözden kaçırılmamalıdır. Zira, genellikle büyük yatırım projelerinde tercih edilen bu modelin uygulamasında ayrıntılı fizibilite raporlarının düzenlenmesi gerekmekte, bu raporlarda sözleşme süresinin ekonomik yapısı ve ekonomik verilerin değişim aralıkları da dikkate alınarak bir denge yaratılmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme süresinin yer aldığı tarih aralığının değiştirilmesi, maliyet ve kâr beklentilerini de etkilemekte ve bu nedenle YİD sözleşmesinin, sadece kararlaştırılan süre içinde devam etmesi beklenmektedir. Ayrıca, kamu yatırımlarında hizmetin sürekliliğinin sağlanması ihtiyacı da, sözleşme süresine uyulmasındaki duyarlılığı attıran bir neden olarak ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, kusursuz geçici ifa imkânsızlığının ortaya çıktığı hallerde, yatırımın maliyetinin yükselmesi ve işletmeden beklenen menfaatin kesintiye uğramasından doğan kayıpların dengelenmesi gerekeceği de muhakkaktır. Aksi halde, ilişkiyi sadece belirli bir süre olumsuz etkileyen bir imkânsızlık hali nedeniyle bütün YİD sözleşmesinin sona erdirilmesi ve tarafların kalan süreye ilişkin menfaatlerinin ortadan kaldırılması gerekecektir ki, bu istenen bir sonuç değildir. Zira tarafların ifa menfaati, sözleşmede taahhüt edilen borçların aynen ifasıyla sağlanacak, bunun dışındaki her türlü çözüm, taraflar için zarar yaratacaktır.

Bu genel yapı dahilinde konuya yaklaşıldığında, YİD'in finansman, inşa ve işletme edimlerinin imkânsızlaşmasını değerlendirmek daha kolay olacaktır;

Her şeyden önce, finansman temini, bir para borcu olduğu için imkânsızlaşmayacak ve her durumda ifası mümkün bir edim olarak kalacaktır. Ancak, değişen şartlar

altında finansmanın temini TMK.m.2 uyarınca yatırımcıdan beklenemeyecek hale gelir ise, aşırı ifa güçlüğü nedeniyle haklı nedenle fesih mümkün olabilecektir[585].

İnşaat borcu ise, inşaatın tamamlanması ve teslimini kesin olarak engelleyen bir durumun ortaya çıkması ile imkânsızlaşmaktadır[586]. YİD'te de, yatırım dönemi içinde ortaya çıkan ve yatırımcıya izafe edilemeyen bir ifa engeli nedeniyle inşaatın tamamlanması kesin olarak engelleniyor ise, inşaat borcunun imkânsızlaştığı kabul edilecektir. Ayrıca, sözleşme süresi sonunda ifası gereken devir borcu da, aynı imkânsızlık nedenine bağlı olarak imkânsızlaşmış olacaktır. Bu duruma bağlı olarak da, YİD sözleşmesi, BK.m.117/I uyarınca kendiliğinden sona erecektir. Ancak bu imkânsızlık sürekli değil, geçici ise, maliyet artışı yatırımcıya ait olmak üzere, imkânsızlık süresi kadar inşaat süresinin uzadığının kabulü en uygun çözüm olacaktır[587]. Zira, bu şekilde imkânsızlık yaratan mücbir sebep riski taraflar arasında paylaşılabilecek ve hukuki ilişki ayakta tutularak, ifa menfaatlerinin gerçekleşmesi sağlanabilecektir.

Öte yandan, yatırım döneminin tamamlanmasından ve bu durumun yatırım sahibine bildirilmesinden sonra ortaya çıkan bir umulmayan hal nedeniyle tesis telef olur ve yeniden yapımı da imkânsız hale gelir ise, bu halde inşa borcunun imkânsızlaşması değil, işletme hakkının kullanılmasının ve bunun yanında devir borcunun

---

[585]Krş. **Dural Mustafa**, s.144-145; **Dayınlarlı Kemal**, s.98.

[586]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.44.

[587]Bkz. Üçüncü Bölüm, §5,I.H.2.

imkânsızlaşması söz konusu olabilecektir. Zira, yatırımcı tesisi inşa edip, bu hususu da yatırım sahibine bildirmek suretiyle inşa borcunun ifasını tamamlamıştır.

İşletme hakkı tanınması ve hakkın konusunu kullandırma borcu açısından ise, işletme dönemi içinde ortaya çıkan bir durum nedeniyle, tesisin işletilmesinin engelleniyor olması halinde, bu engelin kesin ve sürekli olması kaydıyla, yatırım sahibinin tesisi kullandırma borcunun kusursuz ifa imkânsızlığı nedeniyle sona erdiği kabul edilmelidir[588]. Buna karşın, ifa engeli geçici ve sözleşmenin kalan süresinde işletmeye devam mümkün ise, sadece ifa engelinin devam ettiği dönem için bir imkânsızlığın varlığından söz edilebilecektir. Dolayısıyla, imkânsızlık yaratan olayın etkileri ortadan kalktıktan sonra imkânsızlığın etkilerini gidermek şansı bulunabilecektir. Bunun için de, yatırım sahibinin kullandırma borcu tamamen değil, sadece kısmen sona erecek, imkânsızlık yaratan neden ortadan kalktığında da, süre uzatımı yapılmaksızın, sözleşmenin kalan döneminde işletme hakkının kullanımı sağlanacaktır. Bununla birlikte, eğer geçici imkânsızlığın ne zaman ortadan kalkacağı belirsiz ve bu belirsizlik içinde sözleşmenin devam ettirilmesini yatırımcıdan beklemek TMK.m.2 anlamında dürüstlük kuralının ihlali olacak veya imkânsızlık hali ortadan kalkmış olsa dahi, kalan sürede işletmeye devam edilmesi yatırımcının gelir kaybını telafi etmekte yetersiz kalacak ise, artık bir çekilmezlik halinin doğduğu

[588]Öte yandan, kullanıma engel olan durum, BK.m.274 anlamında, yatırımcının şahsından veya kusurundan doğmakta ise, bu halde bir tarafa izafe edilebilen bir ifa engeli mevcut olduğu için, artık imkânsızlık değil, çekilmezlik nedeniyle bir haklı sebeple fesih gündeme gelecektir.

kabul edilerek, yatırımcıya haklı sebeple fesih hakkının tanınması kaçınılmaz olacaktır[589].

Kamu yatırımlarında ise, kusursuz ifa imkânsızlığı halleri özel hükümlerle sözleşmelerde düzenlenmekte ve taraflar arasında bu hususta bir risk paylaşımı sağlanmaktadır. Bunun için öncelikle, kaza halindeki sorumluluk hükümlerinin emredici olmamasından yararlanılarak[590], gerek inşaat gerek işletme döneminde beklenmeyen hal nedeniyle ifanın imkânsızlaşabileceği haller birer *mücbir sebep*[591]

---

[589]İstisna sözleşmesi müteahhidinin, telef olan eserin yeniden imalinden doğacak maliyet artışının yüksekliği nedeniyle, BK.m.365/II ve m.367'ye dayanabileceği kabul edildiğinde (bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V., s.318-319), YİD sözleşmesindeki yatırımcı açısından da, geçici imkânsızlık sonrasında, bir karşı edim niteliğinde olan işletme hakkının süresindeki azalma nedeniyle kendisine haklı nedenle fesih hakkı tanınması zorunluluğu daha açık ortaya görülecektir.

[590] **Altaş Hüseyin**, s.175 vd.

[591]Mücbir sebepler tarafların anlaşmasıyla sözleşmede gösterilmiş ise, bu hallerde de imkânsızlık doğmuş olacaktır. **Kılıçoğlu Ahmet M.**, Kılıçoğlu II, s.630; BK.m.117 anlamında ''*borçluya isnad olunamayan haller*'', hukuki imkânsızlıkları, ehliyet kaybı, sakatlık, suçsuz tutuklanma gibi şahsi halleri, kazaları ve mücbir sebebi kapsamaktadır. Kaza (fevkalade hal), borcun ihlaline, borçlunun subjektif durumu itibariyle, kaçınılmaz bir şekilde sebebiyet veren ve akit yapılırken öngörülemeyen bir olaydan ibaret olup, mücbir sebep ise, çoğu zaman kaza ile eş anlamlı kullanılmakla birlikte, kaçınılması veya bertaraf edilmesi objektif olarak imkânsız bulunan olaylardır. Esasen bu iki kavram, BK.m.117'nin uygulanmasında bir

olarak belirlenmeye çalışılmaktadır. Ancak, bütün mücbir sebep olaylarını münferiden saymak mümkün olmadığı için, tahdidi bir sayım yapılmamakta, belirli olaylar örnek olarak verilmektedir[592]. Sözleşmelerde örnek olarak gösterilen bu

---

farklılık yaratmamakta, sadece kanunda özel olarak belirtilen hallerde (BK.m.293/II,478,481) farklılık önem kazanmaktadır. Bkz. **Tekinay Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atillâ,** s.1000-1004; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan I, s.460-468.

[592]Sözleşmelerin hepsinde, doğa olayları ile savaş, terör, isyan, seferberlik, genel grev gibi toplumsal olayların birer mücbir sebep olarak kabul edilmesine ek olarak bazı özel durumlar da mücbir sebep kapsamına dahil edilmektedir. Örneğin, inşaat sahasında tarihi ve arkeolojik bulguların ortaya çıkması, üretimde kullanılacak ve bir kamu kurumundan satın alınacak olan girdinin ilgili kamu kurumu tarafından temin edilememesi, tesis için gerekli olan malzemenin ithalatının ambargo veya ithalat izninin verilmemesi nedeniyle temin edilememesi, üretilen enerjinin, enerji satım anlaşmasının tarafı olan ilgili kamu kurumu nezdindeki ve şirket kusurundan kaynaklanmayan bir kısıtlama nedeniyle nakledilememesi, inşaat ve işletme için gerekli izin ve onayların temin edilememesi, fizibilite raporunun onaylanmasından sonra mevzuat değişikliği, mahkeme kararı, talimat veya başka bir yolla idari birimler veya yargı mercilerince işlem tesisi de birer mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Ayrıca havalimanı veya yat limanı projelerinde yatırım ve işletmeciliği etkileyecek ulaşım kazaları ve teknolojik kazalar da mücbir sebep kapsamına alınmaktadır. Hatta bazı hidroelektrik santrallerinin kuruluşuna ilişkin imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi, şirket kusuru olmaksızın işin durdurulması, kamulaştırmanın zamanında tamamlanamaması, idare tarafında yer alan kamu

olaylar ile taraflarca öngörülmemiş başka olayların mücbir sebep sayılması ise, olaydan etkilenen tarafın gerekli özen ve dikkati göstermiş olmasına karşın önlenemeyecek veya giderilemeyecek ve aynı zamanda sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin ifasını zaman veya maliyet açısından önemli ölçüde veya tamamen olumsuz yönde etkiliyor olması şartına bağlanmaktadır. Esas itibariyle, bir mücbir sebebin ortaya çıkması halinde sözleşme tarafları, mücbir sebebin neden olduğu gecikme ve maliyet artışlarını görüşmek suretiyle iş programı, işletme programı ve toplam yatırım tutarı ile tarifeyi yeniden düzenlemektedir. Ayrıca, mücbir sebepler

---

kuruluşlarının taahhütlerini zamanında yerine getirmemeleri, proje tasdik ve kontrol işlemlerinin zamanında yapılmaması gibi yatırım sahibine kusur olarak atfedilebilecek bazı olaylar da mücbir sebep kapsamına alınarak, idarenin kusurlu ihlallerine karşı şirkete bir koruma sağlanmaktadır. Bkz. **Karadeniz Ereğlisi** Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.21), **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.21), **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.17) ve **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.19)'da, işletme döneminde mücbir sebep nedeniyle tesisin işletilmesi mümkün olmaz ise idarenin yolcu servis ücretine ilişkin taahhütlerinin askıya alınacağı ve mücbir sebebin neden olduğu hasarın giderilmesi için de yatırımcıya ilave bir inşaat süresi tanınacağı hükme bağlanmıştır.

nedeniyle ortaya çıkan maliyet artışının finanse edilmesinde köprü kredi kullanımı ve eksik üretim için ödeme yapılması mümkün olabilmektedir[593]. Eğer taraflar, mücbir sebep nedeniyle sözleşmeden doğan taahhütlerin yerine getirilmesinin telafisi mümkün olmayacak şekilde engellendiği hususunda mutabık kalırlar veya maliyet artışının sözleşmede kararlaştırılan sınırın üzerine çıktığı veya üretimin yapılamadığı dönemin sözleşmede belirlenen süreyi aştığı tespit edilir ise, kendiliğinden sona erme yerine, taraflardan her birine sözleşmeyi feshetmek hakkı tanınmaktadır. Buna ek olarak, yatırımcının yatırımda kullandığı, ancak tarife yolu ile geri alamadığı özsermaye, öncelikle sigortadan karşılanarak, yatırım sahibi tarafından yatırımcı proje şirketine ödenmektedir. Ayrıca şirket kusuru dışındaki sebeplerle kullanılmış olan kredilerin henüz geri ödenmemiş taksitleri de, yatırım sahibi idare veya onun adına bir kamu kurumu tarafından üstlenilmekte olup, yatırımcı proje şirketinin

[593]Elektrik santrallerinin kurulmasına ilişkin sözleşmelerde bu yapı görülmektedir. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, m.22; **Marmara Ereğlisi'nde** Kurulacak Doğalgaz Enerji Santraline Ait Uygulama Anlaşması, m.9; Ancak, bazı sözleşmelerde mücbir sebep riski bu şekilde paylaşılmamakta, yatırımcı proje şirketine ek süre tanınarak mücbir sebebin etkilerini ortadan kaldırma imkânı yaratılırken, bütün maliyete de tek başına katlanacağı hükme bağlanmakta ve yatırım sahibi idarenin asgari gelir teminine yönelik ödeme taahhütleri de askıya alınmaktadır. **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi ve **Yat Limanı** İmtiyaz Sözleşmesinde mücbir sebep riski bu şekilde paylaşılmıştır.

teminat mektubu kendisine iade edilirken, yatırım veya tesis de bedelsiz olarak idareye intikal etmektedir[594].

[594]**Karadeniz Ereğlisi** Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (27.2), **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.28.2), **Kırklareli** Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.26.b)'de mücbir sebep bir fesih hali olarak düzenlenmiştir. Diğer bazı sözleşmelerde ise, mücbir sebep hallerinde, fesih yetkisi yerine ''*satın alma ihbarında bulunma (buy out)*'' yetkisi düzenlenmektedir. Bu durumda da, fesih yetkisi kullanılan hallerde olduğu gibi, mücbir sebebin hangi şartlarda sözleşmenin devamına imkân vermeyeceği önceden kararlaştırılmış olmaktadır. Ancak burada farklı olan, bir fesih ihbarın yapılmıyor olması, bunun yerine taraflardan her birinin diğerine ''*satın alma ihbarı*''nda bulunmasıdır. Bu ihbar yapıldığında, yatırım sahibi idare tarafından, yatırımcı şirkete satın alma bedeli ödemesi yapılmakta ve tesis idareye devredilmektedir. Ayrıca, şirketin ana sözleşmeden ve bağlı sözleşmelerden doğan, devralanın personeline eğitim verilmesi haricinde kalan, bütün borçlarının da ibra ile sona ereceği hükme bağlanmaktadır. **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğalgaz Enerji Santraline Ait Uygulama Anlaşmasında (m.33) bu sistem tercih edilmiştir.

B. İade Borcu

BK.m.117'nin birinci fıkrasında, imkânsızlık halinde borcun sakıt olacağı belirtildikten sonra, ikinci fıkrasında da, karşılıklı taahhütleri havi akitlerde, borcu sona eren tarafın, almış olduğu şeyleri, sebepsiz iktisap hükümleri uyarınca iade edeceğini hükme bağlanmıştır.

YİD sözleşmesinde de, bir tarafın edimi imkânsızlık nedeniyle sona erdiğinde, borç ilişkisi sona erecek ve taraflar, henüz ifa edilmemiş edimlerin ifasını talep edemeyecekleri gibi, gelecek dönemde kullanılmak üzere kendilerine önceden bırakılmış değerleri iade edeceklerdir. Bu durumda yatırımcı, kendisinin kullanımına bırakılan arsayı ve/veya tesisi iade ederken, yatırım sahibi de, yatırımcının finansman temini borcunun ifasıyla, dolaylı olarak kullandığı mali kaynağı iade etmelidir[595].

[595]Kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerin kusursuz imkansızlık nedeniyle sona ermesini düzenleyen ''*mücbir sebepler nedeniyle fesih*'' hükümlerinde, yatırım döneminde sona erme halinde, yatırımcının yatırımda kullandığı özsermayesinin, işletme döneminde de yatırımda kullanılmış olup da tarifeden geri alınamamış özsermayesinin, öncelikle sigortadan karşılanarak, şirkete ödeneceği ve ayrıca şirket kusuru dışındaki nedenlerle alınıp da henüz geri ödenmemiş kredilerin de idare tarafından üstlenileceği belirtilmektedir. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.28); **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi (m.27); **Kırklareli**

Buna bağlı olarak da, eğer sona erme hali yatırım döneminde ortaya çıkmış ise, yatırım sahibinin iade borcu, yatırımda kullanılan özsermaye ve kredinin tamamını kapsamalıdır. Zira, bu halde işletme dönemine başlanamamış olduğu için yatırımcıya finansmanını geri almak imkânı hiç yaratılmamış olmakta ve kullanılan finansmanın, kullanım hakkı sona erdiği için, yatırımcıya iadesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Buna karşın, sözleşmenin işletme döneminde sona ermesi halinde, sona ermenin geçmişe etkili olmaması, daha belirgin şekilde ortaya çıkacak ve yatırım sahibi, sadece gelinen tarih itibariyle işletme gelirlerinden geri alınması mümkün olmayan finansmanı iade edecektir.

Bu iade borçlarının ifasında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin ise fazla bir etkisi olmayacağı söylenebilecektir. Gerçekten, BK.m.117/II'de iade borcunun kapsamının tespiti amacı ile sınırlı olarak atıf yapılan sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulandığı hallerde iade borcunun ifası, (BK.m.63/I uyarınca) iade borcunun doğduğu anda elde kalanın karşı tarafa verilmesi suretiyle yapılmaktadır. Ancak, iadesi gereken edim para ise, aynı miktarda geri verilmesi zorunlu olmakta, elde kalanın iadesiyle yetinilmemektedir[596]. Dolayısıyla, yararlandığı mali kaynağı iade edecek olan yatırım sahibinin iade borcu, para borcu niteliğinde olduğu için, iade borcunun ifasında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin bir etkisi bulunmamalı ve yatırımcının imkânsızlık anı itibariyle geri alamadığı finansman tutarı kendisine iade

---

Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi (m.26).

[596]**Dural Mustafa**, s.163-164.

edilmelidir. Yatırımcı ise, devir borcunun kapsamında yatırım arazisini ve inşaatın mevcut halini veya inşaat tamamlanmış ise tesisi yatırım sahibine iade etmek borcu altında olmalıdır. Zira yatırımcıya tanınan yatırım arazisinin ve tesisin kullanım hakkı, bir ayni hak niteliğinde olmayıp, YİD sözleşmesinden doğmakta olduğundan, sözleşme sona erdiğinde kullanım hakkı da sona erecektir. Bu nedenle, yatırımcı, araziyi aynen, tesisi de imkânsızlık anına kadar inşa edilen kısmıyla iade etmek durumundadır.

C. Hasarın İntikali

1. Genel Olarak

BK.m.117/II, kusursuz ifa imkânsızlığı doğan hallerde, borcundan kurtulan borçlunun henüz almadığı karşı edimin ifasını talep edemeyeceğini de hükme bağlamakta ve ayrıca, kanun veya sözleşme ile, ifadan önce ortaya çıkan zararın alacaklıya yüklendiği halleri saklı tutmaktadır. Bu hüküm uyarınca, karşı edim hasarı borçluya, edim hasarı ise alacaklıya ait olmaktadır. Bu hasar dağılımının nedeni olarak da, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki fonksiyonel sinallagma gösterilebilecektir. Bir başka ifade ile, edimini karşı edim uğruna ifa edecek olan edim alacaklısı, borçludan bir şey elde edemeyince kendi edimini de yerine getirmekten kurtulmaktadır. Bu durumun doğal sonucu olarak da, borç ilişkisi kendiliğinden sona ermektedir. Bununla birlikte, eğer imkânsızlaşan edimin yerine kaim olan bir değer var ise, alacaklı bu değerin kendisine verilmesini talep

edebilecek ve bu halde kendi edimini de ifa etmek durumunda kalacak, dolayısıyla borç ilişkisi sona ermemiş olacaktır[597].

Diğer yandan, istisna sözleşmesinde, hasarın intikali sorunu BK.m.368/I,II'de özel olarak düzenlenmiş ve ortaya çıkan bir umulmayan olay (kaza)[598] nedeniyle eserin

---

[597]**Dural Mustafa**, s.161-162; **Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir**, s.139-146; **Feyzioğlu Feyzi Necmeddin**, s.465; Kılıçoğlu, kaim değerin iadesi hususundaki görüşe işaret etmekle birlikte, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin aksi yöndeki, 18.4.1961 tarihli (E.1960/7605, K.1961/3686) kararına da dikkat çekmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu Ahmet M**., Kılıçoğlu II, s.633; **Tekinay Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atillâ**, s.484-486.

[598]''*BK.mad.368'e göre, zararın doğmasına neden olan, taraflardan hiç birine yüklenemeyen duruma umulmayan olay (kaza) denir. Umulmayan olay (kaza) taraflarca önceden öngörülemeyen veya öngörülmesi mümkün olmayan her türlü durumdur. Taraflarca öngörülememe kavramı, objektif değil, tarafları ve yaşadıkları çevreyi dikkate alan subjektif bir kavramdır. .....Umulmayan olayın yarattığı tehlikeyi tarafların en yüksek özeni gösterseler bile , meydana getirilen eseri veya o eserden beklenen ekonomik sonucu tehlike altına atmadan defetmelerinin mümkün olmadığı hallerdir. .....BK. mad.368'de söz edilen umulmayan olay (kaza) kavramını taraflara yüklenemeyen bir olay olarak anlamak gerekir Eserin telef olması çok çeşitli olaylar neticesinde olabilir. Telef olma, müteahhit veya iş sahibine yüklenebilen, yani onların bir fiili neticesinde meydana gelmişse, BK.mad.368 anlamında kazadan söz edilemez.'' ''BK.m.368'in uygulanması için, taraflara*

telef olması[599] ihtimalinde, ücret hasarının müteahhide[600],, malzeme hasarının ise malzeme sahibine ait olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, buradaki hasar sorunu, BK.m.117/II'dekinden daha geniş bir ihtimali kapsamaktadır. Şöyle ki, bir kaza nedeniyle eser telef olduğu ve bu kazanın aynı zamanda eserin yeniden imalini de imkânsızlaştırdığı hallerde müteahhit, ücret hasarına katlanmakta, öte yandan kaza nedeniyle eser telef olmasına karşın, eserin yeniden imali imkânsız değil ise, artık

---

yüklenemeyen bir olay neticesinde eserin telef olması şartı aranacaktır. Ancak bu eserin adi bir umulmayan olay sonucunda mı yoksa mücbir sebep nedeniyle mi telef olduğunun BK.mad.368 anlamında bir önemi yoktur. Doktrinde, sözleşme dışı sorumluluk hukukunda adi umulmayan olay ile mücbir sebep arasında sıkça ayrım yapılır. BK.mad.368 anlamında bu ayrımın bir önemi olmadığından..... . BK.mad.368 anlamında hem adi umulmayan olay hem de mücbir sebep eserin telef olmasını sağladığında aynı sonuç doğar.'' Bkz. **Altaş Hüseyin**, 66-67,76.

[599] ''*Eserin telef olmasından anlaşılması gereken şey, onun sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden daha düşük bir nitelik taşımasıdır. Bu anlamda, eserin telef olması tıpkı ayıplı bir eser gibi değerlendirilebilir.*'' Bkz. **Altaş Hüseyin**, s.58; Oğuzman/Öz de, (BK.m.183'e ilişkin açıklamalar kapsamında) hasar tabirinin her türlü kusursuz imkânsızlığı kapsamadığını, sadece malın telef olması veya değerinin düşmesi halinin hasar teşkil edeceğini, hasar olmayan imkânsızlık hallerinde BK.m.117'nin uygulanacağını ifade etmişlerdir. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.447.

[600]''*Eserin teslimden önce telef olması nedeniyle müteahhidin ücret riskine katlanması için, bu telef olmanın alacaklının (iş sahibinin) temerrüdünden ve eserin ona tesliminden önce olması da zorunlu unsurlardandır*.'' Bkz. **Altaş Hüseyin**, s.79.

ücret hasarı değil, eserin yeniden imalinin maliyetine, yani malzeme hasarına katlanmak söz konusu olmaktadır.

Bunun yanında, BK.m.368/III uyarınca, eser iş sahibi tarafından verilen malzeme veya gösterilen arsanın kusurundan veya iş sahibinin yanlış talimatından kaynaklanmış ise, müteahhidin tehlikeyi zamanında ihbar etmiş olması kaydıyla, hasar iş sahibine ait olduğu gibi, kusur halinde zarar da iş sahibine yüklenmektedir[601].

Hasarın bu şekilde dağıtıldığı kaza hallerinde, eserin telef olması, inşa borcunu sona erdirmediği için, bir imkânsızlık bulunmadıkça eserin yeniden yapılması gerekmekte, dolayısıyla sözleşme de sona ermemektedir. Bu nedenle de, müteahhit, eseri tekrar inşa eder ve teslimi sağlar ise, ek maliyetini değil, sadece sözleşmede kararlaştırılan ücretini alabilmektedir. Bununla birlikte, eserin yeniden inşası müteahhit için aşırı güçlük yaratıyor ise, BK.m.365/II uygulanabilecek ve ücret artışı talebi veya sözleşmenin feshi söz konusu olacaktır[602].

---

[601] İş sahibine yüklenen nedenlerle eserin telef olması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Altaş Hüseyin**, s.92-108.

[602]**Seliçi Özer**, Seliçi II, s.64-65; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s. 318-319; **Bilge Necip**, s.219-220; **Olgaç Senai**, s.105-108; .

2. YİD Sözleşmesinde Hasar Sorunu

YİD sözleşmesinde de, inşaatın bitirilmesini takiben teslim yapılmıyor olmakla birlikte, inşaatın tamamlandığı ve işletmeye hazır halde bulunduğunun yatırım sahibine bildirilmesiyle birlikte, inşa borcunun ifası gerçekleşmektedir. Bu durumda, yatırımcının inşa borcunun ifasının tamamlanmasına kadar olan dönemde, BK.m.368'in YİD'e de kıyasen uygulanması düşünülebilecektir.

Öte yandan, yatırımcının istisna sözleşmesindeki müteahhitten daha farklı bir konumda olduğu unutulmamalıdır. Nitekim, yatırımcı sadece inşa borcu değil, aynı zamanda finansman temini borcu altındadır ve sözleşmedeki menfaat dengelerini belirleyen risk paylaşımında bu husus büyük bir önem taşımaktadır. Gerçekten, teslimden önce inşa ettiği eser telef olan bir müteahhit, yeniden inşa imkânı bulunmakta ise, eseri tekrar yapıp teslim ettiğinde sözleşmedeki ücretini almaya hak kazanacaktır. Dolayısıyla, müteahhidin katlanacağı hasar en fazla ve sadece telef olan ilk eserin inşa maliyeti kadar olacaktır. Halbuki, yatırımcının, telef olan eseri yeniden inşa etmesi halinde, tesisi teslim ederek önceden belirlenmiş bir ücreti almak ve riskini bu şekilde sona erdirmek imkânı bulunmamaktadır. Zira, yatırımcı tesis yeniden inşa edecek olsa dahi, işletme dönemine geçildiğinde, işletme riskine katlanan da yine kendisi olacaktır. Bunun anlamı, işletme riskini zaten üstlenmiş olan, bir başka ifade ile işletme gelirinin yetersiz olması durumunda yatırım sermayesini geri alamamak riskini taşıyan yatırımcının, ayrıca tesisin yeniden yapımı maliyetini de aynı belirsizlik içinde tahsil etmek riskini üstlenmesidir. Buna ek olarak, istisna sözleşmesindeki müteahhidin, kural olarak, eserin yeniden yapımı

maliyeti nedeniyle sözleşmede bir uyarlama talep etmesi mümkün olmadığına göre, BK.m.368'in kıyasen YİD'e uygulanması suretiyle, sözleşme süresinin (yeniden inşa süresi kadar) uzatılmaması, yani yeniden inşa için harcanacak zamanın da işletme dönemine mahsubu gündeme gelecektir. Bu durumda ise yatırımcı, hem edim hasarına, hem de işletme süresinin kısaltılması suretiyle, karşı edim alacağında meydana gelecek eksilmeye katlanmış olacaktır.

Ayrıca, YİD sözleşmesi sadece yatırım döneminden ibaret olmayıp, işletme dönemini de kapsadığına göre, tesisin telef olması ihtimali inşaatın tamamlanmasından sonra da devam edecektir. Acaba, işletme dönemindeki hasarın intikalinde de hasılat kirası hükümlerinden olan BK.m.293 uyarınca, hasara yine kiracı konumundaki yatırımcı mı katlanacaktır[603]? Yatırımcının devir borcunun kapsamının belirlenmesinde YİD sözleşmesine kıyasen uygulanacağını kabul ettiğimiz BK.m.293'ün hasarın intikali bağlamında da gündeme gelmesi halinde, yatırımcının finansman riski fazlasıyla artarken, yatırım sahibinin finansman maliyetinin ve yatırımcının kârının kendisine geri dönüşünü sağlamak üzere verdiği işletme hakkı da, bir karşı edim olmaktan çıkacak ve yatırımcı için bir risk unsuru haline gelecektir.

[603]Defter tutulması halinde, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmuyor ise, defterde gösterilen şeylerin hasarı, BK.m.293/I uyarınca, kiracıya ait olacaktır. Kiracı, ancak BK.m.293/II uyarınca, kiralayanın kusuru veya mücbir sebebin varlığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir ve fakat umulmayan halden sorumlu olur. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.190.

Görülüyor ki, hasar sorununun YİD sözleşmelerindeki çözümü kolay değildir. Bu zorluğa rağmen, sözleşme süresinde tesisin yatırımcının hakimiyetinde bulunmasından ve yatırım sahibinin de finansman ihtiyacı içindeki taraf olmasından hareketle, tesisin bir kaza nedeniyle, kısmen veya tamamen telef olması halinde, tesisin yeniden inşa maliyetine yatırımcının katlanması gerektiği ve fakat, hasarı yaratan umulmayan halin devam ettiği sürenin işletme süresine eklenmesi ve ayrıca ek maliyetin de toplam yatırım maliyetine ilavesi suretiyle edimler arasındaki dengenin yeniden kurulmasının en uygun yol olacağı düşünülmektedir[604]. Böylece, istisna sözleşmesine paralel olarak, tesisin yeniden yapımı maliyeti yatırımcı üzerinde bırakılırken, yatırımcının karşı edim beklentisi muhafaza edilmekte, işletme hakkı süresinin uzatılması suretiyle, karşı edimde bir indirim yapılması önlenmiş olmaktadır[605]. Bu noktada, yatırımcının sigortadan yararlanması ve ek maliyetini

[604]Kaplan ise, bir gerekçe göstermemekle beraber, sözleşmede aksi belirtilmiş olmadıkça, mücbir sebep riskine yatırım sahibinin katlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.32.

[605]**Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.17) ve **Antalya** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Tesisinin Yapım, İşletme ve Teslim İşlerine Ait İmtiyaz Sözleşmesi (m.19)'da, işletme süresi askıya alınarak, görevli şirketin tesisi yeniden yapması ve işletmeye alması için kendisine yeni yatırım süresi verilmekte ve bu yeni sürede finansman ve maliyetleri kendisine ait olmak üzere görevli şirket tesisi yeniden inşa etmektedir. Tesislerin yeniden işletmeye alınması ile birlikte de işletme süresi kaldığı yerden devam etmektedir.

sigorta tazminatı ile karşılaması, buna bağlı olarak da işin başında sigorta maliyetinin de toplam yatırım tutarına dahil edilmesi gerekeceği açıktır.

III. YİD SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

A. Genel Olarak

YİD projelerinde tarafların menfaat çatışmasının çok belirgin şekilde ortaya çıktığı noktaların başında, sözleşmenin fesih nedeniyle, süresinden önce, sona ermesi ihtimali yer almaktadır. Bunun nedeni ise, tarafların projenin devamlılığı hususundaki menfaatlerinin farklılığıdır. Zira, projeye yatırdıkları fonun ve ayrıca makul bir kârın elde edilmesinde asli kaynak olarak proje getirisini esas alan yatırımcı proje şirketi ile kredi kurumları açısından, projenin en kârlı şekilde devam etmesi zorunlu iken, yatırım sahibi açısından, tesisin yıpratılmadan, düzenli bakımları yapılarak, uzun vadeli kârlılık hedefine yönelik şekilde işletilmesi önem taşımaktadır. Ayrıca, kamu yatırımlarında yatırımın sahibi olan devlet açısından, hizmetin devamlı ve düzenli bir şekilde, aynı zamanda tüketiciler için makul bir fiyatla sunulmasının sağlanması önem arz etmektedir.

Taraf menfaatleri arasındaki bu farklılık nedeniyle de, kamu yatırımlarına ilişkin YİD sözleşmelerinde erken sona erme hallerine ilişkin özel düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin temel amacı, taraflar arasında ortaya çıkabilecek ihtilafları, sorun fazla büyümeden çözümlemek için imkân yaratmak ve bu süreçte üretimin düzenli olarak devam ettirilmesi ile gelir akışının kesilmemesi ihtiyaçlarını

dengelenmektir. Bu amaçla kullanılan sistem, menfaatinin risk altında olduğunu, bir başka ifadeyle sözleşmenin ihlal edildiğini ileri süren tarafın bu iddiasını ve gerekçesini karşı tarafa bildirerek bir çözüm bulunmasını talep etmesi, ancak çözüm bulunamadığı halde, daha iyi bir çözüm olduğunu düşünüyor ise, sözleşmeyi feshetmesi esasına dayanmaktadır. Bu sistemde fesih yetkisi, karşı tarafı çözüme zorlamak için bir baskı unsuru olabilmektedir. Ayrıca, sözleşmenin feshi halinde de özel hükümler ile yatırımcıya ödenecek tazminat kalemleri sınırlandırılarak, mahrum kalınan kâr talep hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Böylece çok uzun süreli sözleşme ilişkileri kapsamında doğabilecek muhtelif riskler nedeniyle büyük tazminat taleplerinin önüne geçilmekte ve yatırım sahibi devletler açısından en büyük risk niteliğindeki bu risk taraflar arasında dağıtılmış olmaktadır.

Ne var ki, bu fesih sitemi veya bir başka sistem, kamu yatırımlarına uygulanan özel kanunlarda, fesih usulü gösterilmediği[606] ve hatta bu hususun sözleşmede düzenleneceği hükme bağlandığı için, sorunun çözümü taraflar arasındaki

[606]3096 sayılı Kanun m.8'de, 3465 sayılı Kanun m.6, 3996 sayılı Kanun m.6'da ve 94/5907 sayılı Yönetmeliğin 26,27,28.maddeleri uyarınca, sözleşmeler kural olarak kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ermekte ise de yatırımcının aczi veya sözleşmeyi ihlali halinde idarenin sözleşmeyi süresinden önce fesih hakkı bulunmaktadır. Sadece 1.3.1993 tarih, 93/4186 sayılı, 3465 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliğinin 55.maddesinde, şirkete en az 10 gün süreli bir ihtar gönderileceği ve bu ihtara rağmen ihlal durumu ortadan kaldırılmamış ise, yeni bir ihtara gerek olmadan sözleşmenin feshedilmiş olacağı, kesin teminatın da gelir kaydedileceği hükme bağlanmıştır.

pazarlıklara kalmaktadır. Bu şekilde, yatırımcının kusurlu ihlallerinde, ihlalin giderilmesi için verilecek süreler ve bu arada inşaat dönemindeki gecikmeler nedeniyle tahakkuk edecek cezai şartlar, yatırımcının veya kredi kurumunun düzeltici program sunma hakları ve tesisin üzerindeki kredi borçlarının tasfiyesi gibi hususlar, tarafların pazarlıkla ulaştıkları ortak noktaya bağlı olarak, sözleşmelerde düzenlenebilmektedir[607]. Sözleşmelerde yer alan bu hükümlerle, yatırımcı yatırım

[607]Diğer taraftan, sözleşme döneminde mücbir sebepler veya yatırım sahibine yüklenen risk olaylarının ortaya çıkması ve buna bağlı olarak projenin beklenen kârlılıkla devamına imkân kalmaması halinde ise, yatırımcı ve yatırım sahibine sözleşmenin feshi yetkisi verilmekte, ayrıca şirketin öz sermayesi ile henüz ödenmemiş olan kredi borçlarının yatırım sahibi tarafından tazmini hükme bağlanmaktadır. Muhtelif sözleşme örnekleri için bkz. **Güneş Cengiz**, Güneş II, s.632 vd.; Bir başka çözüm yolu olarak da, taraflara projenin satın alınması için ihbarda bulunma (buy out veya catch-all) yetkisi verilebilmektedir. Bu ihtimalde, belirli bir süre devam eden veya belirli miktar maliyet artışından fazlasına neden olan veya sözleşme taahhütlerinin ifasını mutlak olarak engellediği hususunda tarafların mutabık kaldığı bir mücbir sebep veya yatırım sahibine yüklenen risk olayları ortaya çıktığında, yatırımcı veya yatırım sahibi satın alma ihbarında bulunabilmekte ve bu ihbar yapıldığında daha önce sözleşmede kararlaştırılmış fiyat üzerinden proje yatırım sahibi tarafından satın alınmaktadır. **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Enerjisi Santrali'ne Ait Uygulama Anlaşmasında bu nitelikte hükümler yer almıştır.

sahibinin keyfi uygulamalarına karşı korunurken, aynı zamanda ciddi olmayan münferit olaylar nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesine de engel olunmaktadır[608].

B. Sürekli Borç İlişkisi Olarak YİD'in Feshi

1. Haklı Neden Unsurunun Gerekliliği

Esasen, uygulamada geliştirilen bu çözümler, YİD sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi olması nedeniyle, fesih suretiyle ileriye dönük olarak sona ermesi ve sona ermenin hükümlerinin özellik göstermesinin doğal bir sonucudur. Gerçekten, sözleşme tarafları sadece belirli bir ani edimin ifa edileceği kısa bir dönemde bir araya gelmeyip, belirli bir süre içinde, sürekli edimlerini ifa etmek suretiyle karşı tarafın ifa menfaatini temin etmek durumunda bulunmaktadırlar. Dolayısıyla, taraflar arasında daha güçlü bir *güven ilişkisi* kurulmakta ve tabii ki bu güvenin çöktüğü hallerde ilişkiye devam imkânı da kalmamaktadır[609]. Zira, YİD'in de aralarında yer

---

[608]**Nassar Nagla**, s.8; **Morrison Neil**,s.3.

[609]Güvenin korunması ilkesi, hukuken korunmaya değer bulunan bir çıkarını gerçekleştirmek amacıyla buluştuğu kişi nezdinde bir güven olgusu yaratanın, bu güvenin sonuçlarına katlanması ve onun, bir kez yaratmış bulunduğu güveni artık sarsmaması anlamını taşımaktadır. Bu bağlamda, tarafların verilen söze eşlik eden tüm maddi olgularla ve tutumlarla yaratılmış olan güveni sarsmamaları gerekmektedir. ''*İfa engelleri*'' ''*sözleşme sarsıntıları*'' alanında ise, güven ilkesi gereği taraflar, karşı tarafın kendisine karşı beslediği kapsamlı güveni çökertmeyecek, ifa istem ve yükümlerine, karşılıklı bağlılık ve güvene, karşılıklı

aldığı, sürekli borç ilişkileri, zaman içinde münferit edimlerin yerine getirilmesi ile tükenmemekte ve bu yapıları itibariyle taraflar arasında, en azından belirli bir süre için, istikrarlı borç ilişkileri kurulmasında araç olarak kullanılmaktadırlar. Özellikle YİD'in konusunu oluşturan yatırım projeleri gibi, büyük iktisadi menfaatlerin düzenlenmesinde kullanılmaya elverişli olan sürekli borç ilişkileri, geçici değil, ileride de sürecek bir bağlılık yaratmak suretiyle, her bir tarafın alacaklısı olduğu edimin gelecekte de sözleşmeye uygun şekilde ifasını temin etmektedir. Nitekim, yatırım sahibi kendisi için temin edilen finansmandan sözleşme süresi boyunca yararlanmak imkânına kavuşurken, yatırımcı da inşa ettiği tesisi yine belirli bir süre için kullanmak, işletmek hakkına sahip olmaktadır. Tarafların karşılıklı olan bu ifa menfaatlerinin zaman içinde süreklilik göstermesinin doğal sonucu olarak da, sözleşme süresinde edim borcunun her an ifa edilmesini sağlayacak bir *güven ortamının* yaratılması gerekmektedir. Nitekim, bu nitelikteki borç ilişkilerinin asli önemi, bir istikrar unsuru olmalarında görülmektedir ve ancak bu istikrarın temelini oluşturan, güçlü güven ilişkisinin taraflardan birinin davranışı yüzünden çökmesi halinde ''*olağanüstü fesih hakkı*'' kullanılarak ilişki sona erdirilebilmektedir. Ayrıca, bu fesih imkânının kullanıldığı hallerde dahi, ''*yerine getirilen edimlerin varlıklarını koruyacaklarına dair güven*'' düşüncesi etkili olmakta ve bu nedenle, sürekli borç

çıkarlara saygılı davranacak, bu esaslara uygun düşmeyen biçimde yükümlülüklerden kaçınıp, istemlerde bulunamayacaktır. Ancak burada söz konusu olan bireyin ruhsal dünyasına ilişkin subjektif bir güven duygusu değil, ''*korunmaya değer, haklı bir güvendir*''. Bkz. **Serozan Rona**, s.246-247; **Özyörük Sezer**, s.53.

ilişkilerinde ‘’*dönmenin*’’ yerini ‘’*olağanüstü feshin*’’ (fesih) aldığı kabul edilmektedir[610].

[610]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.32-37; Modern dönme teorisi dahi sürekli borç ilişkilerinin sona ermesinde uygulanamayacaktır. Zira, bu ilişkiler yalnız sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde yapılacak bir ‘’*çözülmeyi*’’ değil, ‘’*akdi*’’ bir çözülmeyi de kaldıramazlar. Sürekli borç ilişkilerinden dönülemeyeceği ve bu ilişkilerin salt fesih eliyle ex nunc sona erdirilebileceği yolundaki ilke, anlamını ve geçerliliğini korumaktadır. Bkz. **Serozan Rona**, s.177-179; Buz ise, sürekli borç ilişkilerinde geçmişe etkili dönme hakkının kullanılamayacağı düşüncesini kabul ederken, bu düşüncenin temelindeki ‘’*aynen iadenin mümkün olmaması*’’ gerekçesine katılmamaktadır. Yazara göre, ani edimli sözleşmelerde iadenin imkânsızlaşması dönme hakkının kullanılmasına engel olmadığına göre, sürekli sözleşmelerde de böyle bir engelden bahsedilememelidir. Ayrıca, iade edilemeyen edimlerin değerinin hesaplanamayacağı iddiasını da abartılı bulan yazar, sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkının kullanılmasındaki asıl engelin, geçmişe etkili sona ermenin tarafların ve özellikle alacaklının menfaati açısından uygun bulunmaması olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla, alacaklının menfaatinin dönmeyi gerektirdiği istisnai hallerde dönme hakkı da kullanılabilecektir. Bir başka ifadeyle, ifasında temerrüde düşülen sürekli edimin daha önce ifa edilmiş kısmı da temerrüt nedeniyle faydasız hale gelmiş ise, alacaklının dönme hakkını kullanmasında menfaati olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **Buz Vedat**, s.321; Öte yandan, YİD aynı zamanda belirli süreli bir borç ilişkisi olduğu ve dolayısıyla ilişkinin belirli süre devamı tarafların ifa menfaatinin bir parçasını oluşturduğu için, sürekli borç ilişkileri içinde de özel bir

Öte yandan, bu güven unsuru, ilişkinin kararlaştırılan sürede devam edeceği ve taahhüt edilen edimlerin sözleşmeye uygun şekilde ifa edileceği haklı beklentisini de yarattığı için, çok önemli olmayan sorunların ilişkinin içinde çözümlenmesini ve ilişkinin devamının sağlanmasını da zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla, uzun sürecek bir hukuki ilişkiye giren tarafların, bu süre içinde ortaya çıkabilecek ufak tefek aksaklıkları göze almaları, ancak ilişkinin temelindeki güven ilişkisini çökerten belirli objektif ağırlıkta sebeplerin varlığı, yani bir *haklı nedenin* bulunması halinde ilişki sona erdirilebilmek hakkına sahip olmaları gerekmektedir[611].

Haklı nedenin ne olduğu ise ayrıca tespiti gereken bir husustur. Bu kavramın açıklanmasında, *akdin icrasının tahammül edilmez hale gelmesi, çekilmezlik, sözleşmeye devamın beklenmesinin ifrat derecesinde külfetli hale gelmesi, işlem temelinin çökmesi* gibi kavramlar kullanılmış, sonuçta haklı neden, BK.m.517/I'den de hareketle, ''*fesih beyanında bulunan için ilişkiye devamı çekilmez hale getiren bir olgu*'' olarak kabul edilmiş ve bu kriteri somutlaştırmak için de TMK.m.2'deki dürüstlük kuralına başvurulmuştur. Bu olgu, beyan sahibinin şahsından doğabileceği gibi, beyan muhatabının şahsında da doğmuş olabilir ve taraflardan birinin bu olgunun doğumunda kusurlu olması gerekli değildir. Bu esas dahilinde, kusurlu imkânsızlık, kötü ifa, temerrüt, ancak ilişkiyi çekilmez hale getirmeleri kaydıyla, birer haklı neden teşkil etmektedir. Ayrıca, tarafların dışındaki olgular da, ilişkiyi çekilmez hale getirebilecek, özellikle sözleşmenin kurulduğu zamanda mevcut olan

---

grupta yer almaktadır. Bu nedenle sürekli borç ilişkilerine ilişkin *olağan fesih imkânı* (bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.112) burada uygulanamayacaktır.

[611]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.32-33, 219-221; **Serozan Rona**, s.112, 171-172.

şartların ortadan kalkması, haklı neden teşkil edecektir. Nitekim, edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması veya iki tarafın objektif sözleşme amacına ulaşma imkânının devamlı olarak ortadan kalkması halinde, işlem temelinin çöktüğü kabul edilmekte ve clausula rebus sic stantibus kuralı uygulanarak, bozulan denge yeniden kurulmaya çalışılmaktadır[612].

Ancak tabii ki, bu olgular nedeniyle ilişkinin çekilmez hale gelip gelmediğinin tespiti bir değer hükmü verilmesini gerektirmekte ve ilişkiye devamın taraflardan biri için daha zararlı bir hale gelmiş olması, tek başına yeterli sayılmamaktadır. Gerçekten, eğer değişen şartlarda ilişkiye devam edilmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı düşecek ise, işte bu halde haklı nedenin varlığı kabul edilebilecektir. Bu noktada, sözleşmeden kurtulmak isteyen taraf ile karşı tarafın menfaatleri arasında bir tercih yapılacak ve ilişki zaman içinde gelişmiş, bir istikrara kavuşmuş, taraflarca uzun süredir ifa edilmekte ise, icrasına devam edileceğine güvenerek durumunu buna göre düzenlemiş olan fesih muhatabının, sözleşmenin devamındaki artan menfaatinin gözetilmesi gerekecektir. Dolayısıyla, sözleşmenin kalan süresi dikkate alındığında, beyan sahibinin sözleşmeye devam etmek için katlanacağı fedakârlık dürüstlük kuralına uygun görülebilecektir. Menfaatlerin tespitinde ayrıca, taraflardan birinin kusurlu olması, haklı neden teşkil eden olgunun öngörülebilirliği gibi hususlar da

[612]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.188-195; **Dural Mustafa**, s.62-74; **Serozan Rona**, s.374-381; BK.m.106-108'deki dönme hakkı temerrüdün gerçekleştiği her durumda usulüne uyulmak (BK.m.106-,107) koşuluyla kullanılabilirken, fesihte buna ek bir koşul olarak temerrüt durumu üzerine somut olayda alacaklı aşısından artık sözleşme ilişkisine devamın beklenememesi de gerekir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.29.

dikkate alınacak, ancak bunların hiç biri, haklı nedenin varlığını veya yokluğunu kabule tek başına yeterli olmayacaktır[613]. Bu ‘’*çekilmezlik*’’ değerlendirmesinde asıl olan ise, borç ilişkisinin gelişmesinde ortaya çıkan anormal durumlardan doğan rizikonun adil bir şekilde dağıtılması olmalıdır[614].

2. YİD'in Haklı Nedenle Feshi

Sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin bu özellikler, kanunda düzenlenmemiş olan sürekli borç ilişkileri için de aynen geçerli bulunmakta olduğu için, sui generis bir sözleşme olan YİD sözleşmesinin feshi, ortaya çıkan ifa engelinin bir *haklı neden* teşkil etmesi durumunda mümkün olabilmelidir. Bu nedenle, dürüstlük kuralı uyarınca, ortaya çıkan ifa engeline rağmen ilişkinin devamı beklenebiliyor ise, fesih hakkı doğmayacak ve ancak dürüstlük kuralına göre mevcut ifa engeli ilişkinin devamını çekilmez kılıyor ise, taraflara fesih imkânı verilebilecektir. Dolayısıyla, aciz hali, alacaklı temerrütü, borçlu temerrütü gibi dönme hakkı yaratan ifa engellerinin varlığında da, eğer bu nedenlerle ilişkiye devam etmek ‘’*çekilmez*’’ hale gelmiş ise, bir haklı neden doğmuş olacak ve dönme yerine fesih hakkı kullanılabilecektir[615].

---

[613]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.196-199.

[614]**Serozan Rona**, s.367-373.

[615]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.202-203; **Serozan Rona**, s.411-413; **Öz M.Turgut**, s.29; Kuntalp de, ard arda teslimli satım sözleşmesinde, BK.m.106'nın öngördüğü haklardan alıcının yararlanabilmesi için, ‘’*akdin gayesinin satıcı tarafından akamete uğratılması veya ağır bir tehlikeye düşürülmesi gerektiğini*’’ ifade etmekte ve

Sözleşmenin, haklı nedenle feshedilebildiği hallerde ilişkinin ne şekilde tasfiye edileceği de bir başka önemli husus olmaktadır. Fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle, fesih beyanının muhataba ulaşması ile sonuçlarını

---

satıcının bir veya bir kaç teslim borcuna aykırılığının, sözleşmedeki teslimlerin tamamı göz önüne alınarak tayin edilecek gayeyi tehlikeye düşürmeyeceğini belirtmektedir. Tehlike, ancak satıcının hal ve şartlardan, gelecekteki teslim borçlarını da tayin edilecek mehil içinde yerine getirmeyeceğinin anlaşılması halinde ortaya çıkacaktır. Bkz. **Kuntalp Erden**, Kuntalp I, s.93; Kısım kısım teslimleri ihtiva eden satışlarda temerrüt halinde BK.m.106 uygulanırken, kısmi bir teslimde mütemerrit olan borçlu, müteakip teslimler için de mütemerrit olmayacağı için, BK.m.106'daki haklar ancak gecikmiş edimler için kullanılabilir. Ancak borçlunun sözleşmeye muhalif hareketleri neticesinde, müteakip teslimler hususunda bir tereddüt ve tehlike doğmuş ise, alacaklı sözleşmenin tamamı için BK.m.106'daki hakları kullanabilmelidir. Bunun için borçlunun hangi sebeple temerrüde düştüğü, alacaklının zararının tazmin edilip edilmediği, munzam mehil içinde ifanın yapılıp yapılmadığı dikkate alınmalıdır. Bu unsurlara göre fesih hakkı kullanılabilen hallerde ise, fesih sözleşmenin evvelce ifa edilen kısmına tesir etmeyecektir. Bkz.**Von Tuhr Andreas (Çev. Edege Cevat)**, s.678-680; BK.m.106-108'deki fesih hakkının yanında, bu şartlar gerçekleşmese dahi çekilmezlik nedeniyle fesih hakkının ayrı ayrı var olduğu hususunda bkz. **Tekinay Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Halûk/Altop Atillâ,** s.967; Öte yandan, haklı neden unsurunun, sadece Borçlar Kanunu'nda özel hükümlerde alacaklıya tanınan fesih hakkının ''*ilişkinin çekilmez hale gelmesine*'' bağlandığı hallerde aranacağı da ileri sürülmektedir. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.420.

doğuracaktır. Bu şekilde doğacak sonuçların ilki, sürekli borç ilişkisinden doğan edim borçlarının artık sona ermesidir. Önceden doğmuş borçlar ve yapılmış ifalar ise geçerli kalmaya devam edecek, ancak yeni borçlar doğmayacaktır. Ayrıca, kullanma hakkı sona erdiği için, sözleşme konusu mal veya hakkın da sahibine iadesi gerekmekte olup, bu iade borcu, fesih ihbarının ulaşması ile birlikte muaccel olacak ve zamanında iadeyi yapmayan muhatap temerrüde düşecektir[616].

Sürekli bir borç ilişkisi yaratan YİD'te de, sürekli edimlerin ifasına başlanıldıktan sonra yapılan bir fesih, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirecek ve yatırımcının kullandığı yatırım arazisi ve/veya tesisin yatırım sahibine iadesi gerekecektir. Nitekim kamu yatırımlarında, YİD sözleşmelerinin feshi halinde, tesis veya yatırım

[616]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.118-124; ''*Dönme ile yenilik doğurucu hak karakterini paylaşan fesih, yerine getirilmiş edimlerin arıtılmasına (iadesine) elverişsiz sayılan sürekli sözleşme ilişkilerini çözmeyip, sadece ileriye doğru sona erdirir...Fesih üzerine doğabilecek geri verme yükümleri, feshin dolaysız (direkt) sonucu olmayıp, bizatihi feshedilen sözleşmenin sonucudur. Nitekim, aynı geri verme yükümleri, sözleşmenin fesihle değil de sürenin dolmasıyla sona ermesinde de söz konusu olurlar*''. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir**, s.173; ''*Karşılıklı iade talepleri de ancak, fesih sonrası döneme ait bir edim (veya edim kısmı) yerine getirilmiş ise söz konusu olacaktır*''. Bkz. **Oğuzman Kemal/Öz Tutgut**, s419-420; Ayrıca Buz, fesih ile birlikte sürekli edim borçlarının varlığı sona ermiş olacağı için, fesih beyanından önce doğmuş olup da yerine getirilmemiş sürekli edimlerin de sona ereceğini, sadece yerine getirilmiş edimlerin iadesinin yapılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Buz Vedat**, s.322 .

şirketinin hisseleri, bedelsiz olarak yatırım sahibi idareye intikal etmektedir[617]. Yatırım sahibi ise, yatırım vesilesiyle kullandığı ve fakat yatırımcının işletme gelirinden geri almasına imkân kalmayan finansmanı iade edecektir. Ancak, tabii ki, yatırımcıya bir kâr ödemesi yapılmayacak, sadece finansman iade edilecektir. Zira, yatırım sahibinin kullanımına sunulan değer, finansman tutarından ibarettir[618].

---

[617]**Kaplan İbrahim**, Kaplan IV, s.36.

[618]Hatta kamu yatırımlarında, bir risk paylaşımı pazarlığının sonucu olarak, daha farklı bir denge kurulmaktadır; Eğer yatırımcının kusuru nedeniyle fesih yapılmış ve henüz yatırım dönemi tamamlanmamış ise, yatırımcının özsermayesi kendisine iade edilmemekte, sadece şirketçe alınmış kredilerin idare tarafından kabul edilen işlere karşılık gelen bölümünün geri ödenmemiş kısmı idare tarafından üstlenilmektedir. İşletme döneminde bu nedenle fesih yapıldığında ise, yatırımlar bedelsiz olarak idareye ait olurken, yatırımda kullanılan kredilerin geri ödenmemiş kısmı idare tarafından üstlenilmektedir. Buna karşın, fesih idarenin kusurundan kaynaklanmış ise, yatırım döneminde, özsermayenin sigortadan alınamayan kısmı da şirkete ödenirken, kredilerin geri ödenmemiş kısmı da idare tarafından üstlenilmektedir. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, m.28.1,28.3; **Yalova** Kojenerasyon Termik Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, m.27.A,C; **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, m.27.1,27.3.

Öte yandan sürekli borç ilişkilerinde, feshe yol açan haklı nedenin doğumunda taraflardan birinin kusuru var ise, bu halde tazminat sorumluluğunun da gündeme geleceği tabiidir. Ancak, buradaki tazminatın sadece menfi tazminat olmaması gerektiği, BK.m.517/II'nin kıyasen uygulanması suretiyle, ''*hakkaniyete muvafık bir tazminat*'' olarak müspet zararın tazminine kadar izin verilmesinin uygun olacağı da ifade edilmektedir. Bu müspet zarar, sürekli borç ilişkisinin vaktinden önce sona ermesi nedeniyle alacaklının maruz kaldığı çıkar kaybı olacaktır[619]. Bizim

[619]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.125-126; **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.405; **Öz M.Turgut**, s.29; **Serozan Rona**, s.127; Buz ise, daha farklı bir şekilde, BK.m.108/II uyarınca tazmini talep edilebilecek zararın, alacaklı, sözleşmeyi başlangıçta borçlunun ifada bulunduğu süre üzerinden yapmış olsaydı, uğramayacağı zarar olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Buz Vedat**, s.323; Ancak, çok uzun süreye yayılan kamu yatırımlarında, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde kâr mahrumiyetini kapsayan müspet zarar ödenmesi riskine karşı idare, sözleşmenin feshi halinde ödenecek kalemleri sözleşmede belirlemekte ve idarenin kusuru sayılan risk olayları nedeniyle sözleşmenin feshi halinde dahi, şirkete tarifeden geri alınamamış öz sermayenin yatırımcıya iadesi ile henüz geri ödenmemiş kredilerin kamu kurumlarınca üstlenilmesiyle yetinilmesi sağlanmaktadır. Bkz. **Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, m.27; **Marmara** Ereğlisinde Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması, m.33 (satın alma bedeli olarak düzenlenen bu hükmün de temelinde aynı esas yer almaktadır); Öte yandan, beyan sahibinin bir kusuru bulunmayan hallerde de, karşı tarafa hasarı paylaşmak anlamında olmak üzere, bir

görüşümüze göre ise, sona eren bir sözleşme nedeniyle müspet tazminat talep edilmesi, BK.m.106'nın ruhuna aykırı olduğu gibi, aynen ifayı reddedip müspet zarar talep etmek ihtimaliyle aynı sonucu yaratacağı için de mümkün olmamalıdır[620].

C. Genel Hükümler Uyarınca YİD Sözleşmesinin Feshi

Bütün sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi, YİD sözleşmesinde de, güven unsuru nedeniyle, geçmişe etkili feshin (dönme) yerini ileriye etkili fesih alacağı için, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde, ani edimli borç ilişkileri esas alınarak öngörülen sona erme hallerinin YİD'e uygulanmasında özel bir değerlendirme yapmak zorunlu olmaktadır.

Gerçekten, BK.m.82'deki aciz hali, BK.m.94'deki alacaklı temerrütü ve BK.m.106-108'de yer alan borçlu temerrütü hükümleri, dönme suretiyle sözleşmelerin geçmişe

---

tazminat ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Çekilmezlik nedeniyle sözleşmeyi fesheden tarafa, bu nimet karşılığında bir külfet yüklenmesi gerekliliğinden hareketle, beyan sahibinin karşı taraftaki alacaklının riskini paylaşma parası ödemesi beklenmektedir. Ödenecek bu meblağ, alacaklının sözleşmenin ifa edileceğine güvenle yaptığı masrafları karşılayacak ve fakat alacaklının kaçırdığı fırsatların bedelinin ödemesi istenemeyecektir. Güven ilkesine dayanan bu düşünce, BK.m.264,286,345/II ve m.347/III'te de kendisine destek bulmaktadır. Bkz. **Serozan Rona**, s.382,395-397; **Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir**, s.199; **Dural Mustafa**, s.73.

[620] Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, I,I,2.bb.ii.

etkili şekilde sona erdirilmesi esası üzerine kurulmuş olup, geri dönülemez etkiler yaramakta ve geriye dönük olarak tasfiyeleri mümkün olmayan sürekli borç ilişkilerine, dolayısıyla da YİD sözleşmesine, aynı şekilde uygulanamamaktadır. Bu hükümler, ancak henüz ifa aşamasına başlanmamış sürekli borç ilişkilerinde mutlak olarak uygulanabilmekte, zira bu aşamada henüz sürekli borç ilişkisi niteliği doğmamış, güven ilişkisi yoğunlaşmamış bulunmaktadır[621].

Nitekim, taraflar arasındaki güven ilişkisinin henüz bir vaat niteliğinde olduğu, edimlerin ifasıyla fiiliyata geçmediği aşamada, ki YİD için bu dönem, finansman borcunun da ifasını içeren inşa borcunun ifasına başlanmasıyla sona ermektedir[622], ilişki ani edimli borç ilişkilerden farklı olmadığı için, ifaya başlanmayan önceki dönemde ortaya çıkan sona erme nedenlerinin dönmede olduğu gibi, geçmişe yönelik sonuç yaratmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu dönemde, henüz yatırımcının kendisinin temin edeceği finansmandan yatırım sahibini yararlandırma ve yatırım sahibinin de araziyi ve sonrasında tesisi yatırımcıya kullandırma şeklindeki sürekli edimleri ifa edilmeye başlanmamış olduğu için, edimlerin zamana yaygın etkileri ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla, ifa öncesi dönemde varlığı korunması zorunlu fiili

[621]**Serozan Rona**, s.126,162; **Buz Vedat**, s.322; **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.207; **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.383,405; **Özyörük Sezer**, s.54-55; Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı m.131'de, sürekli borç ilişkilerinin feshi düzenlenmiştir.; Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, §5, I,I,2.bb.iii.

[622]Eğer yatırım arazisinin temini maliyetini de yatırımcı karşılamış ise, inşaata başlamadan daha önce finansman borcunun ifasına başlanmış olacağı da gözden kaçırılmamalıdır.

durumlar henüz mevcut olmayıp, ilişkinin geçmişe etkili olarak tasfiyesine de bir engel bulunmamaktadır[623].

Bu istisna dışında, YİD sözleşmesi ancak bir haklı nedenin varlığı halinde ve ileriye etkili olarak sona erebileceği için, YİD ilişkisinde BK.m.82, m.94 veya m.106-108 uygulanırken de, yukarıda açıklanan şekilde, fesih hakkının kullanılabilme şartlarının varlığı aranmalıdır. Dolayısıyla, ifa safhasında ortaya çıkan ifa engelleri, sözleşmenin sona ermesi için tek başına yeterli olmamakta, bunlar ancak bir *haklı neden* teşkil etmekte ise, bu durumdan etkilenen tarafa sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınmalıdır.

D. Özel Hükümler Uyarınca YİD sözleşmesinin Feshi ve Diğer Sona Erme Halleri

1. Genel Olarak

YİD bünyesinde tipik edimler bulunuyor olması nedeniyle, tipik sözleşmelerin sona erme hükümlerinin YİD'e kıyasen uygulanıp uygulanamayacağının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Tabii ki böyle bir değerlendirmede ele alınacak ilk

[623]Geçersizlik hallerinin ortaya çıkması ihtimalinde de aynı ayrım yapılmalı ve ifa süreci başlamamış sürekli borç ilişkisinde geçmişe etkili olarak sözleşmenin geçersizliği kabul edilebilirken, ifa başladıktan sonra iptal veya butlanın etkileri sınırlandırılması ve sadece ileriye yönelik olarak bu etkilerin ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.62.

husus, YİD'in sürekli bir borç ilişkisi olmasına karşın, (finansman temini ve işletme hakkı tanıma borçlarından farklı olarak) inşa borcunun kaynağını teşkil eden istisna sözleşmesi hükümlerinin ani edim olgusuna dayanmasının yaratacağı çelişkilerdir. Zira, inşa borcu ani edimli olduğu için, istisna sözleşmesinin sona erme hükümleri de bu esasa dayanmakta, sadece belirli hallere ileriye etkili sona erme kabul edilmektedir. Halbuki, YİD ilişkisinde edimlerin ifası iç içe geçmekte, bu nedenle finansman temini borcu ile eş zamanlı ifa edilen inşa borcunun tek başına ele alınması ve bu borca aykırılık halinde geçmişe etkili sona erme hükümlerinin uygulanması mümkün olamamaktadır. Ayrıca, yatırım sahibi de yatırım arazisini yatırımcıya teslim etmekle, işletme hakkı tanıma borcunu ifa etmiş olmakta ve her ne kadar yatırımcı bu hakkı (daha doğrusu bu hak içinde yer alan semerelerden yararlanma hakkını) ancak tesisin inşasından sonra kullanabilmekte ise de, yatırım sahibi açısından engelleyici davranışta bulunamamak borcunun ifası da arazinin teslimi ile başlamış bulunmaktadır.

Tarafların borçlarının ifasında ortaya çıkan bu yapı da göstermektedir ki, sürekli bir borç ilişkisi olan YİD'te ani edimli tipik sözleşmelerin sona erme hükümlerinin uygulanması, kural olarak, mümkün olmayacaktır. İşte YİD'in belirli süreli bir sözleşme olmasından doğan bu özellik dikkate alınarak, YİD içindeki tipik edimlere kıyasen uygulanan hükümlerde öngörülen sona erme nedenlerinin tek tek değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

2. Karz Sözleşmesinin Sona Erme Hükümleri

Karz sözleşmesi de sürekli bir borç ilişkisi yaratıyor olması itibariyle YİD ile benzerlik göstermekte ve fakat finansman temini usullerindeki farklılık nedeniyle bu iki sözleşmeye aynı hükümleri uygulamak mümkün olmamaktadır. Gerçekten, daha önce Finansman Temini Borcu başlığı altında da açıklandığı gibi, yatırımcının ödünç konusu bir nesnenin mülkiyetini karşı tarafa geçirme borcu olmadığı gibi, yatırım sahibinin de ilişkinin süresi dolduğunda bir iade borcu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde, yatırım sahibine intikal edecek yatırım için kullanılmış olup da işletme gelirinden geri alınması imkânı kalmayan finansmanın yatırımcıya iadesi gerekecektir.

Hukuki ilişkiler arasındaki bu temel farklılık nedeniyle, BK.m.310'a dayanarak, yatırım sahibinin aczinden bahisle yatırımcının finansman temini borcunun ifasından kaçınamaması gerektiği söylenebilecektir. Zira, yatırım sahibi yatırımcı tarafından temin edilen finansmandan dolaylı olarak yararlanmakta ise de, yatırımcıya karşı bir iade, ödeme yapma borcu altında değildir. Yatırımcı harcadığı mali kaynağı, işletme gelirinden elde edecek ve işletme riski de kendisine ait olacağı için, gelirin düşüklüğü nedeniyle finansmanın geri alınamaması riskine katlanacaktır.

Bununla birlikte, sözleşmenin yatırımcıya izafe edilemeyen bir nedenle süresinden önce sona ermesi halinde, yatırım sahibinin işletme gelirinden geri alınamamış olan finansmanı iade borcu ile takas edilecek bir tazminat alacağı doğmayacağı için, yatırımcı açısından yatırım sahibinin mali gücü önemini korumaktadır. Bu nedenle,

faizsiz karz sözleşmelerinde de uygulanabilen[624] BK.m.310'dan yatırımcının da yararlanması düşünülebilecektir. Yatırımcı, özellikle kendisine tanınan işletme hakkının kullanılmasını aşırı derecede zorlaştıran veya beklenen geliri azaltan bir neden mevcut ise, finansman temini borcunun ifasına başlamaktan kaçınabilmeli ve sözleşmeden rücu edebilmelidir. Her ne kadar, YİD bir sürekli borç ilişkisi olduğu için burada rücu imkânının kullanılamayacağı düşünülebilecek ise de, sürekli edimlerin ifasına başlanmadıkça rücuya bir engel görülmemektedir[625]. Nitekim, BK.m.310'un kıyasen uygulanabileceği hallerde de, henüz inşaata başlanmadığı için finansman borcunun ifasına geçilmemiş olmakta, arazinin teslimiyle başlayan kullanım hakkı ise, yine inşaata başlanmadığı için, henüz eylemli olarak, kullanılmamış bulunmaktadır.

Ancak, BK.m.310'un uygulanması için, sadece yatırım sahibinin aciz haline düştüğünün ispat edilmesi yeterli görülmemeli ve genel hüküm olması nedeniyle YİD'e doğrudan uygulanabilen BK.m.82 uyarınca, muhtemel bir finansman iadesi alacağının tehlikeye düşeceğinin de ispatı aranmalıdır. Zira, yatırım sahibinin bir iade borcu altına girmesi, ancak istenmeyen durumların doğması nedeniyle sözleşmenin süresinden önce sona ermesi halinde olacaktır. Bu nedenle, yatırım sahibinin mali durumu ile bu muhtemel borcun karşılıklı bir değerlendirmesinin yapılması ve varılacak sonuca göre sözleşmenin sona erdirilmesi gerekli görülmektedir. Ayrıca, yine BK.m.82 uyarınca, yatırım sahibine teminat sunmak için bir süre tanınması yerinde olacaktır. Böylece, uzun süreli bir beklenti ile sözleşmesel

[624]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.350.

[625]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.223.

ilişkiye giren taraflara, ilişkinin devamı için bir şans yaratılabilecektir. Öte yandan, karz sözleşmesinde ödünç verenin borcunu ifasından sonra BK.m.310/I'e dayanarak sözleşmeden rücu edemeyeceği esas alındığında, yatırımcının da finansman borcunun ifasına başladıktan sonra bu imkânı kullanmasının mümkün olmayacağı kabul edilebilecektir[626].

Diğer yandan, karz sözleşmesinde ödünç alanın, BK.m.311 uyarınca, miktar ve vasıfta aynı olmak üzere ayni neviden şeyleri geri vermek borcu bulunmakta ve ödünç verenin BK.m.312 uyarınca yapacağı iade talebi feshi ihbar niteliği de taşımaktadır. Dolayısıyla ödünç alanın, bu talebe uymaması halinde fesihle sözleşme sona ermektedir[627]. YİD'te ise yatırım sahibinin bu nitelikte bir iade borcu mevcut olmayıp, sadece işletme hakkı tanımak borcu bulunduğu için, *iade etmemek* nedeniyle YİD'in feshi söz konusu olmayacaktır. Sözleşmenin erken sona ermesi hallerinde ortaya çıkacak olan finansmanın iadesi sorunu ise, o an itibariyle sözleşme zaten sona ermiş olacağı için, BK.m.312 ile çözümlenemeyecektir.

3. İstisna Sözleşmesinin Sona Erme Hükümleri

İstisna sözleşmesinin hükümlerinde hukuki ilişkinin sona ermesine imkân veren muhtelif haller düzenlenmiştir. Bu hükümlerden bazılarının YİD ilişkisinde

[626]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.350-351.

[627]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.362-363.

uygulanması mümkün olabilmekte[628] ve fakat YİD'in belirli süreli bir borç ilişkisi olması nedeniyle uygulama şekli farklılaşabilmektedir.

a. BK.m.358/I'in Uygulanması

Yatırım sahibinin kullanabileceği ilk imkân olarak, BK.m.358/I'deki erken temerrüt halinde sözleşmenin feshi düşünülebilecektir[629]. BK.m.358/I uyarınca fesih hakkının kullanılmasında, maddede bir mehilden bahsedilmemiş olmakla birlikte, BK.m.106-108'e uyarak bir mehil tayini de gerektiği kabul edilmektedir[630]. Tabii ki, müteahhide bu şekilde tanınacak ek süre imkânına rağmen durumda bir değişiklik olmaz ise, iş sahibi bu hükümler uyarınca fesih hakkını kullanabilecek ve bu halde iş sahibinin fesih (sözleşmeden dönme) iradesi geçmişe etkili sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla, iş sahibi müteahhide ücret ödemek borcundan kurtulacağı gibi, peşin ödediği ücretin de iadesini talep edebilecek, müteahhit ise, bir eser teslim edemediği için ücretini ve yaptığı masrafları talep edemeyecektir. Bununla birlikte, iş sahibinin arazisi

[628]Müteahhidin korunması ihtiyacı duyulan belirli hallerde istisna sözleşmesinde de ileriye dönük fesih imkânı tanınmıştır. Nitekim, BK.m.367/II, 369, 370, 371 ve yarıca YİBK. 25.1.1984 tarih., 3-1 sayılı kararında bu istisnai haller görülmektedir. Bkz. **Selimoğlu Y.Engin**, s.688-689.

[629]Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, I,H.

[630]**Bilge Necip**, s.219; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, ,s.119; **Tunçomağ Kenan**, s.518; **Uygur Turgut**, C.7, s.7718; **Olgaç Senai**, s.25; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.80; aksi görüş için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir**, s.169; **Dayınlarlı Kemal**, s.104.

üzerinde bir inşaat yapılıyor olması halinde, işin yapılmış kısmı bir değer ifade ediyor ise, müteahhit sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak bu masraflarının eserin bu kısmına karşılık gelen tutarını talep edebilecektir. Öte yandan, temerrüdün müteahhidin kusurundan kaynaklanmış olması halinde ise, iş sahibi ayrıca BK.m. 108 uyarınca tazminat da isteyebilecektir. İş sahibinin bu nitelikteki tazminat alacağına karşı müteahhit, kusuru olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecek, ancak BK.m.369'daki gibi kendi zararının tazminini talep edemeyecektir[631]. Zira, BK.m.358/I iş sahibine atfı mümkün olmayan hallerin varlığında uygulanabilmekte, dolayısıyla iş sahibinin bu hükme dayanarak dönme hakkını kullanması, kanunda aksine bir düzenleme olmadığından kendisi için, bir tazminat borcu da yaratmamaktadır.

Bununla birlikte, ani edimli bir sözleşme olan istisna sözleşmesi açısından da, modern *Dönme Teorisinin* kabulü suretiyle, feshin etkilerinin farklı şekilde değerlendirilmesi ve geriye etkili feshin sorunlarının ortadan kaldırılmasının yerinde olacağı söylenebilecektir[632]. Bu teori dahilinde, BK.m.358/I uyarınca sözleşmenin

---

[631]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.121; **Aral Fahrettin**, s.356; **Uygur Turgut**, C.7, s.7718.

[632]''*sözleşmeyi belirli olasılıklarda çözme yetkisinin açık ya da varsayılan iradelerle (volonte expresse ou tacite) saklı tutulması anlamına gelen akdi ya da yasal dönmede, dönme işlemi, aynen iradi bozucu şartla ilgili anlaşmada olduğu gibi, sözleşmenin varlığında herhangi bir etkide bulunmamalı, sözleşmeden dönme üzerine doğacak karşılıklı geri verme yükümleri, doğrudan doğruya varlığını koruyup süregelen sözleşmeye dayanmalıdır..... Dönme ile sözleşmenin ortadan*

feshi (dönme) halinde, istisna sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmayacak, içerik değiştirmek suretiyle devam edecektir. Dolayısıyla, tarafların verdiklerini geri almak için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına da ihtiyaç kalmayacak ve konusu değişen sözleşme ilişkisine istinaden iade talep edilecektir. Bu bağlamda, iş sahibinin BK.m.108'e dayanan menfi zarar talebi de sözleşmeden doğan bir alacak olarak ileri sürülebilecek, ayrıca her iki tarafın iade alacakları BK.m.126/IV'teki zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Bunların yanında, sözleşmenin dönme ile sona ermesinin etkilerini azaltmak amacına yönelik bir başka imkân olarak da, istisna sözleşmesinden dönme anında işin belirli bir miktarının yapılmış olması halinde, dönmenin geçmişe etkisinin sınırlı olacağı ve iş sahibinin yapılan kısmın bedelini ödeyerek kendisinde kalmasını sağlayabileceği, böylece işin yapılmış kısmı için ileri etkili feshin söz konusu olacağı ileri

---

kalktığını kabul etmeyen yeni dönme kuramı çerçevesinde (ise) alacaklı, sözleşmeye aykırılık zarar giderimi isteminden sözleşmeden dönme işlemine aktarmada bulunabileceği gibi, sözleşmeden dönme işleminden sözleşmeye aykırılık zarar giderimi istemine de aktarmada bulunabilecektir. Çünkü sözleşmeden dönme yetkisinin kullanılmasıyla da, aynen sözleşmeye aykırılıktan ötürü zarar giderim isteminin yöneltilmesinde sözleşme ortadan kalkmamakta, sadece konusunu değiştirmektedir. Şu ayrımla ki, sözleşmeye aykırılık zarar giderimi isteminin yöneltilmesiyle, asli edim yükümünün yerine geçen edim yükümü ''geri verme''dir. İlkinde sözleşmenin zamanında, eksiksiz ve gereği gibi ifası sonrasındaki durumun, ikincisinde sözleşme öncesi durumun bütün sonuçlarıyla kurulması amaçlanır'' . Bkz. **Serozan Rona**, s.87,91.

sürülmüştür. Bu görüş uyarınca, özellikle malzemenin müteahhit tarafından sağlandığı hallerde, iş sahibine tanınacak dönme hakkı, büyük adaletsizliklere yol açabilecektir. Bu nedenle, eserin eksik haliyle iş sahibi için oluşturduğu zenginleşme değeri sözleşmede kararlaştırılmış ücretten çok az düşük ise, sözleşmenin feshi, sürekli ilişkilerdeki gibi etki göstermeli ve müteahhidin harcadığı emeğin karşılığı kendisine ödenmelidir[633]. Bu görüşe karşı, müteahhidin sözleşmeye aykırı ve çoğu zaman da kusurlu olarak işi geciktirmesi veya kesin olarak yarıda bırakması nedeniyle iş sahibi tarafından BK.m.358/I'e istinaden sözleşmenin feshinin geriye etkili bir dönme niteliğinde olduğu ve müteahhidin yaptığı işin karşılığını ancak sebepsiz zenginleşme veya yeni dönme kuramı dahilinde ve yapılan işin objektif değerine kadar geri alabileceği, kârının yapılan işe orantılı kısmını talep edemeyeceği savunulmuştur[634].

Esasen, YİD'in sürekli bir borç ilişkisi olması nedeniyle, kural olarak geriye etkili fesih hakkı taraflara tanınamayacak, hangi nedenle olursa olsun sözleşme feshedildiğinde, fesih, ileriye etkili sonuç yaratacaktır. Bu itibarla, yatırımcının, kendisine izafe edilecek bir nedenle işe başladıktan sonra sözleşmeye aykırı olarak ara vermesi halinde, BK.m.358/I uyarınca yapılacak fesih de, ileri etkili olmalı ve finansman temini borcunun fesih anına kadar ifa edilen ve fakat işletme gelirinden geri almak imkânı kalmayan kısmı yatırımcıya iade edilmelidir. Zira, arazi yatırım sahibine ait olup, tesisin yapılan kısmı da yatırımcının mülkiyetine dahil olduğu gibi, harcanan finansman da yatırım sahibinin ihtiyacı için kullanılmıştır ve her finansman

[633]**Serozan Rona**, s.184-185; **Sungurbey İsmet,** Sungurbey II, s.173-194.

[634]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan II, s.29-49.

ilişkisinde olduğu üzere, bir şekilde kaynağına geri dönmesi gerekmektedir. Ne var ki sözleşme, süresinden önce sona erdiği için, YİD sistemi dahilinde finansmanın yatırımcıya geri dönüşü imkânı kalmamakta, bu nedenle de yatırım sahibinin yatırımda kullanılan finansmanı ödemesi gerekmektedir. Ancak, yatırımcının faiz veya kârını talep edemeyeceği muhakkaktır. Zira, YİD'te yatırım sahibinin bir ücret taahhüdü bulunmamakta ve dolayısıyla, fesih ileriye etkili olsa dahi, tesisin yapılan kısmı için, ücret anlamında, faiz veya kâr talep edilememektedir. Öte yandan, tabii ki, eğer gecikme yatırımcının kusurundan kaynaklanmış ise, yatırım sahibi fesih neticesinde doğan menfi zararını da ayrıca kendisinden istenebilecektir.

Bununla birlikte, eğer henüz inşaata başlanmadan bir gecikme yaşanmış ise, yapılacak fesih geçmişe etkili olabilecektir. Zira, bu halde, finansman temini ve işletme hakkının kullanımına henüz başlanmadığı için, ilişkinin süreklilik unsuru ortaya çıkmış değildir. Dolayısıyla, bu ihtimalde geri dönüşü imkânsız bir durum da mevcut olmayacak ve fesih sonrasında, arazinin yatırım sahibine iadesi ile ilişki tasfiye edilebilecek ve yine kusur halinde tazminat talebi gündeme gelecektir.

b. BK.m.360/I'in Uygulanması

İstisna sözleşmesinde, BK.m.360/I ile iş sahibine tanınan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabildiği hallerde, tarafların karşılıklı alacakları sona erecek ve tabii ki, daha önceden alınanların da iadesi gerekecektir. Dolayısıyla, müteahhidin kendisine peşin ödenen ücreti, iş sahibinin de teslim edilen eseri, ondan elde ettiği

yararlarla birlikte iade borcu doğacaktır[635]. Bunun dışında, iş sahibi, dönme nedeniyle bir tazminat ödemek borcu altında değildir, fakat eserdeki bozukluk iş sahibinin kusurundan kaynaklanmış ise veya bozukluk kabulü engelleyecek derecede olmadığı halde kendisine tanınan özel bir yetkiye istinaden sözleşmeden dönmüş ise, müteahhide tazminat ödenmesi gerekecektir.

YİD sözleşmesinde ise, ‘’*yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif*’’ olduğu için yatırım sahibine BK.m.360/I uyarınca ayıp

[635]BK.m.360/I’deki dönme, sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıran bir yenilik doğuran haktır. Dönmeye bağlı olarak ortaya çıkan iade yükümlülükleri, sözleşme ilişkisinin içeriği değişmiş yeni bir aşamasını oluşturur; yoksa dönme ile sözleşme hiç var olmamış gibi yok edilemez, böylece geri verme yükümlülükleri sebepsiz zenginleşme borcu niteliği taşımazlar. Dolayısıyla, iade borcunun zamanaşımı da BK.m.66’ya değil, BK.m.363’e göre tespit edilmelidir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.179; İş sahibine ait arsa üzerinde yapılan inşaatın, dönme neticesinde müteahhide iadesi sorunu, müteahhidin inşaatı sökmesi için bir ihtar gönderilmesini müteakip, masrafı ona ait olmak üzere inşaatın iş sahibi tarafından kaldırtılması şeklinde veya inşaatın arazide kalmasına müsaade edilerek değerinin müteahhide ödenmesi suretiyle çözülebilecektir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.165-166; Yavuz ise, geçmişe etkili ortadan kalkma ile dönme teorilerinin bir arada uygulanması gerektiğini ve yerine getirilmemiş yükümlülükler açısından, hakkın sona erdiğinin kabul edilebileceğini, ifa edilmiş olan edimler için de dönme teorisinin uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Yavuz Cevdet**, s.486.

nedeniyle sözleşmeyi fesih yetkisi tanımak yerine, sözleşme dönemi içinde onarım imkânı mevcut olduğu sürece, ayıbın giderilmesi yoluna gidilmesi, eğer onarım imkânı bulunmuyor ve tesisin mevcut haliyle işletmeye açılması da mümkün değil ise, bir imkânsızlık halinin varlığı kabul edilerek, yatırımcının bu imkânsızlığın doğumunda kusurlu olup olmamasına göre uygulanacak hükümlerin tespit edilmesinin en uygun çözüm olacağını düşünmekteyiz[636].

Kaldı ki, YİD sözleşmesinin BK.m.360/I uyarınca sona erdirilebileceği kabul edilse bile, YİD'in belirli süreli bir sözleşme olması nedeniyle, sürekli edimlerin ifasına başlandıktan sonra, geriye etkili bir dönme beyanı ile sözleşme sona erdirilemeyecek, sözleşmenin bir sebeple sona ermesi gerektiğinde, bu sona ermenin etkileri, ileriye doğru olacaktır. Dolayısıyla, YİD'te BK.m.360/I uygulanacak olsa dahi, ilişkinin geçmişe dönük olarak tasfiyesi mümkün olmayacak, sadece artık sürekli edim borçları doğmayacak ve bu edim borçlarının karşı edimleri de sona erecek ve fakat daha önceden doğup da ifa edilmemiş tazminat alacağı gibi ani edimli borçlar varlığını koruyacaktır. Bu bağlamda, tesisin inşası vesilesiyle yatırımcının ifa ettiği finansman temini borcu ve yatırım sahibinin de bu finansmandan yararlanma hakkı sona erecek, aynı şekilde yatırım arazisinin teslimi suretiyle ifasına başlanan araziyi kullandırma borcu da son bulacak, buna karşın *fesih* hakkının kullanıldığı ana kadar geçen dönemde ifa edilmiş bütün borçlar geçerliliğini koruyacak ve bunlar için bir geri verme borcu doğmayacaktır. Öte yandan, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte yararlanma hakkının konusu olan şeylerin iadesi gerekeceği için, yatırımcı tesisi yatırım sahibine teslim ederken, yatırım sahibi de dolaylı olarak yararlanmış olduğu

[636] Bkz. Üçüncü Bçlüm, §5, I,İ,3.a.

ve fakat yatırımcının işletme gelirleriyle geri almak imkânını yitirdiği finansmanı yatırımcıya (kâr veya faiz ödemeksizin) iade etmek durumunda kalacaktır[637].

Yatırımcının kusuruna bağlı olmaksızın doğabilecek bu ağır sonuçların YİD'teki menfaat dengesine uygun olmaması nedeniyle, yukarıda da ifade edildiği gibi, YİD ilişkisinde BK.m.360/I'in uygulanmaması gerektiği düşünülmektedir[638]. Gerçekten, *kabulü beklenemeyecek derecede ayıplı* bir tesisin inşa edilmiş olması halinde dahi, yatırım sahibine BK.m.360/I uyarınca sözleşmeden fesih hakkı tanınmasının, özellikle yatırımcının kusuru bulunmayan hallerde uygun bir çözüm olmayacağı gözden kaçırılmamalıdır[639]. Zira YİD'te tesisin yatırım sahibine devri (teslim)

[637]Krş. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.118-122.

[638]Ayrıca, ayıbın doğmasında yatırım sahibine izafe edilebilecek bir kusur da mevcut ve bu kusurun derecesi ayıbın oluşmasına etkin ise, yatırım sahibinin kabulden kaçınması zaten mümkün olmamalıdır. Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.182; Hatta, bu halde yatırım sahibi, yatırımcıyı engellememek borcuna da aykırı davranmış olacağı için, yatırımcıya karşı, kabulden kaçınmak suretiyle neden olduğu iş kaybının yaratacağı zarardan, BK.m.96 uyarınca sorumlu tutulabilmelidir.

[639]Tesisin ayıplı olması halinde, yatırım sahibine ayıp nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmek hakkı tanımak yerine, öncelikle ayıbın giderilmesine yatırımcının zorlanması ve ancak ayıbın giderilmesinin mümkün olmaması halinde ve eğer tesisin mevcut haliyle işletmeye açılması mümkün ise, ücretin tenzili anlamında olmak üzere, işletme süresinin kısaltılmasının en uygun çözüm olacağı düşünülmektedir. Nitekim, kamu yatırımlarında da genellikle, kabul komisyonunun tespit ettiği eksikliklerin tamamlatılması için görevli şirkete süre tanınmakta ve fakat bu ek süre

sözleşme süresi sonunda yapılacak olup, yatırım sahibinin derhal teslim alıp kullanmak menfaati olmayan bir tesisin ayıpları nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi ve bu surette yatırımcıyı işletme kârından mahrum etmesi, ilişkinin niteliğine uygun düşmeyecektir. Bu nedenle, YİD sözleşmelerinde, istisna sözleşmesinden farklı olarak[640], inşaatın bitirilmesini takip eden teslim zamanında işin kabulünün

---

işletme döneminden mahsup edilmektedir. Eğer eksiklikler işletmeye başlanmasını engelleyecek derecede önemli değil ise, işletme dönemi başlatılmakta ve bu dönem içinde düzeltme çalışmaları yapılabilmektedir.; Örneğin, ''*Tesis, Kabul testlerinin başarıyla tamamlanmasından ve Kabul Komisyonu tarafından Tesisin kabulü sırasında tespit edilebilecek maddi hata ve ihmallerin Şirket tarafından düzeltilmesinden sonra, ticari işletmeye alınacaktır. Bununla birlikte Şirket, Kabul testlerinin başarıyla sonuçlanması sonucunda bu noksan ve kusurlu işler düzeltilmeden, Kabul Komisyonu tarafından bu düzeltme çalışmalarının kamu güvenliğine zarar vermeyeceği kanaatine varılması kaydıyla ve bunların hemen veya ileride doğabilecek bütün sorumlulukları üzerine almak şartıyla, Tesisi ticari işletmeye alabilir*'' bkz. **Marmara** Ereğlisinde Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması, m.11.1; ''*Hatalı ve noksan işler, verilen sürede tamamlanmaz ise, bunlar Genel Müdürlükçe yapılır veya yaptırılır. Görevli şirket bu işler için yapılan harcamaları bir kat fazlası ile ödemekle yükümlüdür. Hatalı ve noksan işlerin tamamlanması için verilen süre hiç bir şekilde görev süresini uzatmaz*''. Bkz. 1.3.1993 T., 93/4186 S. Yönetmelik m.75.b.

[640]İstisna sözleşmesinde, şeyin yeniden imali değil, sadece tamiri söz konusu olsa dahi, kabulden kaçınma yoluna gidilebilir. Oser/Schönnenberger, Art.368, Nr.9; BGE 64 II 256; Aksi görüş, Gautschi, Art.365, Nr.32,b., naklen, **Tandoğan Haluk**,

beklenemezliği değil, devir anı itibariyle tesisin kabulünün beklenemez olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu bağlamda, BK.m.202/II'nin kıyasen uygulanması suretiyle[641], ''*hal icabı sözleşmeden dönmeyi haklı göstermedikçe''* bu hakkın kullanılmasına izin verilmemeli ve ayıbın işletme süresi içinde giderilmesi imkânı bulunan hallerde, yatırım sahibine kabulden kaçınma hakkı tanınmamalıdır. Kaldı ki, YİD projeleri genellikle yatırım sahibinin arsası üzerinde inşa edilen ve

---

Tandoğan V, s.182, dpn.283; Seliçi de, kural olarak kullanılmaya elverişsizliğin düzeltilerek giderilmesinin olanak dışı bulunması halinde iş sahibinin dönme hakkı bulunduğunu kabul etmektedir. Kaldı ki, kolaylıkla giderilebilecek ayıplar nedeniyle dönme hakkı kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği gibi, ''*önemsiz*'' sayılacak bu ayıplar birinci fıkranın kapsamı dışında da kalacaktır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.163.

[641]''*.... sözleşmeden dönme işlemi esere bizzat emek vermiş müteahhit için pek ağır ekonomik sonuçlar doğuracak bir yaptırımdır. İmdi, böyle ağır bir yaptırım, yalnız somut olay adaleti gerektirdiğinde, açıkçası müteahhidin hiç korunmaya layık bulunmadığı durumlarda ya da üzerinde çalışılmış ve işlenmiş ham maddenin zaten müteahhide ait bulunduğu ve dolayısıyla haksız zenginleşme hukuku çerçevesinde bir çözülmenin de pekala adaletli ve yerinde sonuçları beraberinde getirebileceği durumlarda söz konusu olabilmelidir. Fakat bu durumların dışında, BY.mad.360 II ve III'ün eser sözleşmesinin çözülmesini kayıtlayan kurallarını taşıyan düşüncelerin doğrultusunda, alacaklı-ısmarlayan yararına sözleşmeden dönme yetkisini tanımada son kertede kıskanç yürekli davranılmalı, BY.mad.202 II kuralındaki gibi, halin icabı sözleşmeden dönmeyi haklı göstermedikçe ücretin tenzili ile yetinilmelidir*'' . Bkz. **Serozan Rona**, s.330.

büyük mali kaynak gerektiren kapsamlı yatırımlar olduğu için, BK.m.360/III'ün uygulanması suretiyle, yatırım sahibinin ancak ''*fiyatı tenzil veya .....tamire mecbur etmek*'' hakkını kullanabilmesi söz konusu olabilecektir. Zira, tesisin kaldırılması halinde, finansman temin ederek tesisi inşa eden ve dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte işletme hakkını kaybedecek olan yatırımcı için aşırı bir zarar doğabilecek, ayrıca ekonomik bir değer de tahrip edilmiş olacaktır[642].

[642]Bu fıkranın uygulanmasında, müteahhit için oransız bir zararın söz konusu olup olmadığı, somut olayın koşullarına göre, özellikle yapılan inşaatın arsa ile birlikte değeri belirlenip, inşaatın kaldırılması halinde bu değerdeki düşüş oranı dikkate alınarak tayin olunmalıdır. Ayrıca, ücret indirilmesine gidildiği taktirde müteahhidin zararları, sözleşmeden dönme halinde uğrayacağı zararlar kadar fazla olacak ise, inşaatın kaldırılmasının oransız bir zarara yol açtığı söylenemeyecektir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi II,, s.164; **Tunçomağ Kenan**, s.509; **Olgaç Senai**, s.532; İş sahibinin arsası üzerinde inşa edilen eserde kabulden kaçınma imkânı sınırlıdır. Ancak kaldırılması müteahhit için oransız (aşırı) zarar yaratmayacaksa, kabulden kaçınma caizdir. Neyin aşırı olarak kabul edileceği, her iki tarafın çıkarları dikkate alınarak belirlenmelidir. Örneğin bir fabrika yanlış kurulmuş olduğu için üretime geçilmesi tehlike arz ediyor ise, kabulden kaçınılabilecektir. Kaldı ki, bu halde ücretten indirim de çok büyük olacağı için müteahhit açısından da dönme daha uygundur. Bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.368 (BK.m.360), N.7.

c. BK.m.365/II'nin Uygulanması

İstisna sözleşmesinde müteahhit, götürü bir ücret karşılığında eserin yapımını taahhüt etmiş ve fakat sözleşmenin kuruluşundan sonraki dönemde, önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de taraflarca göz önüne alınmayan (genel nitelikte, sürekli, oluşumuna tarafların yabancı kaldıkları, doğumu veya etkileri öngörülemeyen[643]) olağanüstü haller ortaya çıkmış ise, bu yeni durumun eserin daha önceden belirlenmiş götürü ücretle ifasını engellemesi veya son derecede güçleştirmesi halinde, müteahhidin BK.m.365/II'de tanınan hakları kullanması mümkündür. Bu bağlamda, yeni gelişen şartlar nedeniyle, ifanın aşırı derecede güç ve masraflı olması, bu nedenle de ifayı talep etmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi ve fakat bu noktaya gelinmesinde müteahhidin bir kusurunun da bulunmaması kaydıyla, eser tesliminin henüz yapılmadığı veya ihtirazi kayıtla yapılmış olduğu hallerde, aksi sözleşmede kararlaştırılmamış ise, ücret artışı veya fesih suretiyle, yeni şartlara göre bir uyarlama yapılabilmektedir[644].

---

[643]**Baygın Cem**, s.65-77; Bu hükmün uygulanması için gerekli olan olağanüstü hal şartı için mutlaka bir mücbir sebep olması gerekmemekte, zira tarafların öngördükleri ve fakat vukua gelmeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü hallerin ortaya çıkması da, uyarlama için yeterli olmaktadır. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.239.

[644]Yeni şartların ifayı aşırı derecede güçleştirmesi, sözleşmeye devamın müteahhidin iktisaden mahvına neden olması şeklinde anlaşılmaması gerekir. Bununla birlikte, müteahhidin hiç kâr edemeyecek olması da uyarlama için yeter neden değildir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.245; **Baygın Cem**, s.84-85.

YİD ise, istisna sözleşmesinden farklı olarak, bir ücret borcu yaratmamakta olduğundan, acaba BK.m.365/II'nin burada da uygulanması mümkün olabilecek midir?

aa. YİD'te Götürü Usulün Uygulanması

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ücret ödeme borcunun miktarının tespitine ilişkin özel hükümler mevcut olup, kanun koyucu taraflara götürü ve takribi (yaklaşık) ücret olmak üzere iki alternatif sunmaktadır.

Götürü ücret usulünde (BK.m.365), eserin karşılığında müteahhide ödenecek ücret sözleşmede sabit bir rakam olarak belirlenmekte ve toptan götürü ücret, global götürü ücret ve birim fiyatlı ücret olarak uygulanabilmektedir. Toptan götürü ücret, anahtar teslimi olarak inşaatın tamamının bitirilip, teslim edilmesi karşılığında müteahhide ödenecek ücretin belirlenmesidir. Bu miktar, her iki taraf için de bağlayıcı olup, inşaatın fiili maliyet masrafları ve yapılan işin miktarından bağımsızdır. Bu nedenle, maliyet artışlarının yüksekliği müteahhidin kârını yok etse ve hatta zararına yol açsa dahi, götürü ücret, bu durumdan etkilenmez. Bir başka ifadeyle, toptan götürü ücret kararlaştırılan işlerde, işin pahalıya mal olması riski müteahhide yüklenmiş, bunun yanında ucuza mal olması riski de iş sahibinin üzerinde kalmıştır. Öte yandan, global götürü ücrette, pahalılık zammı ve fiyat farkı ödemesinin müteahhit lehine saklı tutulmaktadır. Bu usul sayesinde taraflar, götürü ücretin sabit olmak niteliğini, pahalılık, enflasyon gibi unsurlara bağlı olarak değiştirebilmektedirler. Bunlardan daha farklı olarak, birim fiyat üzerinden ücret

tespitinde ise, önceden saptanan birim fiyatlara göre işin ücreti saptanmakta, inşaat işinin poz numaraları ve birim fiyat cetvelleri bir liste halinde hazırlanmakta ve bu liste sözleşmenin bir parçası olmaktadır. İşin her bir biriminin yapımı tamamlandığında, birim iş miktarı ile birim fiyatların çarpımı suretiyle ücret hesaplanmakta ve bunların toplamı ile de müteahhide ödenecek ücret bulunaktadır. Bu usul de esasen bir götürü ücret uygulamasından ibaret olup, sadece ücretin hesaplanmasındaki teknik farklılaşmaktadır. Ücret tespitinde kanunun öngördüğü ikinci sistem ise, takribi (yaklaşık) ücret tespitidir (BK.m.366,367). Bu sistemde sözleşmede gösterilen ücret miktarı bağlayıcı olmayıp, ücret işin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre belirlenecektir. Ancak, bu halde de sözleşmede bir alt ve üst sınır gösterilmesi ve bu sınırların bağlayıcı olması gerekmektedir. Esasen, uygulamada bu sistem oldukça az kullanılmakta, daha ziyade, muhtemel masraflara ilişkin bir keşif bedeli tespit edilmekte ve işin sonunda da fiilen yapılan masraflara göre ücret belirlenmektedir[645].

İstisna sözleşmesinde uyarlama imkanı veren BK.m.365/II ise, götürü ücretin değişmezliği ilkesinin istisnasını düzenlemektedir. TMK.m.2'nin özel bir uygulaması niteliğinde olan bu hüküm ile, sözleşmenin kuruluşundan sonra değişen şartlar altında sözleşmenin mevcut koşullarında işe devamın müteahhitten beklenmesinin doğruluk ve dürüstlük kuralları dahilinde mümkün olmadığı hallerde, ücret artışı yapmak veya sözleşmeyi feshetmek imkânı tanınmaktadır. Zira bu hallerde, önceden öngörülemeyen önemli değişikliklerin ortaya çıkması nedeniyle edimler arasındaki

[645]**Kaplan İbrahim**, Kaplan III, s.129-141; **Aral Fahrettin**, s.384-382,386-387; Ücret hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baygın Cem**, s. 30-48.

denge aşırı ölçüde bozulmuş olup, clausula rebus sic stantibus kuralının uygulanması suretiyle bozulan denge yeniden kurulmaktadır[646].

YİD sözleşmelerinde de yatırım sahibinin karşı ediminin, yatırımcıya işletme hakkı tanımak olduğu ve bu hakkın belirli bir süre için tanınması gerektiği dikkate alındığında, yatırım sahibi açısından *götürü bedelle* iş yapan müteahhidin durumuna benzeyen bir karşı edim alacağı bulunduğu anlaşılmaktadır[647]. Gerçekten, yatırım sahibinin, inşa edeceği tesis ve temin edeceği finansmanın maliyeti ne olur ise olsun, kendisine tanınan belirli süreli işletme hakkını kullanarak elde edeceği işletme gelirinden başka bir karşı bedel alacağı mevcut değildir. Ayrıca, işletme süresinin tespitinde yatırımın maliyeti, kullanılacak kredilerin geri ödeme süreleri ve yatırımcının makul kârı dikkate alınacak ise de, bir kez tespit edilen süre, bu

[646]**Kaplan İbrahim**, Kaplan III, s.150; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.239; **Bilge Necip**, s.222-223.

[647]Ayrıca, bu değerlendirme yapılırken, 94/5907 sayılı BKK.m.34-36 uyarınca, tesiste üretilecek mal veya hizmetin fiyatının belirlenmesinde uygulanan maliyet+kâr yöntemi ve tavan ücret yönteminin dikkate alınması suretiyle, YİD'in her zaman götürü usule tabi olmayacağı da söylenemeyecektir. Zira bu yöntemler, YİD'in tipik karşı edimi olan işletme hakkının süresinin tespitinde değil, kamu yatırımlarında uygulanan ve özellikle alım taahhütlerinde etkili olan tarifelerin tespitinde kullanılmaktadır.

kalemlerdeki değişikliklerden etkilenmeyeceği için, yatırım sahibinin karşı ediminin *götürü* olmak niteliğini kaybetmediği kabul edilmelidir[648].

YİD yatırımcısının sahip olduğu belirli süreli işletme hakkı, bu şekilde bir götürü ücret olarak değerlendirildiğinde ise, BK.m.365/II'in kıyasen uygulanması sorunu gündeme gelecektir[649]. Esasen, görev süresinin sona ermesi ile birlikte YİD ilişkisinin de sona ereceğinin hükme bağlandığı kanun hükümleri (3096 sayılı Kanun, m.8, 3465 sayılı Kanun m.6/II, 94/5907 sayılı BKK. m.26-28) dikkate alındığında, kural olarak süre uzatımı yapılmayacağı, ancak şirketin talebi ve idarenin uygun görmesi ile sözleşme süresinin uzatılabileceği, dolayısıyla maliyet artışı ve işletme riskine yatırımcının katlanacağı anlaşılmaktadır[650]. Görülüyor ki,

---

[648]İstisna sözleşmesinde ücret olarak para değil, fakat bir şey veya başka bir eser kabul edilmiş ise, yine ücretin götürü olarak tespit edildiğinin kabulü gerekir. Bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.235.

[649]YİD'in götürü usule benzetilebileceği düşünüldüğü için, sadece BK.m.365'in ne şekilde uygulanabileceği değerlendirilmiş, takribi ücret tespiti usulüne ilişkin olan BK.m.367 ise, incelememizin dışında bırakılmıştır.

[650]**Karadeniz** Ereğlisi Kombine Çevrim Doğal Gaz Santralinin Kurulması İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, ''*Toplam Yatırım Tutarı ve Tesislerin işletme ve bakımı ile ilgili bütün masraflar şirket tarafından karşılanacak, bu masraflar toplam yatırım tutarına ve tarifeye yansıtılmayacaktır. Şirket kusuru dışındaki nedenlerden kaynaklanan maliyet artışları Bakanlık onayına bağlı olarak Toplam Yatırım Tutarına ve Tarifeye yansıtılacaktır*'' (m.5), ''*Tesislerin iş programında öngörülen*

YİD'te de yatırımcı işi BK.m.365/I uyarınca ''*kararlaştırılan fiyata (belirlenen işletme süresinde işletme hakkı karşılığında) yapmağa mecburdur (ve) Yapılacak şey tahmin edilen miktardan fazla say ve masrafı mucip olsa bile.... bedelin (sürenin uzatılmasını) artırılmasını isteyemez*''. Buna bağlı olarak, yatırım sahibi de maliyet hesaplanandan daha düşük olsa dahi, BK.m.365/III uyarınca, götürü ücretin ödenmesinde olduğu gibi, kararlaştırılan işletme süresi sonuna kadar tesisin kullanımını yatırımcıya bırakmaktan kaçınamayacaktır.

---

tarihte şirket kusurundan dolayı tamamlanamaması halinde ortaya çıkacak maliyet artışları Toplam Yatırım Tutarına ve Tarifeye yansıtılmayacaktır'' (m.11), Ancak mücbir sebep veya risk olayı sayılan olayların ortaya çıkması halinde '' *Bakanlığın onayından sonra iş programı veya işletme programı Toplam Yatırım Tutarı ve/veya Tarife yeniden düzenlenecektir''* (m.21,22), Toplam sözleşme süresi belirlemek yerine İşletme süresinin, yatırım süresinin bitiminden itibaren başlatıldığı ve bu sürelerin ayrı ayrı gösterildiği hallerde dahi, tesisin geçici kabulü için idarenin davet edilmesinde gecikme olur ise, ceza ödemek kaydıyla şirkete ek süreler verilmekte ve bu ek sürelerin azami sınırı da sözleşmede gösterilmektedir (m.27); **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi, ''*Sözleşme süresinin ..... yatırım süresi,..... ise işletme süresi olup, işletme süresi tesisin geçici kabulünün yapılıp, 20.madde hükmü gereğince işletmeye alınmasından itibaren başlar. Sözleşme süresi, mücbir sebepler ve İdarenin sebep olduğu haller hariç hiç bir şekilde uzatılamaz*'' (m.5), ''*...maliyet artışlarının finansmanı görevli şirket tarafından sağlanacaktır...*'' (m.7), ''*Yatırımın onaylı iş programında belirtilen bitirme tarihinde bitirilmemesi halinde, gecikme süresi kadar süre işletme süresinden düşülecektir*'' (m.13).

bb. YİD'te Uyarlama Yapılması

Her ne kadar YİD'te yatırım sahibinin ediminin götürü ücrete benzetilmesi gerektiğini düşünmekteysek de, YİD'te yatırımcıya tanınan işletme hakkının mutlak bir parasal değer ifade etmediği de bilinmektedir. Gerçekten YİD'te işletme hakkının tanınması, kural olarak, yatırımcıya asgari bir gelir garantisi verilmesi anlamına gelmediği için, bu karşı edimin, önceden belirli, mutlak bir ekonomik değeri de bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, istisna sözleşmesi müteahhidine nazaran, daha farklı bir durumda olan yatırımcıya sadece bir gelir elde etmek imkânı verilmekte ve bu imkân dahilinde yatırımcının harcadığı sermayeyi ve kârını işletme gelirinden alabilmek için, işletme becerisini ortaya koyması ve ayrıca dış etkenlerin de onun beklenen gelirini azaltmıyor olması gerekmektedir. Eğer yatırım maliyeti çok artar veya işletme geliri çok düşer ise, YİD sözleşmesindeki edim dengesi bozulmuş olacaktır. İşte bu ihtimalde, maliyet artışı veya işletme gelirindeki düşüklük ''*evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller(den)*'' kaynaklanıyor ise veya bu haller işin ''*yapılmasını son derece işgal ederse*'' BK.m.365/II uyarınca edimler arasındaki dengenin yeniden kurulması için işletme süresinin uzatılması veya sözleşmenin feshi düşünülebilecektir. Bu hüküm emredici olmadığı için, taraflar sözleşmelerine BK.m.365/II'nin uygulanmasını engelleyen veya sınırlayan hükümler koyabilecekler ise de, bu hallerde dahi, bu kayıtların ileri sürülmesi TMK.m.2 anlamında iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ediyor ise, yine söz konusu hüküm uygulama alanı bulacaktır[651].

[651]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.250; **Bilge Necip**, s.222; **Erman Hasan**, s.126; **Tunçomağ Kenan**, s.550; **Kaplan İbrahim**, Kaplan II, 151.

Bu hüküm uyarınca ve *clausula rebus sic stantibus* kuralının uygulanması bağlamında, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için ise, her şeyden önce olağanüstü halden kaynaklanan bir nedenle edimler arasındaki denge bozulmuş olmalıdır. Olağanüstü hal kavramı, mücbir sebepten daha geniş olması nedeniyle, iş hayatında uygulanan objektif değerlendirme ölçütlerine göre, işin gerektirdiği özen ve tecrübe dahilinde önceden tahmin edilemeyeceği kabul edilebilen olaylar, mücbir sebep gibi karşı koyulamayacak derecede olmasa dahi, BK.m.365/II'nin uygulanması için yeterli olacaktır. Tabii ki, yatırımcının kusurundan, ihmal ve basiretsizliğinden doğan bir durum olağanüstü hal kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, olağanüstü haller ortaya çıkınca durumu hemen yatırım sahibine bildirmeyen ve işe devam eden yatırımcının daha sonra uyarlama istemesi de iyiniyete aykırı sayılabilecektir[652]. Ayrıca, tacir sıfatını haiz olan yatırımcının girdiği işte kâr kadar zarar da edebileceği unutulmamalı ve ticari hayatın gereği olan zarar etme hallerinde bu hüküm uygulanmamalıdır[653]. Buna ek olarak, ortaya çıkan olağanüstü halin, sözleşmenin mevcut koşulları içinde ilişkiye devam etmeyi yatırımcı açısından iktisaden çok külfetli hale getiriyor olması gerekmektedir. Bu noktada, olağanüstü hal sonucunda oluşan aşırı külfet nedeniyle, sözleşmeye devamın yatırımcıdan beklenemiyor olması yeterli olup, imkânsızlık yaratan bir halin varlığı aranmayacaktır. Zira öyle bir halde,

---

[652]**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.373 (BK.m.365), N.7-9; **Uygur Turgut**, C.7, s.8249-8251; **Yavuz Cevdet**, , s.491-492; **Erman Hasan**, s.86-89; **Aral Fahrettin**, s.384-385; **Kaplan İbrahim**, Kaplan I, s.153-154 .

[653]Y.15.HD., 11.6.1974 T., 1974/548 E., 1974/538 K. sayılı karar için bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.244, dpn.16.

BK.m.117 uygulanacak olup, yatırımcının borcu sona ereceği için bir uyarlama yapılması ihtiyacı da doğmayacaktır[654].

BK.m.365/II'nin uygulanması suretiyle sözleşmenin bozulan dengesinin yeniden kurulması ise, ''*ücret artırımı*'' veya ''*fesih*'' suretiyle mümkün olabilecektir[655].

---

[654]Müteahhidin yapması gereken masraflardaki çoğalmanın, işin sözleşmede gösterilen bedelle akdi yerine getirmeye devam edilmesi durumunda, müteahhidi iktisaden yok edecek düzeyde olması şart değildir. Burada yapılacak işlem, müteahhidin sözleşmeye uyduğu taktirde uğrayacağı zarar ile akit fesih veya tadil edildiği zaman iş sahibinin uğrayacağı zararın karşılaştırılmasından ibarettir. Müteahhidin zararı nispet kabul etmeyecek surette büyük ise, ancak bu taktirde işin ifasındaki çekilmezlik, dayanılmazlıktan söz edilebilir. BK.m.365/II, mutlak imkânsızlık halleriyle ilgili değildir. Burada dahi, BK.m.117 uygulanabilir. Bkz. **Olgaç Senai**, s.84; **Aral Fahrettin**, s.384-385; **Bilge Necip**, s.222; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.246; **Erman Hasan**, s.81-85.

[655]Bu hususta ki seçim yetkisinin hakime mi, müteahhide mi ait olduğu tartışmalıdır. Bir grup yazar, hükmün lafzına bağlı kalarak yetkinin hakime ait olduğunu kabul etmekte, bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.373 (BK.m.365), N.10; **Olgaç Senai**, s.83; **Aral Fahrettin**, s.385; **Uygur Turgut**, C.7, s.8252; Tunçomağ ise, yetkinin müteahhitte olduğunu ve hakimin kararının açıklayıcı olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Tunçomağ Kenan**, s.549; aynı görüş için bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.255; **Yavuz Cevdet**, s.494. Kaldı ki, bütün yazarlar da, müteahhit yetkisini kullandıktan sona ihtilaf çıkar ise hakim kararının belirleyici olacağı noktasında birleşmektedirler.

YİD'te yatırım sahibinin bir ücret borcu bulunmadığı, yegane karşı edimi işletme hakkı tanımak olduğu için, ''*ücret artırımı*''nın, ''*işletme süresinin uzatılması*'' şeklinde yapılması zorunlu görülmektedir. Gerçekten, her ne kadar istisna sözleşmesi açısından, BK.m.365/II'de öngörülen tedbirler haricinde, müteahhidin edimlerinin kısıtlanması gibi üçüncü bir yol öngörülmediği için, tarafların anlaşması olmadıkça böyle bir çözüme gidilemeyeceği ileri sürülmekte[656] ise de, YİD özelinde konuya yaklaşıldığında, yatırımcıya işletme hakkı tanınması, yatırım sahibinin karşı edimi niteliğinde olduğundan, işletme hakkı süresinin uzatılmasının, hükmün dışında kalan üçüncü bir yol olarak değerlendirilmesi doğru olmayacaktır.

Ayrıca, istisna sözleşmeleri dahilinde, ücretin para değil, bir şey veya başka bir eser teslimi olarak kararlaştırıldığı hallerde, ücret artırımının yine para olarak yapılacağı ifade edilmektedir[657]. Halbuki, BK.m.365/II'nin uygulanmasındaki esas amaç, tarafların edimleri arasındaki dengenin yeniden kurulması olup, hükümde gösterilen yetkilerle sınırlı kalınmadan, değişen şartlara uyum sağlanmasının yolları aranmalıdır. Bu yapılırken de, sözleşmenin yeni şartlara uydurulması için gereken

---

[656]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.256; aksi görüş için bkz. **Erman Hasan**, s. 110-111.

[657]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.256; Öz ise, arasa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde BK.m.360'/II'nin uygulanmasında, bedel indiriminin müteahhide ayrılan arsa payının ayıp oranında indirilmesi suretiyle yapılacağını belirtmiştir. Bkz. **Öz M.Turgut**, s.96. Bu görüş paralelinde, BK.m.365/II uyarınca ücret artışının da arsa payının arttırılması suretiyle yapılması gerektiği söylenebilecektir. Aynı yönde bkz. **Kartal Bilal**, s.140.

her türlü tedbir düşünülmelidir[658]. Kaldı ki, YİD sui generis bir sözleşme olduğu için BK.m.365/II doğrudan değil, ancak kıyasen uygulanabilecek, bu bağlamda ilişkinin mahiyeti dikkate alınarak hükmün uygulanması gerekecektir. Ayrıca, sadece istisna da değil, bütün sözleşmelerde, clausula rebus sic stantibus ilkesi uyarınca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gereken hallerde, TMK.m.2 uyarınca doğruluk ve dürüstlük kuralı dahilinde bir çözüm bulunması gerekmektedir. Bu çözümler kapsamında, sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesi veya muhtevasının değiştirilmesi mümkün olduğu gibi, süresinin uzatılması da mümkündür[659]. YİD'te de, sözleşmenin değişen şartlara uydurulmasında, ilişkinin özellikleri ve TMK.m.2 dikkate alınarak bir çözüm üretilmesi zorunlu olmaktadır. Bu bağlamda, yatırım sahibi finansman ihtiyacının temini için bu ilişkiye giren taraf olduğundan, edim dengesini sağlamak uğruna yatırımcıya para ödemek durumunda kalmamalı, böyle bir çözümün dayatılması suretiyle kendisine bir mali külfet yaratılmamalıdır. Dolayısıyla, YİD sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanmasında en uygun yol, işletme hakkının süresinin uzatılması olacaktır[660].

---

[658]**Erman Hasan**, s. 110.

[659]**Kaplan İbrahim**, Kaplan I, 156-157.

[660]Bazı kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde mücbir sebep olarak sayılan ve maliyet artışına neden olan hallerde, tesisin yeniden çalışabilir hale getirilmesi için ihtiyaç duyulan süre, yatırımcıya ilave bir yatırım süresi tanınmakta ve bu arada işletme süresinin işlemesi durdurulmaktadır. Bkz. **Atatürk** Hava Limanı Yeni Dış Hatlar Terminal Binası, Katlı Otopark ve Mütemmimlerinin Yapım, İşletim ve Devri İşine Ait İmtiyaz Sözleşmesi, m.18; **Hidroelektrik** Santralinin Kurulması, İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'ne veya

Öte yandan, eğer bozulan edim dengesinin kurulması bu surette mümkün olmuyor ise, kullanılabilecek tek imkân, sözleşmenin feshi olacaktır. Esasen, sözleşmeye devam etmek imkânı olduğu halde fesih yoluna başvurulması, yatırım sahibinin süre uzatımını kabullenmemesi durumunda gündeme gelebilecektir. Zira, yatırımcı açısından kârlı bir işletmeden yararlanmaya devam etmek, sözleşmeyi sona erdirmekten daha uygun olsa gerektir. Bu nedenle, yatırımcı işletme süresinin uzatılması talebiyle mahkemeye başvurarak bu sonuca hakim kararı ile ulaşabilecektir. Özellikle işin ilerlemiş olduğu hallerde, hakimin de feshe değil, süre uzatımına karar vermesi uygun olacaktır. Ancak, işe henüz başlanmamış veya işin çok erken bir safhasında uyarlama ihtiyacı doğmuş ise, hakim işletme süresinin uzatılması suretiyle dahi ilişkinin devamının mümkün olmayacağı sonucuna vararak, sözleşmenin feshine karar verebilecek ve dolayısıyla ilişki sona erecektir[661]. Sözleşmenin fesihle sona ermesinin etkileri ise, YİD'in hangi evresinde

---

Görevli Şirkete Satışına İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi m.22; **Yat** Limanı İmtiyaz Sözleşmesi, m.26. Ayrıca bu hükümlerde maliyet artışının toplam yatırım tutarına ve tarifeye yansıtılacağı belirtilmekte, böylece yatırımcı idarenin verdiği garantiler kapsamında da korunmuş olmaktadır.

[661]Müteahhit doğrudan fesih yoluna gider ve iş sahibi, müteahhidin işe ara vermesi nedeniyle sözleşmeye aykırılık iddiasıyla dava açar ise, hakim fesih hakkının kullanılmasına yer olmadığına ve ücret artışı suretiyle işe devam edilmesinin uygun olduğuna karar verebilecektir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.254; Hakim, clausula rebus sic stantibus ilkesini uygularken, tarafların farazi iradelerini, hak ve nısfet ölçüsünü, sözleşmenin niteliğini dikkate almak durumundadır. Bkz. **Kaplan İbrahim**, Kaplan V, s.159-160.

bulunulduğuna bağlı olarak değişecektir. Eğer inşa borcunun ifasına başlanmamış ise, henüz finansman borcunun da ifasına başlanmamış ve dolayısıyla sürekli ilişkinin geri dönülemez etkileri ortaya çıkmamış olacağı için, bu aşamada yapılacak feshin geriye etkili olmasına bir engel görülmemektedir. Buna karşın, sürekli edimlerin ifasına geçildikten sonraki dönemde yapılacak feshin ileri etkili olması gerekecek ve bu nedenle, yatırımcının sadece işletme gelirinden alamadığı sermayesinin kendisine ödenmesi söz konusu olacaktır[662].

Diğer yandan, BK.m.365/II'de belirtilen olağanüstü hallerin ortaya çıkması halinde yatırım sahibinin de aynı yetkileri kullanıp kullanamayacağı ayrıca ele alınması

[662]Hakim kararı ile sözleşmenin sona erdiği hallerde hakim, feshin ileriye veya geriye etkili olacağını da karara bağlamalıdır. Eğer feshin ileriye etkili olmasına karar verilir ise, o zamana kadar yapılan iş için, sözleşmede belirlenen ücretten daha fazlasına hükmedilemez. Ayrıca iş sahibinin menfi zararı, hakkaniyete uygun ölçüde tazmin ettirilebilir. Bkz. **Uygur Turgut**, C.7, s.8253; Kamu yatırımlarında mücbir sebep olarak belirlenen haller nedeniyle sözleşmenin feshi gündeme geldiğinde, tarifeden alınamamış öz sermaye şirkete ödenirken, şirket kusuru dışındaki nedenlerle alınmış ve henüz geri ödenmemiş kredi borçları da idare tarafından üstlenilmektedir. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, m.28.2; Bazı hallerde de sözleşmede önceden belirlenen usulde hesaplanan bir satın alma bedeli üzerinden idare tesisi satın almak (buy out) durumunda kalmaktadır. Bkz. **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması, m.33.1.

gereken bir husustur. Bu noktada, istisna sözleşmesi hükümleri ile iş sahibine farklı fesih imkânları tanınmış olması gerekçe gösterilerek, BK.m.365/II'den iş sahibinin yararlanamayacağı savunulmaktadır. Zira iş sahibi, BK.m.369 uyarınca tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshedebilmekte ve bu halde, ödeyeceği miktarı yapılmış kısmın masrafları ve müteahhidin kâr payı ile sınırlandırabilmektedir[663].

YİD'te ise, yatırım sahibinin, aşağıda açıklanan nedenlerle, BK.m.369'dan yararlanma imkânı olmamasına karşın, BK.m.365/II'deki fesih imkanını da kullanamayacağı düşünülmektedir. Zira, YİD ilişkisinin mali riskini üstlenen yatırımcı fesih talep etmediği sürece, ortaya çıkan olağanüstü haller nedeniyle yatırım sahibine bu hakkın tanınmasına ihtiyaç olmadığı kabul edilmelidir[664].

---

[663]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.257; Aksi görüşte olan Bilge, iş sahibinin ücret artışı istemesi söz konusu olmayacak ise de sözleşmenin feshini isteyebileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Bilge Necip**, s.223; Aynı yönde bkz. **Uygur Turgut**, C.7, s.8253; **Kaplan İbrahim**, Kaplan III, s.154-155 .

[664]Kamu yatırımlarında ise, idarenin alım taahhütleri ve Hazine garantisi bulunduğu için, mücbir sebep nedeniyle işe devamın mümkün olmayacağı anlaşıldığında, ki bu durumun ne şekilde tespit edileceği sözleşmelerde gösterilmektedir, idare de fesih hakkı kullanabilecektir. Nitekim, sözleşmelerdeki mücbir sebep veya buy out hükümleri bu şekilde düzenlenmektedir.

d. BK.m.369'un Uygulanması

BK.m.369 ile iş sahibine tanınan, işin bitmesinden önce, yapılan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin de zararını tamamen tazmin etmek suretiyle sözleşmeyi feshetmek hakkı, sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ve işin icrasının müteahhit için bir hak değil, sadece bir borç olması sebebiyle iş sahibinin kendi yararına olan bu faaliyetin yürütülmesinden vazgeçebilmesiyle açıklanmaktadır[665]. Bunun yanında bir başka neden olarak da, taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelendiği hallerde, iş sahibinin güvenmediği bir müteahhit ile çalışmak mecburiyetinden kurtarılması ihtiyacı da gösterilmektedir. Zira, müteahhit de, vekil gibi, bir borca aykırılığı olmasa dahi, karşı tarafa verdiği güvenin sarsılması durumunda kendisiyle çalışmak imkânı kalmayan, özel nitelikte bir kişi olarak görülmektedir[666].

Öte yandan, isimsiz sürekli borç ilişkisi kuran ''*sürekli istisna sözleşmelerine*'' bu maddenin doğrudan uygulanamayacağı ve bu tür sözleşmelerin ancak haklı nedenlerle tek taraflı olarak sona erdirilebileceği belirtilmiştir[667]. Ayrıca, kat karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak da, bu sözleşmelerin karma nitelikleri itibariyle, BK.m.369'uygulama alanı dışında kalmaları gerektiği savunulmuştur; Bu ilişkide, müteahhit açısından inşaatı yapma, arsa sahibi açısından da satış vaadini yerine

---

[665]**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.377 (BK.m.369), N.1; **Tunçomağ Kenan**, s.559; **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.343.

[666] **Öz M.Turgut**, s.139.

[667]**Eren Fikret**, Eren II, s.91; Sürekli istisna sözleşmesi hususunda bkz. **Öz M.Turgut**, s.21-22.

getirme borcu doğurmaktadır. Bu nedenle, burada istisnadan daha farklı bir hukuki yapı ortaya çıkmakta ve gerek istisna gerek gayrimenkul satış vaadi hükümlerinin uygulanabileceği bir ilişkinin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, satış vaadi sözleşmesinde borçlu tarafın tek taraflı iradesiyle sözleşmeden dönmesi mümkün olmadığı için, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde de arsa sahibine bu hak tanınmamalıdır. Müteahhidin satış vaadi uyarınca sahip olmayı beklediği arsa payı yerine kendisine tazminat ödenmesi ise, TMK.m.2'ye aykırı olacağı gibi, menfaat dengesi ile de bağdaşmayacaktır[668].

Aynı şekilde, YİD sözleşmesinde de, tesisi inşa emek yatırımcı için bir borç olmakla birlikte, bu borcun muhtevası istisna sözleşmesindekinden farklıdır. Zira yatırımcı, tesisi, teslim edip ücretini almak üzere değil, işletme hakkını kullanabilmek ve bu surette yatırıma harcadığı finansmanı ve kârını işletme gelirinden alabilmek için inşa etmekte, ayrıca işletme gelirinin müteahhidin ücretinden daha yüksek olacağı beklentisi ile hareket etmektedir. Bir başka ifadeyle, yatırımcının inşa borcunu ifa etmekteki amacı işletme hakkını kullanabilir hale getirmektir. İşte bu nedenle, tesisin

[668]**Tunçomağ Kenan**, s.526-527; Karşı görüş için bkz.**Yavuz Cevdet**, s.531; Kartal, BK.m.369'un arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesinde de uygulanacağını kabul etmekle birlikte, inşaatın tümüne yakın kısmının bitirildiği sadece önemsiz işlerin kaldığı hallerde fesih hakkının kullanılmasını objektif iyiniyet kurallarına aykırı bulmaktadır. **Kartal Bilal**, s.124; Yargıtay da, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde BK.m.369 uyarınca fesih yapılabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Y.15.HD., 2.12.1993 T., 1993/1191 E., 1993/4996 K. sayılı karar için bkz. YKD.1994, s.775.

inşasının yatırımcı için sadece bir borç olduğunu kabul etmek yerinde olmayacaktır. Dolayısıyla, tesisin inşası sadece yatırım sahibinin menfaatine değil, aynı zamanda yatırımcının da menfaatine hizmet etmekte olup, yatırım sahibinin, kendisi açısından yapacağı bir fayda-zarar değerlendirmesine dayalı olarak, sözleşmeyi feshetmek hakkı olduğunu kabul etmek, BK.m.369'un amacı dışına çıkılmasına yol açacaktır.

Ayrıca, sözleşmenin temelindeki güven ilişkisi, yatırımcının ifa ettiği borcun karşılığında karşı tarafın da kendi edimini ifa edeceği beklentisini yaratmakta ve sürekli bir borç ilişkisi olan YİD'te sürekli edim niteliğindeki finansman temini ile birlikte, yatırımcının ifa menfaatinin sağlanabilmesi, ancak karşı tarafın da sürekli edim niteliğindeki işletme hakkını kullandırmasının sözleşme süresince devam etmesiyle mümkün olabilmektedir. Kaldı ki, yatırımcıyı YİD ilişkisine taraf olmaya yönelten en önemli unsur, işletmecilik yetenekleri ve ticari imkânlar dahilinde, anahtar teslimi inşaat sözleşmesindekinin ücretinden daha yüksek bir kâr elde etme ihtimalidir ve yaptığı fizibilite çalışmalarına istinaden işe başlayan yatırımcı için bu ihtimalin gerçekleşmesi de çok zor olmayacaktır. İşte bu noktada, yatırımcının karşı edim alacağının mutlak bir değer ifade etmediği ve ihtimallere göre işletme gelirinin artıp, azalabileceği, dolayısıyla müteahhidin belli miktardaki ücret alacağına nazaran farklı bir menfaatin mevcut olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Görülüyor ki, bir haklı neden olmaksızın yatırım sahibine fesih hakkı tanınması ve bunun karşılığında da yatırımcıya varsayımsal olarak hesaplanacak bir müspet tazminat verilmesi, yatırımcının ifa menfaatini karşılamaya yetmeyecek ve

menfaatler dengesi yatırım sahibi lehine bozulmuş olacaktır. Bu nedenle, yatırım sahibine BK.m.369'a dayalı bir fesih hakkı tanınması mümkün görülmemektedir.

e. BK.m.370'in Uygulanması

İstisna sözleşmesinde, BK.m.370/I uyarınca, taahhüt edilen işin yapılması, iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza (umulmayan olay) yüzünden mümkün olmuyor ise, sözleşme sona ermekte ve müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafını alabilmektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve yapımına henüz başlanmamış veya yapımına daha önce başlanmış eserin tamamlanmasına veya tamamlanmış bir eserin teslimine engel olan bir imkânsızlığın varlığı gerekmekte ve bu imkânsızlığın bir objektif imkânsızlık olması aranmaktadır. Eserin tamamlanmasını veya teslimini imkânsız kılan durumlar, BK.m.370/I'in dar ifadesine rağmen, iş sahibinin kişiliğinden kaynaklanabileceği gibi, onun işletmesinden veya ifa yardımcılarının davranışlarından veya ona ait rizikolar çerçevesine giren bir olaydan da kaynaklanabilecektir. Bu nedenle, sözleşmenin somut şartları dikkate alınarak, iş sahibinin risk alanının tespiti gerekli olmaktadır. Eğer, iş sahibinin risk alanına giren ve imkânsızlık yaratan durum, iş sahibinin kusurundan doğmakta ise, bu halde BK.m.370/II'nin uygulanması gündeme gelecektir. Öte yandan, ortaya çıkan imkânsızlığın müteahhidin kendisinin veya onun sorumlu olduğu diğer hususların katılımıyla gerçekleşmemiş olması da gerekmektedir[669].

[669]**Buz Vedat**, Buz II, s.26-28; **Altaş Hüseyin**, s.189-192; **Aral Fahrettin**, s.397; Bu hükmün objektif imkânsızlık hallerinde uygulanacağı hakim görüş olmakla birlikte,

BK.m.370'in uygulanacağı hallerde sözleşmenin kendiliğinden mi yoksa iş sahibinin fesih beyanı ile mi sona ereceği ise kanunda belirtilmemiştir. Bununla birlikte, hakim görüş, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği yönündedir[670].

Gautschi ise, bu hükmün subjektif imkânsızlık hallerinde de, işe devam edilmesi iş sahibi için katlanılmaz olacak ise uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Gautschi, Art , 378/379, N.4-8, naklen, **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.328, dpn.30; Ancak bu görüş, söz konusu hallerde BK.m.365/II'nin uygulanacağı gerekçesiyle kabul görmemiştir. Bkz. **Altaş Hüseyin**, s.190, dpn.47; İmkânsızlığın nedeni olan ve işe devamı engelleyen *kazanın* iş sahibinin kusurundan doğmuş olup olmamasının ise, sözleşmenin sona ermesi açısından bir öneminin bulunmadığı muhakkaktır. Zira, iş sahibinin kusuru halinde de sözleşme sona ermekte ve fakat bu halde müteahhit başkaca zarar ve ziyanını da talep edebilmek hakkına sahip olmaktadır. Öte yandan, müteahhit BK.m.357/III uyarınca iş sahibine zamanında bilgi vermemiş ise, imkânsızlıktan doğan zararlı sonuca katlanmak durumunda kalacak ve hatta özen borcuna aykırı davranmış olması nedeniyle iş sahibinin zararını dahi tazmin etmek zorunda olabilecektir. Bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.331. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.331; **Buz Vedat**, Buz II, s.31; **Altaş Hüseyin**, s.198-199.

[670]Becker'in, bu hükmün BK.m.117'nin özel bir uygulaması olduğunu ifade etmek suretiyle, sözleşmenin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmiş olduğu anlaşılmaktadır. Zira, yazar BK.m.117'deki gibi bir imkânsızlık halinin düzenlendiği bu hükümle, müteahhidin imkânsızlık nedeniyle bütün ücret alacağını kaybetmesinin yaratacağı ağır sonucun ortadan kaldırıldığını belirtmektedir. Bkz. **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.378 (BK.m.370), N.1; Aynı yönde, Seliçi ise, haklı nedenin

İstisna sözleşmesinin, BK.m.370/I uyarınca sona ermesi halinde müteahhide tanınan haklar ise, yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafını alabilmektir. Tabii ki, iş sahibi de, eserin imkânsızlık anına kadar yapılmış olan kısmının kendisine devrini talep edebilecektir. Ancak, eğer müteahhit henüz eserin yapımına

---

sürekli borç ilişkilerini ileriye etkili sona erdirme imkânı veren genel bir fesih sebebi olduğunu belirttikten sonra, BK.m.370 ve 371'in de iş görme edimlerindeki süreklilik göz önüne alınarak düzenlendiğini ifade etmekte ve bu hükümlerde iş görme edimlerinde ortaya çıkan engellerin edim sonucu üzerindeki etkisinin mutlak olup, müteahhidin edim sonucu sorumluluğundan kurtulduğunu belirtmektedir. Buna karşılık, gerçekte ani edimli olan eser sözleşmesinin, bir sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilerek, söz konusu münferit olgulardan soyutlama yoluyla bir haklı nedenle fesih imkânının ortaya çıkartılmasının, amacı aşan dogmatik bir zorlama olduğunu da ifade etmiştir. **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.51,53; **Tunçomağ Kenan**, s.561; Aral da, sona ermenin ipso jure olduğunu, fesih beyanına gerek bulunmadığını belirtmiştir. Bkz.**Aral Fahrettin**, s.397; Altaş, BK.m.370'in BK.m.117'nin özel bir düzenlemesi olduğunu bu nedenle, imkânsızlaşmasıyla birlikte tarafların borçlarının sona ereceğini ve fakat tarafların eserin tamamlanmış kısmına ilişkin talepleri olamayacağını, dolayısıyla sözleşmenin ileriye etkili (ex nunc) sona ereceğini ifade etmiştir. Bkz. **Altaş Hüseyin**, s.194; Aynı yönde bkz. **Buz Vedat**, Buz II, s.29; Gautschi ise, istisna sözleşmesini sürekli bir borç ilişkisi olarak kabul etmekte ve buna bağlı olarak BK.m.370 ve m.371'i haklı nedenle fesih imkânı veren hükümler olarak yorumlamaktadır. Bkz. Gautschi, Art , 378/379, N.4-8, naklen ve karşı görüşler için bkz.**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.352-352; **Özyörük Sezer**, s.39.

başlamamış ve bu hususta harcama da yapmamış ise, iş sahibinden bir talepte bulunamayacağı gibi, sözleşmenin kurulması için yaptığı masrafları da talep edemeyecektir. Ayrıca, imkânsızlık doğduğu anda müteahhit mütemerrit durumda ise, BK.m.102 uyarınca kazadan sorumlu olacağı için, BK.m.102/II uyarınca kurtuluş kanıtı getirmedikçe, iş sahibinin zararını tazmin etmek durumunda kalacaktır[671].

Öte yandan, müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkânsızlaşmasına iş sahibi kusuru ile sebebiyet vermiş ise, müteahhidin müspet zararını talep edebileceği, ancak edim yükümlülüğü sona erdiği için yapmaktan kurtulduğu masraflar ile başka işlerden elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği kazançların tazminattan indirileceği kabul edilmektedir[672].

YİD sözleşmesinde de, yatırımcının inşa borcunu tamamlaması yatırım sahibine izafe edilebilecek nedenlerle imkânsız hale gelmekte ise, sözleşmenin BK.m.370/I veya BK.m.117 uyarınca sona ereceği açıktır.

Bununla birlikte, yatırımcının maliyet ve kâr kalemlerinden oluşan bir ücret alacağı bulunmadığı için, BK.m.370'deki kaza nedenine dayanarak, işin maliyeti anlamında, *işin kıymetini ve bu kıymete dahil olmayan masrafını* talep etmesi mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte, sürekli sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona ermesinin doğal sonucu olarak, yatırımcı imkânsızlık anına kadar ifa ettiği finansman

[671]**Buz Vedat**, Buz II, s.30-31; **Altaş Hüseyin**, s.195-198.

[672]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.330; **Buz Vedat**, Buz II, s.32.

borcu nedeniyle, yatırım sahibinin kullanımına sunmuş olduğu ve fakat yatırım gelirinden geri alınması imkânı kalmayan mali kaynağın, kendisine iadesini talep edebilecektir. Bu noktada, BK.m.370/I'in kıyasen uygulanması sonucu ile de aynı sonuca ulaşılabileceği söylenebilecektir.

Tabii ki, yatırım sahibinin kusurlu olması halinde, BK.m.370/II'nin kıyasen uygulanması veya BK.m.96 uyarınca, ayrıca müspet zararının tazminini de talep edebilecektir. Zira, yatırım sahibine izafe edilebilecek olan ve imkânsızlık yaratan olaylar, esasen yatırım sahibinin yatırımcıyı engellemekten kaçınma borcunun da ihlali niteliğindedir[673].

Görülüyor ki, istisna sözleşmesinin yapısı içinde müteahhidin BK.m.368 uyarınca katlanacağı hasar yükünü hafifletmek amacıyla getirildiği de ifade edilen[674] BK.m.370'in YİD sözleşmesine kıyasen uygulanması düşünülebilecek ise de, bu hüküm yatırımcı için özel bir yarar sağlamayacaktır. Zira, bir imkânsızlık nedeniyle yatırımcının borcu sona erdiğinde veya haklı nedene dayanılarak sözleşme veya feshedildiğinde, yatırımcı, hukuki ilişkinin sona ermesi nedeniyle işletme gelirlerinden geri almak imkânını yitirdiği finansmanın kendisine iadesini yatırım sahibinden talep edebilecek, yatırım sahibinin kusurunun varlığı halinde de zararının tazminini isteyebilecektir.

---

[673]Bkz. Üçüncü Bölüm, §5, II,C.

[674]BK.m.370 ile BK.m.368'in bir arada uygulanması sorunu hususunda bkz. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.330; **Altaş Hüseyin**, s.199-204; **Buz Vedat**, Buz II, s.33-34.

f. BK.m.371'in Uygulanması

Müteahhidin şahsı dikkate alınarak yapılan istisna sözleşmeleri, BK.m.371 uyarınca, müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi bitirmekten aciz hale gelmesi durumunda, münfesih olmaktadır. Bu şahsi nitelikler, müteahhidin özel bilgi ve uzmanlığı, yeni kullanılacak bir yönteme ilişkin bilgi ve tecrübesi, müteahhidin işi gecikmeden ve iyi şekilde yapacağına duyulan güven, müteahhidin özel krediye layık olması ve gerektiğinde iş sahibinin zararını tazmin edebilecek durumda bulunduğuna itimat gibi çok farklı hususlarda olabilecektir. Sözleşmede, müteahhidin şahsi niteliklerinin önemi açıkça belirtilmemiş olsa dahi, işi müteahhidin kendisinin yapması veya yönetimi altında başkalarına yaptırmasının istendiği sözleşmeden anlaşılabiliyor ise, bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Buna karşın, alt müteahhit kullanılmasının mümkün olduğu hallerde, ölüm veya aciz sözleşmeyi sona erdirmeyecek, mirasçılar, kanuni halef veya iflas masası işe devam edebilecektir[675].

YİD yatırımlarında yatırımcının, kural olarak, bir tüzel kişi olacağı gerçeği karşısında, ölüm olgusunun bir imkânsızlık yaratmayacağı da kendiliğinden görülecektir. Özellikle kamu yatırımlarında ise, bu ihtimal hiç bulunmamakta, zira yatırımcının bir şirket olması gerekliliği kanunlarda belirtilmektedir. Bununla

[675]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.332-333; **Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.379 (BK.m.371), N.1-2; **Tunçomağ Kenan**, s.563-564; **Aral Fahrettin**, s.400; **Özyörük Sezer**, s. 38; **Seliçi Özer**, Seliçi II, s.48-49; Öte yandan, müteahhidin mali aczi veya iflası, BK.m.371 anlamında aciz hali olarak kabul edilmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. **Buz Vedat**, Buz II, s.36; **Altaş Hüseyin**, s.206 .

birlikte, özel yatırımlar açısından, somut olayın niteliğine göre, yatırımcı, gerçek kişi ve şahsi niteliği de önemli ise, tabii ki, ölüm halinde sözleşme, imkânsızlık nedeniyle sona erecektir[676]. Bununla birlikte, her ne kadar tüzel kişilerin işi bizzat yapmaları mümkün değil ise de, kendi yönetimi altında yaptırmaları mümkün olduğu için, işin müteahhidin yönetimi altında yapılması gereken hallerde tüzel kişiliğin son bulması durumunda BK.m.371'in uygulanması düşünülebilecektir[677]. Ayrıca, bunun dışında, yatırımcının bir şirket olduğu hallerde, ölüm sona erme nedeni olmayacak ise de, sözleşme ile, hakim ortağın ölümü bir fesih nedeni olarak gösterilebilecektir[678]. Yatırımcının ölüm dışındaki bir nedenle ve kusuru olmaksızın inşa borcunu tamamlamaktan aciz hale gelmesi ise, ancak olağan üstü ekonomik şartların yarattığı mali çöküntü veya mevzuat değişikliği nedeniyle faaliyetini sürdürmek için ihtiyacı olan bir lisans veya imtiyazın sona ermesi durumunda ortaya çıkacaktır[679].

---

[676]Burada sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif sürekli imkânsızlık söz konusudur. Bkz. **Aral Fahrettin**, s.400.

[677]Gauch, Nr.532 ve aynı yönde OR-Zindel/Pulver, Art 379, N.2., naklen **Buz Vedat**, Buz II, s.36, dpn.86.

[678]Krş. **Becker Herman (Çev. Dura A. Suat)**, Art. 379 (BK.m.371), N.2; Krş. **Öz M.Turgut**, s.163.

[679]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, S.334-335; Kamu yatırımlarına ilişkin 94/5907 sayılı BKK.m.26, görevli şirketin aciz halinde bulunması, iflas etmesi, konkordato ilan etmesi gibi ödeme güçlüğü hallerinde idarenin sözleşmeyi feshetmek yetkisinin sözleşmede düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme göstermektedir ki, YİD sözleşmelerinde yatırımcının şahsi durumuna ilişkin olayların

Diğer yandan, YİD sözleşmelerinde işin başkasına yaptırılmasının kural olarak mümkün görüldüğü, yani işin bizzat yatırımcı tarafından ifası veya onun yönetimi altında ifasının zorunlu olmadığı dikkate alındığında[680], yatırımcının ölümü veya aczi halinde BK.m.371'in uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Bununla birlikte, yatırımcının şahsi nitelikleri anlamında kredibilitesinin, en azından finansman borcunun ifası açısından önemli olduğu düşünülerek, BK.m.371'in YİD de uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Gerçekten, ölüm veya aciz, inşa borcunu olmasa bile, finansman temini borcunun ifasını imkânsız kılabilecek ve inşa borcunun ifası da, buna bağlı olarak imkânsız hale gelecektir.

Böyle bir durumda, YİD sözleşmesinin sona ermesi de kaçınılmaz olabilecektir. Ancak bu halde de, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi yerine, yatırım sahibine bir fesih hakkı tanımak veya haklı nedenle fesih kapsamında bu imkânı yaratmak daha uygun bir çözüm olarak görülmektedir. Bu sayede yatırımcının mirasçıları veya diğer halefleri gibi, onun yerine geçebilecek üçüncü kişilerin işe devamı için bir imkân yaratılmış olacaktır[681]. Aksi halde, finansman temini borcunun ifası kapsamında kredi bağlantıları yapmış ve gerek bu krediler gerek kendi öz sermayesi ile inşaat malzemelerini satın almış ve/veya tesisin bir kısmını inşa etmiş bir

---

sözleşmeye etkisinin, somut durumun özellikleri dahilinde belirlenmesini uygun görülmüştür.

[680] Bkz. Üçüncü Bölüm, §5,I,E.

[681] Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.336; Kaldı ki, ölüm kanun ile belirlenen hallerde sürekli borç ilişkisini sona erdiren bir neden olmakta, bunun dışında özel bir etkisi bulunmamaktadır. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s. 81-83.

yatırımcının ölümü veya kusuru olmaksızın düştüğü aciz durumu nedeniyle sözleşme kendiliğinden sona erecek ve yatırımcı için adil olmayan bir sonuç doğacaktır. Bu nedenle, ölüm veya kusursuz aciz hallerinde, işin devamı imkânı var ise, yani gerek mirasçılar gerek İİK.m.198 uyarınca iflas masası, projeyi sözleşmeye uygun şekilde tamamlayabilecek ise, salt finansman borcu itibariyle müteahhidin şahsının önemli olmasına istinaden, BK.m.371 uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Bu hükmün uygulandığı hallerde, sözleşmenin ileriye etkili olarak kendiliğinden[682] veya fesih suretiyle sona ermesi yanında, ayrıca ‘’*yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi(yatırım sahibi) onu kabule ve bedelini vermeğe mecbur’’* olmaktadır[683]. Dolayısıyla, YİD sözleşmesinde BK.m.371/II uygulandığında, sözleşme sona ermiş olacağı için, henüz ifa edilmemiş edimlerin ifası istenemeyecek, yani inşaatın tamamlattırılması, finansmandan yararlanmaya devam edilmesi veya işletme hakkının kullandırılması mümkün olmayacak, ancak tesis kullanılabilir halde ise *bedelinin* ödenmesi gerekecektir. Ödenecek bu *bedel*, istisna sözleşmesi açısından, müteahhidin toplam ücretinin eserin bitmiş kısmına oranlanması suretiyle hesaplanacaktır[684]. YİD’te ise, bu nitelikte bir *bedel* ödenmesi söz konusu

[682]**Altaş Hüseyin**, s.206; **Buz Vedat**, Buz II, s.36.

[683]Eser başkasına tamamlattırılabiliyor ise, iş sahibi bakımından kullanılabilir niteliktedir. Bkz. OR-Zindel/Pulver, Art.379, N.15 ve Pedrazzini, s.551, naklen **Buz Vedat**, Buz II, s.37, dpn.90.

[684]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan V, s.336;**Uygur Turgut**, C.7, s.8400; **Altaş Hüseyin**, s.206.

olmayacaktır. Zira sözleşme sona ermeseydi dahi yatırımcının bir ücret alacağı doğmayacak, sadece işletme hakkı gelirinden kâr etmek imkânı olacaktı. Dolayısıyla, işin tamamlanan kısmıyla orantı kurulacak bir ücret alacağı bulunmayan yatırımcının, BK.m.370/II'ye istinaden bir bedel alacağı da doğmayacaktır. Ayrıca, yatırım sahibinin işletme hakkının kullanılamamasında bir kusuru da olmadığına göre, işletme gelirinin bir tazminat olarak kendisinden talep edilmesi de mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, sürekli ilişki ileriye etkili olarak sona ereceği için, sürekli edimler olan kullanma haklarının konusunu oluşturan yatırım arazisinin ve finansmanın ilgilisine iadesi gerekecektir. İşte bu noktada, yatırım sahibi, yatırımcının harcadığı ve fakat süre itibariyle, işletme gelirinden alması mümkün olmayan finansman tutarını kendisine iade edecek, arazi ve üzerindeki yarım inşaat ise yatırım sahibine kalacaktır.

4. Hasılat Kirasının Sona Erme Hükümleri

a. BK.m.272 (BK.m.249/II)'nin Uygulanması

Hasılat kirasında, BK.m.272'de yapılan atıf uyarınca, BK.m.249/II'nin uygulanması suretiyle, kiralayanın ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle, kiralananın amaca uygun bir şekilde işletilmesini imkânsız kılacak veya işletmeden beklenen faydayı önemli ölçüde azaltacak ayıpların varlığı halinde kiracı, sözleşmeyi feshedebileceği gibi, ücretten uygun bir miktarın tenzilini de istemeye yetkilidir.

YİD sözleşmesinde ise, işletme konusu tesis yatırımcı tarafından inşa edilmekte olduğu ve yatırım sahibine teslim edilmeden işletme dönemine geçildiği, ayrıca işletme döneminde de bakım onarım borcu yine yatırımcının üzerinde bırakıldığı için, yatırım sahibinin tesisin ayıpları nedeniyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır[685]. Dolayısıyla, tesisin amaca uygun şekilde işletilmesini engelleyen veya işletmeden beklenen faydayı önemli ölçüde azaltacak nitelikte olan ayıpların varlığı ileri sürülerek, sözleşmenin yatırımcı tarafından feshi mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte, yatırım sahibinin, bir yan edim borcu olan, yatırımcıyı engellemekten kaçınma borcuna aykırı davranması halinde, bu hükümlerden yararlanmak ihtiyacı doğacaktır.

Ancak, bu yan edim borcuna aykırılık, esasen akdin müspet ihlalini oluşturacağı için öncelikle, BK. m.97/II'nin doğrudan uygulanması ve yatırım sahibinin, yapamama borcuna muhalefet nedeniyle doğan zararın tazmininin kendisinden talep edilmesi gündeme gelecektir[686]. Gerçekten, eğer yatırım sahibi sözleşmeye aykırı bir davranışı

---

[685] Yatırım arazisinin ayıplı olması hususunda bkz. Üçüncü Bölüm, §5, II,A,2.

[686] Oğuzman/Öz, yapma borcuna aykırılık başlığı altında, BK.m.97'de kusurdan bahsedilmiyor ise de, bu madde esasında sorumluluk şartlarının değil, tazminatın tarzını düzenlemekte olduğundan, genel hüküm olan BK.m.96 uyarınca, ancak kusur halinde tazminat istenebileceğini belirtmişlerdir. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.375; Ancak, yapmama borçlarına ilişkin BK.m.97/II'de ''*mücerret muhalefet ile zarar ziyan tediyesine mecburdur*'' ifadesinin kullanılması, yapmama

ile yatırımcıyı engellemiş ise, geçen süreye ilişkin olarak, engel olmama borcunun kusurlu imkânsızlığı doğmuş olacağı için, aynen ifası kendisinden beklenemeyecek yapmama borcu yerine, bu borcun ihlali nedeniyle ortaya çıkan zarardan yatırım sahibi sorumlu olacaktır. Ayrıca, yatırım sahibinin engelleyici davranışının, ileriye dönük olarak, ortadan kaldırılması mümkün ise yatırımcı, aynen ifayı talep etmek anlamında, BK.m.97/III uyarınca, engelleyici davranışa son verilmesini de isteyebilmelidir[687].

Genel hükümler yanında ayrıca, YİD'teki işletme hakkı unsuru itibariyle, BK.m.272/II'nin atfı uyarınca BK.m.249,250'den kıyasen yararlanmak da düşünülebilecektir. Bu surette öncelikle, BK.m.250/I uyarınca ayıbın giderilmesi bağlamında, uygun bir mehil verilerek engelleyici davranışa son verilmesi yatırım sahibinden talep edilebilmelidir. Eğer, verilen mehil içinde yatırım sahibi engelleyici duruma son vermez ise yatırımcı, hasılat kiracısı gibi BK.m.97/I'e dayanarak ayıbın giderilmesini[688] sağlayamayacak ise de, burada bir yapmama borcu bulunması nedeniyle, İİK.m.30/III'e dayanarak yatırım sahibini borcuna riayete davet edebilecek ve mahkemenin bu yöndeki kararına uymayan yatırım sahibine İİK.m.343 uyarınca cezai müeyyide de uygulanabilecektir[689].

---

borcuna aykırılığın aynen ifa yerine tazminat sorumluluğuna bağlanmış olduğunu göstermektedir. Bkz. **Kılıçoğlu Ahmet M.**, Kılıçoğlu II, s.464.

[687]Krş. **Serozan Rona**, s.303-304.

[688]Krş. **Bilge Necip**, s.132.

[689]Doktrin, yapmama borçlarında aynen ifanın istenemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. **Kılıçoğlu Ahmet M.**, Kılıçoğlu II, s.464; Oğuzman/Öz de aynı görüşte olmakla

Öte yandan, yatırım sahibinin engelleyici davranışlarına rağmen inşaata veya işletmeye devam imkânı var ve fakat maliyette bir artış veya işletme gelirinde bir azalma söz konusu ise yatırımcı, BK.m.250/I'deki ''*ücretten münasip bir miktarın tenzilini*'' talep etmek anlamında olmak üzere, işletme süresinin uzatılmasını isteyebilmelidir. Yatırımcıya tanınması gereken sürenin uzatılmasını talep hakkının, kirada olduğu gibi, karşı tarafın kusuruna bağlı olmaksızın kullanılması gerektiği de açıktır.

Ayrıca yatırım sahibinin engelleyici davranışı nedeniyle sözleşmeye devam imkânı kalmamış ise, BK.m.250/I'in kıyasen veya BK.m.106'nın doğrudan uygulanması suretiyle, yatırımcıya sözleşmeyi fesih ve zararının tazminini talep hakkı tanınmalıdır[690].

---

birlikte, devamlılık arz eden yapmama borçlarında borçlunun her aykırı davranışı ileride de aykırı davranma tehlikesini ortaya çıkaracağı için, alacaklının dava yoluyla borçluyu borca riayet etmeye çağırabileceğini, mahkeme kararına uymayan borçlu hakkında İİK.m.343'ün uygulanabileceğini kabul etmektedirler. Bkz. **Oğuzman M.Kemal/Öz M.Turgut**, s.335.

[690]Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.120-122; Ayrıca, yan edim yükümünü ihlal eden tarafın kusurlu olması ve bu aykırılık yüzünden sözleşmede güdülen özel amaca ulaşılmasının tehlikeye girmesi ve bu tehlikeyi göze alması alacaklıdan beklenememesi halinde sözleşmeden dönme hakkı da tanınmalıdır. Bkz. **Serozan Rona**, s.307-308; Kamu yatırımlarına ilişkin sözleşmelerde idarenin kusurunu tanımlayan risk olayları işletme döneminde ortaya çıktığında yatırımcıya fesih hakkı tanınmaktadır. Sözleşmelerde sayılan belirli durumlarda, eğer tesisin işletilmesi

b. BK.m.274/III ve BK.m.286'nın Uygulanması

Hasılat kiracısının kendi kusurundan veya şahsında ortaya çıkan bir olağanüstü halden dolayı kiralananı kullanamaması veya ancak sınırlı şekilde kullanabilmesi halinde, kiralayan kiralananı kullanmaya elverişli şekilde tutmuş ise, kiracının da kira bedeli ödeme borcu devam etmektedir. Bununla birlikte, kira konusu mal bir taşınmaz ise ve kiracının şahsında ortaya çıkan engel, onun kusurundan doğmamış ve önceden öngörülmesi mümkün değil ise, aynı zamanda bu engel sözleşmenin devamını çekilmez hale getirecek derecede önemli ise kiracı, BK.m.274/III'ün BK.m.286'ya yaptığı atıf uyarınca, en az bir yıllık kira karşılığı tam tazminat vermek ve feshi ihbar sürelerine uymak suretiyle sözleşmeyi feshedebilecektir[691]. Ayrıca kiralayan da, kiracının alacaklı temerrütü, kendisi için bir haklı neden yaratıyor ise, sözleşmeyi feshetmek hakkına sahiptir. Ancak, burada hasılat kirası gibi uzun süreli bir ilişkide alacaklı olan kiracının kısa süre için temerrüde düşmesi neticesinde

---

engelleniyor, geciktiriliyor veya maliyet artıyor ve ayrıca bu durum 90 gün sürekli veya 12 aylık dönemde 270 gün etkili oluyor ise yatırımcı fesih hakkını kullanabiliyor. Risk olayları içinde, kanuni izinlerin verilmemesi veya geciktirilmesi, mahkeme kararları veya idari kararlar nedeniyle işletmenin engellenmesi gibi durumlar da yer almaktadır. Bkz. **Mazı-3** Rüzgâr Enerjisi Santralinin Yapımı-İşletilmesi ve Üretilecek Elektrik Enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.'ne Satışına İlişkin Uygulama Sözleşmesi, m.23; **Marmara Ereğlisinde** Kurulacak Doğal Gaz Santraline ait Uygulama Anlaşması, m.1(risk olayı tanımı), m.32.2 (satın alma ihbarı).

[691]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.169.

borçlu kiralayana bir fesih hakkı tanımak adil olmayacağı için, alacaklı temerrüdün borçlu için bir çekilmezlik yaratması, yani bir haklı sebep doğmuş olması, gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır[692].

YİD sözleşmesinde ise, yatırımcının kira bedeli ödeme borcu bulunmadığı için, kendisine isnad edilebilecek bir nedenle tesisi işletememesi halinde de, yatırım sahibine kira ödenmesi borcu doğmayacak, ancak bu halde işletme geliri elde edemeyen yatırımcının finansmanını geri alamaması tehlikesi doğacaktır. İşte bu nedenle, tesisin işletilememesi, yatırımcının *kendi kusurundan veya şahsında ortaya çıkan olağanüstü bir halden* ileri geliyor ise ve bu durum nedeniyle işletme gelirinden mahrum kalan yatırımcı için sözleşmeye devam etmek çekilmezlik yaratıyor ise, kendisine sözleşmeyi haklı nedenle fesih imkânı tanınması gerekecektir.

Öte yandan, YİD sözleşmesi açısından bu fesih imkânının BK.m.274/III'teki özel düzenleme içinde değerlendirilmesinden ziyade, BK.m.286 ile öngörülen genel imkân dahilinde ele alınmasını, daha doğru görülebilecektir. Zira, BK.m.274/III kiralananın kullanılamadığı hallerde kira bedeli ödenmesi nedeniyle ortaya çıkan bir haklı nedeni esas almakta, YİD ilişkisinde ise böyle bir ihtimal bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tesisin işletilememesi finansmanın geri dönüşü imkânını ortadan kaldırabileceği için, bu noktada bir çekilmezlik ve dolayısıyla bir haklı neden doğabilecektir. Gerçekten, *clausula rebus sic stantibus* kuralının özel bir düzenlemesi olan BK.m.286, şartların önceden öngörülemeyen bir şekilde değişmesi

[692]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.218.

nedeniyle sözleşmeye devamın çekilmez hale gelmesini bir haklı neden olarak kabul etmekte ve birden fazla sene için akdedilen sözleşmelerde taraflara fesih hakkı tanımaktadır[693].

Ancak, bu fesih hakkının kullanılabilmesi, karşı tarafa en az bir yıllık kira bedeli tutarında tam tazminat teklif edilmesi ve ihbar sürelerine uyulması şartına bağlanmıştır. YİD sözleşmesinde ise, kira bedeli söz konusu olmadığına göre, tam tazminatın ne şekilde tespit edilebileceği ve feshi ihbar süresinin de nasıl hesaplanacağı belirsizdir. Bu nedenle, sorunun BK.m.286 dahilinde çözümü yerine, genel hüküm olan TMK.m.2 uyarınca haklı nedenle fesih imkânı tanınması suretiyle halli daha uygun olacaktır.

Esasen, yatırım sahibi açısından, tesisin işletilememesi, bir kira gelirinden mahrumiyet sonucu yaratmayacağı için, kural olarak sözleşmenin devamını çekilmez hale getiren bir neden olarak kabul edilemeyecektir. Zira, yatırım sahibi finansmanın temini suretiyle tesisin inşası sağlandığından ifa menfaatine kavuşmuş sayılabilecektir. Bununla birlikte, işletme süresi sonunda tesisin çalışır bir halde ve bir işletme niteliğinde kendisine devrini bekleyen yatırım sahibinin, yatırımcının tesisi işletemiyor olması edeniyle ifa menfaatinin zedeleneceği de gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. Bu nedenle, tesisin işletilmesine engel olan durumun devam ettiği süre dikkate alındığında, yatırım sahibi açısından tesisin kendisine uygun şekilde devrinin tehlikeye girdiği kabul edilebilen hallerde bir haklı neden doğmuş olacaktır. İşte bu halde, yatırım sahibine de, yine TMK.m.2'den

[693]**Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.230.

hareketle sözleşmeyi fesih hakkı tanınması gerekli görülmektedir. Kaldı ki, kamu yatırımları açısından, kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması ihtiyacı nedeniyle, tesisin işletilemiyor olması yatırım sahibi idare için sözleşmeye devamı çekilmez hale getirecek ve sözleşmenin feshini zorunlu kılacaktır.

Diğer taraftan, tesisin işletilmesine engel olan neden, yatırımcının şahsından doğmayan, objektif bir imkânsızlık halinden kaynaklanıyor ise, artık BK.m.117'nin uygulanması söz konusu olacak ve yatırımcının işletme hakkını kapsamında tesisi işletmek borcu sona erdiği gibi, yatırım sahibinin de işletme hakkı tanıma borcu sona erecektir. Buna bağlı olarak da YİD sözleşmesi kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona ermiş olacaktır[694].

c. BK.m.285'in Uygulanması

Süresiz hasılat kiraları için BK.m.285'te öngörülen olağan fesih hakkının, YİD sözleşmesinde uygulanması mümkün görmemekteyiz. Zira, YİD belirli süreli bir sözleşme olup, ancak süresi sonunda veya süresinden önce akde aykırılık, imkânsızlık, haklı neden gibi gerekçelerle sona erdirilebilecektir.

[694] Krş. **Tandoğan Haluk**, Tandoğan IV, s.170.

d. BK.m.288'in Uygulanması

YİD sözleşmesinde yatırımcının asli borçları arasında kira bedeli ödemek borcu bulunmadığı için, kira bedelinin ödenmesinde temerrüt halinde uygulanan BK.m.288'in de yatırım sahibi için bir fesih hakkı yaratması mümkün olmayacaktır.

e. BK.m.289'un Uygulanması

Hasılat kirasında, kiracının BK.m.278 uyarınca kira konusunu işletme amacına uygun bir şekilde işletmek ve hasılata elverişli halde bulundurmak borcu ile BK.m.279 uyarınca kiralananın iyi halde muhafazası için gerekli bakım ve küçük çaplı onarımları yapmak borcu altında olup, bu *borçlarına ehemmiyetli bir tarzda muhalefet eder ve kiralayanın ihtarına rağmen ve tayin ettiği münasip bir mehil zarfında borçlarını ifa etmezse* kiralayan sözleşmeyi feshedebilecektir.

YİD'te ise yatırımcının esaslı tamiratları da kapsayan çok daha geniş bir bakım ve onarım borcu bulunmakta olup, bu borcun sürekli olarak ihlal edilmesi suretiyle tesisin kullanılamaz hale gelmesi tehlikesi doğar ise, BK.m.289'un kıyasen uygulanması suretiyle sözleşmenin feshi düşünülebilecektir.

Ancak bu halde yatırım sahibi, fesih ileriye etkili olacağı için, yatırımda kullanılan finansmanın bir kısmını iade etmek durumunda kalacaktır. Zira, yatırımcı inşa aşamasını tamamlarken finansman borcunu da ifa etmiş olmakta ve fakat sözleşmenin erken sona ermesi nedeniyle yatırım maliyetini işletme gelirinden almak

imkânını yitirmektedir. Bu nedenle, önce ifa edilmiş olan finansman borcunun karşılığı olan işletme hakkının erken sona ermesine bağlı olarak, geçen işletme süresinde geri alınamamış olan yatırım maliyetinin yatırımcıya ödenmesi gerekecektir. Tabii ki, yatırımcının kusurlu olması halinde, yatırım sahibinin talep edebileceği menfi zarar ile iade edilecek finansman miktarının takası imkânı da mevcuttur.

f. BK.m.290 ve BK.m.291'in Uygulanması

Hasılat kirası, BK.m.290/I uyarınca, kiracının iflasının açılması ile birlikte sona ermekte, hükmün ikinci fıkrasında ifade edildiği gibi, eğer kira bedeli ve defterin ihtiva ettiği eşya için teminat gösterilir ise, kira yılının sonuna kadar işletmeye devam edilmesine izin verilmesi gerekmektedir. Ancak, İİK.m.198/II'de bu hüküm saklı tutulmuş olduğu için, iflas masasının sözleşmeye dahil olmak hakkı bulunmamaktadır. BK.m.290'ın gerekçesi ise, tasarruf yetkisini kaybeden müflisin kendi hesabına işletmeyi sürdürememesi ve kiralayanın kira konusunun ehil bir kişi tarafından işletilmesindeki menfaati olarak açıklanmaktadır. Zira, iflas, kiracının işletmeye ehil olmadığını göstermektedir[695]. Ayrıca, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle kiracıdan bir tazminat da istenememekte, zira sözleşme hemen sona erdiği için kiralayan kira konusu mal üzerinde tasarrufta bulunabilmekte ve böylece diğer alacaklılara nazaran daha avantajlı durumda olmaktadır[696].

[695]**Seliçi Özer**, Seliçi I, s.87.

[696]**Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)**, Art.295 (BK.m.290), N.2.

YİD ilişkisinde ise, yatırım sahibinin kira bedeli alacağı bulunmadığı ve işletme döneminde, bu noktada artık yatırımcı, öncelikle finansman temini ve inşa borçlarını ifa etmiş olduğu için, yatırımcının iflas etmesi nedeniyle büyük bir risk doğacağı söylenemeyecektir. Ancak, bakım ve onarım borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi riski ve buna bağlı olarak da tesisin devir tarihinde kullanılabilir halde olmaması ihtimali gündeme gelecektir. İşte bu nedenle, yatırımcının iflası halinde yatırım sahibi açısından da bir koruma ihtiyacı doğacaktır.

Yatırım sahibinin ihtiyacı olan korumanın sağlanması için, iflasın açıldığı anda YİD sözleşmesinin sona ereceğinin kabulü ise, amacı aşan bir sonuç yaratacaktır[697]. Zira, işletme aşamasında yatırımcı, borçlarının büyük kısmını ifa etmiş ve karşı edim alacağını kullanmaktadır. Dolayısıyla, yatırımcının sözleşmenin devamındaki menfaati, yatırım sahibinin menfaatinden daha fazladır ve sözleşme münfesih sayılacak olur ise, yatırım sahibinin menfaatine nazaran çok daha büyük bir zarara uğrayacaktır. Kadı ki, yatırım sahibi de, her ne kadar BK.m.290 uyarınca bir tazminat ödenmesi söz konusu değil ise de, yararlanmakta olduğu finansmanın işletme gelirlerinden alınamayan kısmını yatırımcıya iade etmek zorunda kalacaktır. Zira, sürekli ilişki sona erince kullanma hakkının konusunu teşkil eden mal ve hakların da sahiplerine iadesi kaçınılmaz bir sonuç olmaktadır.

[697]Nitekim, hasılat kirasının iflas nedeniyle sona ermesinin dahi, aşırı bir düzenleme olduğu, kiralayan lehine bir fesih hakkı tanımanın de lege feranda daha yerinde olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Seliçi Özer**, Seliçi I, s.87.

Bu nedenlerle, işletme döneminde yatırımcının iflas etmesi, YİD sözleşmesinin münfesih olmasına yol açmamalı, eğer bakım ve onarım borcu ihlal edilir ise, yatırım sahibi borca aykırılık nedeniyle yasal haklarını kullanabilmelidir. Ayrıca, YİD bir hasılat kirası olmadığı için, İİK.m.198/II'de Bk.m.290'ın saklı tutulmuş olmasına istinaden, iflas masasının sözleşmeye dahil olmak hakkının bulunmadığı da söylenemeyecektir.

Diğer yandan, BK.m.291'de kiracının vefatı halinde gerek mirasçılara gerek kiralayana altı aylık kanuni mehillere riayet etmek suretiyle sözleşmeyi feshetmek hakkı tanınmış ise de, YİD ilişkisinde yatırım sahibi açısından, yukarıda açıklandığı üzere, bakım ve onarım borcu ihlal edilmedikçe böyle bir fesih hakkına sahip olmakta bir hukuki yarar mevcut değildir. Mirasçılar açısından da, her ne kadar YİD'te işletme hakkı bir karşı edim alacağı niteliğinde ise de, mirasçıların işletme hakkını kullanmaktan imtina etmeleri halinde alacaklı temerrütü doğacağı ve BK.m.94 uyarınca yatırım sahibi lehine fesih hakkı doğacağı kabul edilmelidir. Bu halde, tesisi sözleşme süresi sonuna kadar işletmekten imtina eden mirasçıların, işletme gelirinden alınamamış yatırım sermayesini talep etmeleri ise, yatırım sahibinin menfi zararın tazmini talebi ile karşılaşacak ve kendilerine bir iade yapılması söz konusu olmayacaktır.

SONUÇ

Özellikle devletlerin finansman ihtiyacının karşılanmasında bir alternatif olarak sunulan ve kökleri eski uygarlıklara kadar uzanan YİD, özel yatırımlarda da kullanılabilen, bir proje finansman modeli olarak, varlığını kabul ettirmiştir. Öte yandan, ilişkinin temelindeki menfaat dengelerinin korunamadığı ve özellikle kamu yatırımlarındaki gibi, yatırımcı lehine verilen garantilerin çok fazla olduğu hallerde, bu modelin kullanılmasından beklenen fayda gerçekleşmemiş, nitekim Hazine üzerinde bir borç yükü yarattığı kabul edilen projelere garanti verilmemesi veya bazı projelerin iptali yoluna gidilmiştir. Bu olumsuz örneklere rağmen, esas itibariyle YİD, bir yatırım projesinin kendi kendini finansmanı düşüncesine dayanan ve bu temel düşünce ekseni üzerinde, hem yatırımcı hem yatırım sahibi için olumlu yönleri olan, bu nedenle de halen tercih edilen bir finansman aracı olmuştur.

Bu niteliği itibariyle, özellikli bir menfaat dengesi üzerinde yapılanan YİD'te, yatırım sahibinin, finansman ihtiyacını karşılamak ve proje konusu tesise kavuşmak, yatırımcının da, temin ettiği finansmanı geri almak ve ayrıca kâr elde etmek yönündeki menfaatleri karşı karşıya gelmektedir. Tarafların bu karşılıklı menfaatlerinin bir dengeye ulaştırılmasında ise, YİD'in uzun süreli yatırım projelerinde uygulanıyor olması nedeniyle, zaman içinde ortaya çıkabilecek risklerin belirsizliği ve bu belirsizliğin taraf menfaatleri üzerindeki etkileri önem kazanmaktadır.

İşte bu farklılık, YİD'in sadece bir inşaat sözleşmesi, hasılat kirası veya bir karz sözleşmesi olarak değerlendirilmesini imkânsız kılmaktadır. Ayrıca, YİD'in hukuki işlemler yapısı, ekonomik ilişkiler bağlamında, yatırımcı ve yatırım sahibinin yanında, tedarikçi, müteahhit, işletmeci, kontrolör, garantör vb. üçüncü kişilerle kurulan ilişkileri de içine alan bir şema olarak genişleyebilmektedir. Bununla birlikte, yatırım sahibi ile yatırımcı arasındaki temel YİD ilişkisinin etrafında yapılanan bu münferit ilişkilerin, birer bileşik sözleşme olarak yapılanması haricinde bir özellik yaratmadıkları, sadece kredi kurumlarının özel yetkilerle YİD ilişkisine doğrudan dahil olabildikleri görülmektedir.

Yatırım sahibi ile yatırımcı arasındaki temel hukuki ilişkinin unsurları ise, finansman temini, yatırım konusu projenin inşası ve inşa edilecek tesisin belirli bir süre yatırımcı tarafından işletilmesinden sonra, yatırım sahibine devri olarak tespit edilmektedir. Zaten, ekonomik gelişim içinde bir finansman alternatifi olarak ortaya konulan YİD'te en temel unsur tabii ki, finansman olmakta ve inşa ile işletme unsurları finansman amacı etrafında biçimlenmektedir. Şöyle ki, yatırımcı finansmanını kendisi temin ederek, yatırım sahibinin belirlediği tesisi inşa etmekte ve bir süre bu tesisi işleterek, işletme gelirinden yatırımda kullandığı finansmanı ve ticari faaliyetinin gereği olan kârını elde etmeyi amaçlamaktadır. Yatırım sahibi de, ihtiyaç duyduğu bir yatırımı gerçekleştirmek amacıyla, yatırımın finansmanını temin edecek bir yatırımcı ile YİD ilişkisine girmekte ve sözleşme süresi sonunda, inşa edilmiş ve ayrıca yatırımcı tarafından belirli bir süre işletilmek suretiyle ticari bir işletme niteliği kazanmış olan bir yatırıma sahip olabilmektedir.

İşte bu yapısı içinde ele alınması gereken YİD, yatırım unsurlarından birinin, özellikle yatırım arazisinin, yatırım sahibi tarafından temin edildiği, yatırımcının da finansmanı karşılamak suretiyle yatırım konusunu inşa ederek, kendisine tanınan işletme süresi içinde işletme gelirine sahip olduğu, sözleşme süresi sonunda ise, yatırım konusunu bir işletme olarak yatırım sahibine devrettiği, finansman temini amacına yönelik sui generis bir sözleşme olarak tanımlanabilecektir.

Görülüyor ki, bu yapısı dahilinde YİD, Borçlar Kanunu'ndaki tipik sözleşmeler ile benzerlikler taşımakta ise de, esas itibariyle, çok daha farklı bir hukuki nitelik göstermektedir. Her şeyden önce, YİD'in temel unsuru olan finansman temini, tipik bir sözleşme olarak düzenlenmiş değildir. Borçlar Kanunu'ndaki, finansman teminine ilişki karz sözleşmesi ile özel kanunda düzenlenen finansal kiralama sözleşmesi de, YİD ile aynı yapıda olmadığı için, finansman unsuru itibariyle YİD'in tipik bir sözleşme olmadığı açıktır. İnşa unsuru açısından konuya yaklaşıldığında ise, YİD'in istisna sözleşmesinin bir benzeri olduğu akla gelebilmektedir. Ancak, istisna sözleşmesindeki inşa ediminin edim muhtevası ile YİD'teki aynı olmadığı için, bu benzerliğin sınırlı kaldığı da gözden kaçırılmamalıdır. Zira, yatırımcının inşa edimi, sadece yatırım sahibin ifa menfaatini temine yönelik olmayıp, aynı zamanda, işletme hakkının kullanılabilmesinin bir ön şartı niteliğinde olduğundan, kendisinin ifa menfaatinin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. Gerçekten, YİD'teki inşa borcunun ifası, bir eser teslimi suretiyle ücret alacağına kavuşmak amacına yönelik olmayıp, tesisin işletilmesi suretiyle işletme gelirine kavuşmak hedefine yönelmiş bulunmaktadır.

YİD'in, asli unsurlarının bu özellikleri dikkate alındığında, bir sui generis sözleşme olduğunun ve aynı zamanda sürekli bir borç ilişkisi yarattığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. Varılan bu sonuç ekseninde YD'in hükümleri tespit edilirken de, tipik sözleşmelerin bütün hükümlerinin YİD'te kıyasen uygulanamadığı, hukuki ilişkinin mahiyetine uymayan tipik sözleşme hükümlerinin yerine genel hükümlerin uygulanmasının zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Özellikle istisna sözleşmesindeki iş sahibini koruyucu hükümlerin, YİD'teki yatırım sahibi için, amacı aşan ve bu nedenle menfaat dengesini bozan bir koruma sağlayacağı görülmektedir. İşte bu nedenle, YİD'in hükümleri ile sona ermesi hallerinin hukuki değerlendirmesi yapılırken, taraflar arasındaki ilişkinin ekonomik alt yapısının doğal sonucu olarak ortaya çıkan risk paylaşımı kaygısının her aşamada göz önünde bulundurulması kaçınılmaz olmaktadır.

KAYNAKÇA

Akıncı Ziya :Milletlerarası Tahkim, Ankara 2005

Akış Ercüment :"Yap-İşlet-Devret Modeli (II)", Belediye Dergisi, C.5, S.5, Kasım 1998.

Akyol Şener :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, I. Fasikül, İstanbul, 1984.

Altaş Hüseyin :Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK.mad.368), Ankara 2002.

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

Altıntaş M.Ayhan :"Uluslararası Yatırımların Korunması, Temel Uyuşmazlıklar ve Tahkim Kuralları Dünya ve Uluslararası Hukukun Gerçekleri ve Türkiye'deki Egemenlik ve Uluslar arası Tahkim Tartışmaları Üzerine", Hazine Dergisi, S. 10, Nisan 1998, (Altıntaş II).

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

Aral Fahrettin :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3.Bası, Ankara 2000.

Arslan Erdoğan	:"Yap-İşlet-Devret Modeli ve Vergilendirilmesindeki Temel Sorunlar"', Yaklaşım Dergisi, İnşaat Özel Sayısı, 1997.
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, Ağustos 1990.
Badawi İbrahim M	:"Globalization of the BOT System and Its Taxation Problems, Review of Business", 24, 2ABI/INFORM Global, Spring 2003.
Bahşi C. Gökhan	:"Yap-İşlet-Devret (Bot) Modeli ve Türkiye Uygulaması", İstanbul Sanayi Odası Dergisi, C.23, S.268, İstanbul 1988.
Baygın Cem	:Türk Hukukuna Göre Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Erzincan 1999.
Baytan İlhan	:Özelleştirme, Hukuki Yapı, Sorunlar, Uygulamalar Öneriler, Ankara 1999.
Becker Herman (Çev.Dura A.Suat)	:İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi,C.VI., Borçlar Hukuku, II.Kısım, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Bern 1934,
Bellhouse Joseph	:"New Approaches to Hıghway Procurement", (Cite as: Cons.L.J. 1999, 15(2), 111-134) Construction Law Journal, 1999

Bilge Necip :Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1962.

Bilgen Pertev :"Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri Hakkında" , Kamu Hukuku Bülteni, S.3, Mart 1990.

Burcuoğlu Haluk :"Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu hakların Kullanılabilmesi İçin Gereken Süreler", Prof.Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990.

Buz Vedat :Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

Buz Vedat :Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD C.49, S.1-2 Haziran 1994 (Buz II).

Çal Sedat :"İmtiyaz ve Kamu Hizmeti Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım Önerisi ve Bu Bağlamda Enerji Sektöründe Karşılaşılan Hukuki Sorunlara Getirilebilecek Çözüm Üzerine Denemeler", Hazine Dergisi, S.10, Nisan 1998.

Çelebi Nuran/Efendi Ayşe :"Hazinenin Muhtemel Yükümlülükleri Çerçevesinde KİT Görev Zararları ve YAP-İşlet-Devret Modeline Bir Örnek: İzmit Su Projesi'", Türkiye'de 1980 Sonrası Mali Politikalar,

XVI.Türkiye Maliye Sempozyumu, Celal Bayar Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü, Antalya 28-31Mayıs 2001.

Cömert Faruk :"Yabancı Sermayenin Dünü, Bugünü ve Geleceği", Hazine Dergisi, S.12, Ekim 1998.

Coşkun İsa :"Yap-İşlet-Devret/Yap-İşlet Modelleri ve Yabancı Sermaye", Yaklaşım Dergisi, Y.6, S.67, Temmuz 1998.

Dayınlarlı Kemal :İstisna Akdinde, Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara 2003

Deane Jennifer :"Private Sector Participation in the Mediterranean Middle East (MME)-Past, Present and Future", Elseviver-Desalination 152, 2002 (www.elseviver.com/locate/desal).

Dede Emre :"Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli'nin Hukuki Yapısı ve Eleştirisi", Türk Hukuku Enstitüsü Dergisi, Mart 1997.

Demir A. Lütfi :"Yap-İşlet-Devret'te Sorunlar ve Uluslararası Tahkim", Yaklaşım Dergisi, Y.7, S.79, Temmuz 1999.

Demirci Zeki :"Yap-İşlet-Devret Projeleri", Yaklaşım Dergisi,Y.4, S.43, Temmuz 1996, (Demirci I).

Demirci Zeki :"Yap-İşlet-Devret Projeleri ve Boyabat Barajı Hidroelektrik Santrali Projesi", Yaklaşım Dergisi, Y.6, S.67, Temmuz 1998, (Demirci II).

Demirci Zeki :Yap-İşlet-Devret ve Hidroelektrik Projeler, İstanbul 2000, (Demirci III).

Deveci Hıfzı :"Günü Kurtarırken Geleceği İpotek Altına Sokmak; Yap-İşlet-Devret Modeli Hakkında Bir Kaç Söz", Yerel Gündem Dergisi, C.I, S.2, Şubat 1999.

Doğanay İsmail :"Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 Tarihli (İptal) Kararından Sonra Yap-İşlet-Devret Modelinin Artık İşlerlik Durumu Kalmadığı", Yaklaşım Dergisi, Y. 4 S. 44, Ağustos 1996.

Dural Mustafa :Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, (BK.117), İstanbul 1976

Duran Lütfi :"Yap-İşlet-Devret", AÜSBF Dergisi, Prof. Muammer Aksoy'a Armağan, C. XLVI, N.1-2, Ocak-Haziran 1991.

Ece Nur Jale ''Denizcilik Sektörünün Özelleştirilmesi'', Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, www.turkishpilots.org.tr/DOCUMENTS/ j_Nur_Ece_Ozellestirme.htm

Emek Uğur :"Uluslararası Ticari Tahkim, YİD Projeleri, İmtiyaz Kavramı ve Anayasa: Sorunlar ve Çözüm

Önerileri", Vergi Dünyası Dergisi, S.216, Ağustos 1999.

Engel Pierre :Contrats de Droit Suisse, 2. Bası, Bern 2000.

Erdoğdu Seyhan :"Yap-İşlet Devret Modeli Özelleştirmenin Kestirme Yolu", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, C.21, S.200, Ankara Haziran 1997.

Eren Fikret :"Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri'' İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2.Bası, S. 2001/XI, (Eren I).

Eren Fikret "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları" İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını 2. Bası, S.2001/XI, (Eren II).

Erkan Volkan :Dış Proje Kredisi Kullanan Kamu Yatırımlarının Gelişimi ve Değerlendirilmesi (1988-1997), T.C.Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Proje Yatırımları Değerlendirme ve Analiz Dairesi, Ankara 1999.

Erman Hasan :İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller

(BK.365/2), İstanbul 1979.

Etçioğlu Erkal :Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulamasının Analizi, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1997.

Feyzioğlu Feyzi Necmettin :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1977

Francis Hope Katherine/Stevenson E.William/Rerry R. III. Adams/Wiss Marcia/Christopher Osakwe/Wells Linda :"Privatization of Public Development Projects", (Cite as: 82 Am.Soc'y Int'l L. Proc.578), American Society of International Law Procidings, 20-23 Nisan 1988.

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

Gözler Kemal :İdare Hukuku, C.III, Bursa 2003.

Gözübüyük Şeref/Tan Turgut :İdare Hukuku, C.I, 2.Bası, Ankara 2001.

Günay Tarhan :Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli Uygulamaları ve Sonuçları, Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi Türkiye 7.Enerji Kongresi.

Günday Metin :İdare Hukuku, 6. Bası, Ankara 2002.

Güneş Cengiz :Yap-İşlet-Devret Projelerinde Görevli Şirketlere Tanınan Vergi Teşviği, Yaklaşım Dergisi, Y.6, S.65, Mayıs 1998, (Güneş I).

Güneş Cengiz Yap-İşlet, Yap-İşlet-Devret İşletme Hakkı

Devirleri ve Vergi Uygulamaları, Ankara 1999, (Güneş II).

Güneş Cengiz :Tüm Yönleriyle Enerji Altyapı Yatırım Modelleri Uygulama ve Mevzuatı, 2. Bası, Ankara 2002, (Güneş III).

Gupta M.C./ Narasimham S.V :"CSFs in Competitive Tendering and Negotiation Model for BOT Projects", Journal of Construction Engineering and Management, Eylül-Ekim 1998.

Gürzumar Osman Berat :Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı, Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil, 2. Bası, İstanbul 2001.

Hanley Jr.Thomas P. :" The BOT Circulat: An Evaluation Of The New Regulatory Framework, Governing Prıvately-Financed Infrastructure Projects in The People's Republic Of China", (Cite as: 5 Stan.J.L. Bus&Fin.59) Stanford Journal Of Law, Business and Finance Spring, 1999.

Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir :Borçlar Hukuk Özel Bölüm, İstanbul 1992.

Havutçu Ayşe :Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

İmre Erol :Türkiye'de Yap-İşlet-Devret Modeli Yasal Çatısı, Uygulaması, Yüksek Denetleme Kurulu, 10-11 Ocak 2001.

İnan Atilla :"Yap-İşlet-Devret Modeli ve Sayıştay Denetimi", Mali Hukuk Dergisi, S.78, Ankara 11-12 1998.

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.

Kalça Adem :"Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli ve Türkiye Uygulamaları", Banka ve Ekonomik Yorumlar Dergisi, C.35, S.5, İstanbul 1998.

Kaplan İbrahim ::Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983, (Kaplan I).

Kaplan İbrahim :Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, (Kaplan II).

Kaplan İbrahim :"İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2001/XI, (Kaplan, III).

Kaplan İbrahim :Yap-İşlet-Devret ve Yap-İşlet Finans Modelleri ve Yatırım Sözleşmeleri", BATİDER, C.XIX, S.4,

Aralık 1998, (Kaplan IV).

Karaca Yüksel :"Yap-İşlet Devret Modeli", Yaklaşım Dergisi, Y.3, S.34, Ekim 1995.

Karahasan Mustafa Reşit :İnşaat, İmar İhale Hukuku, C.I, Ankara 1997.

Kartal Bilal :Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

Kerr M.Thomas :"Supplying Water Infrastructure to Developing Countries via Sector Project Financing", (Cite as: 8 Geo Int'l Envtl.L.Rev.91), Georgotown International Enviromental Law Review, 1995.

Kessides Kessides Chritine :"Institutional Options for the Provision of Infrastructure", 212 World Bank Discussion Papers, 2.Bası, Washington, D.C. 1995.

Kılıçbay Ahmet :Türk Ekonomisi-Modeller, Politikalar, Stratejiler, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3.Bası, Ankara 1991.

Kılıçoğlu Ahmet M. :"Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", AÜHF Mecmuası, C.32., S.1-4, Ankara 1976, (Kılıçoğlu I).

Kılıçoğlu Ahmet M. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, Ankara 2005, (Kılıçoğlu II).

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

Kocar Cemil / Bektur Y.maz :"Elektrik Sektöründe Yap-İşlet-Devret Modeli" Ekonomide Birikim Dergisi, Y.1, S.2, Ankara, Nisan 1995.

Kocayusufpaşaoğlu Necip :Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, 2. Bası, İstanbul 1985.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Seozan Rona/Arpacı Abdülkadir :İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1998

Kostakoğlu Cengiz :İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 3.Bası, İstanbul 2000.

Kumaraswamy M.M./Zhang X.Q :"Govermental Role in BOT-led Infrastructure Development", International Journal Project Management, 19/2001.

Kuntalp Erden :Ard Arda Teslimli Satım Akdi, Ankara 1968, (Kuntalp I).

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

Kuntalp Erden :Sonuca Katılmalı Ödünç Sözleşmesi (Kavram ve Hukuki Niteliği),Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Yayın No.109, Ankara 1980, (Kuntalp III).

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

Kuntalp Erden "Uluslararası Tahkim" , Tartışma Metni (1), 1.Enerji Enerji Sektörüne Özel Sektörün Katılımı, Yeniden Yapılanma ve İlgili Yasal Düzenlemeler Komisyonu, Ankara 1998, (Kuntalp VI).

Kuntalp Erden "Finansal Kiralama Sözleşme Tipinin Özellikleri ve Bu Özellikler Açısından FKK.m.25/1'in Değerlendirilmesi (Finansal Kiralama Konusu Malın Teminat İşlevi)", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2002, (Kuntalp VII).

Kuntalp Erden :"Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi" , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, (Kuntalp V).

Kutlu Meltem :İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir 1997

Levy David A :"Public and Public Procurement: A Conceptual Framework", (Cite as: 7 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 95), Indiana International & Comparative Law Rewiev, 1996, (Levy I).

Levy David A :"BOT and Public Procurement; A Conceptual Framework", (Cite as; 7 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 95), Indiana International & Comparative Law Review, 1999, (Levy II).

Mauel John G. :"Common Contractural Risk Allocations in International Power Projects", (Cite as: 1996

Colum.Bus.L.Rev.37), Columbia Business Law Review, 1996.

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

Nassar Nagla :"Project Finance, Public Utulities, and Public Concerns; A Practitioner's Perspective", The Weimar Symposium of October 1998, The Competition Law of Deregulation Essays II.Looking Beyond National Boundaries, Fordham International Law Journal 2000.

Oğuzman M. Kemal/ Öz M. Turgut :Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 4.Bası, İstanbul 2005.

Oktay Saibe :İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İHFM, C.LV, S.1-2, Y.1995-1996, İstanbul 1996.

Olgaç Senai :İstısna Akdi, Ankara 1977.

Öz M.Turgut :İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

Özay İl Han :"Ortak Yararlı İşletme Ya Da Nam-ı Diğer Müşterek Emanet", İHFM, C.LIV, 1994, (Özay I).

Özay İl Han :Gün Işığında Yönetim, İstanbul 1996.(Özay II).

Özay İl Han :"Yap-İşlet-Devret ve Yarattığı Sorunlarla Çözüm Önerileri", Prof. Dr Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, (Özay III).

Özyörük Sezer :İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371.Maddesine Göre Feshin Sonuçları, 1988.

Pedamon Catherine :"How Is Convergence Best Achieved in International Project Finance ?(Cite as; 24 Fordham Int'l L.J. 1272) "Fordham International Law Journal, Nisan 2001.

Pedrazzini M.M. :Schweizerrisches Privatrecht VII/I, Basel-Stuttgart 1977.

Pirler Orhan :"Yerel Yönetimler ve Yap-İşlet-Devret Modeli", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C.4, S.1, Ankara , Ocak 1995.

Polatkan Vahit :Yap-İşlet-Devret, Ankara-1997, (Polatkan I).

Polatkan Vahit :"YİD Modelinde İhtiyat Sözleşmelerinin Kurulması Aşamasında Danıştay İncelenmesi", Yaklaşım Dergisi, Y. 7 S. 73 Ocak 1999, (Polatkan II).

Polatkan Vahit :Polatkan Vahit, Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, (Polatkan III).

Pur Hüseyin Perviz :"Özelleştirmede Yap İşlet Devret (YİD) ve Yap İşlet (Yİ) Modelleri", Vergici ve Muhasebeci İle Diyalog Dergisi, C.13, S.1, İstanbul 1998.

Ranasinghe Malik :"Private Sector Participation in ,Infrastructure Projects:A Methodology to Analyse Viability of BOT" Construction Management and Economics, S.17, 1999.

Şahin Bahri :"Alternatif Enerji Santrallerinin Yapımında Yap-İşlet-Devret Modelinin Mukayeseli Ekonomik Etüdü", Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi Türkiye 7.Enerji Kongresi, 2000'li Yıllara Doğru Enerji Beklentileri Düşünceleri, C.I, Enerji Politikaları ve Planlama, Ankara 3-8 Kasım 1997

Seliçi Özer :Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, (Seliçi I).

Seliçi Özer :İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, (Seliçi II).

Selimoğlu Y. Engin :"Eser Sözleşmesi ve Kavramlar", Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayını, Ankara 1999.

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

Serozan Rona :Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975.

Sevil Güven/Başar Mehmet :"Yap İşlet Devret Modelinde Karşılaşılan Riskler ve Finansal Riskin Önlenmesinde Swap

Tekniğinin Kullanımı", Dış Ticaret Dergisi, Ankara 4-14 Temmuz 1999.

Shen Liyin/ Lee Rowson K.H./ Zhang Zhihui :"Application Of BOT System For Infrastructure Projects In China", Journal of Construction Engineering and Management, Aralık 1996.

Sirmen Lale :"Sözleşme Hukuku Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19.6.1996, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1996.

Sozzi J. Christopher :"Project Finance and Facilitating Telecommunications Infrastructure, Develeopment in Newly–Industrializing Countries", Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, Ağustos 1996.

Stelwagon William M. :"Financing Private Energy Projects in The Third World", (Cite as; 37 Cath.Law.45), Catholic Lawyer, 1996.

Stewart-Smith Martin :"Private Financing and Infrastructure Provision in Emerging Markets", Law and Policy in International Business, 1995.

Sungurbey İsmet :"Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin

Ölümüyle Sona Ermesi", Medeni Hukuk Sorunları Dergisi, C.4, İstanbul 1980, (Sungurbey I).

Sungurbey İsmet :"Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir", Yasa Dergisi, Şubat 1982, (Sungurbey II).

Tan Turgut :"Kamu Hizmeti İmtiyazından Yap-İşlet-Devret Modeline", AÜSBF Dergisi, C.47, S.3-4, Haziran 1992, (Tan I).

Tan Turgut :"İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19.6.1996, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, (Tan II).

Tandoğan Haluk Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, (Tandoğan I).

Tandoğan Haluk :"Arsa Üzerine İnşaat Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine

Görüşler" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XI, S.1, Haziran 1981, (Tandoğan II).

Tandoğan Haluk :Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, 4.Bası, C.I/1, Ankara 1985, (Tandoğan III).

Tandoğan Haluk :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/2, Ankara 1985, (Tandoğan IV).

Tandoğan Haluk :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara-1987, (Tandoğan V).

Taylor B.Antony :"Build-Operate-Transfer; Evaluating Efficency During the Operation Phase", Cost Engineering; 40,6; ABI/INFORM Global, Haziran 1998.

Tekeli Mine :"Yap-İşlet-Devret Modelinin Ekonomik Yararlılığı", Muhasebe İşletme ve Finans Dergisi, Y.3, Özel S. 31-32, Eylül-Kasım 1988.

Tekinay Sulhi/ Akman Sermet/ Burcuoğlu Halûk/ Altop Atillâ :Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993

Teoman Nebiye :Satım İçin Bırakma Sözleşmesi, Konsinye Satım, Ankara 1989.

Tercier Pierre :Les contrats speciaux, 2.Bası, Zürih-1995.

Tiong Robert L.K. :"Risk and Guarantees in BOT Tender", Journal of Construction Engineering and Management,

Haziran 1995, (Tiong I).

Tiong Robert L.K. :"Impact of Financial Package Versus Technical Solution in a BOT Tender", Journal of Construction Engineering and Management, Eylül 1995, (Tiong II).

Tiong Robert L.K. :"Competitive Advantage of Equity in BOT Tender", Journal of Construction Engineering and Management, Eylül 1995 (Tiong III).

Tiong Robert L.K. :"CSFs In Competitive Tendering and Negotiation Model For BOT Projects", Journal of Construction Engineering and Management, Eylül 1996, (Tiong IV).

Tion, Robert L.K. :"Final Negotiation in Competitive BOT Tender", Journal of Construction Engineering and Management, Mart 1997, (Tiong V).

Tunçomağ Kenan :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1974.

Uluatam Özhan :"Yap-İşlet-Devret Modeli Üzerine Düşünceler", İşveren Dergisi, C.27, S.5, Şubat 1989.

Uludağ Ramazan :Türkiye'de Yabancı Sermaye Uygulaması, Ankara 1991.

Ünal Mehmet Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara 1988.

Uygur Turgut :Açıklamalı –İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.3, C.7, Ankara 2003

Varlıer Oktay :"Yap-İşlet-Devret Modelinin Türk Ekonomisindeki Önemi", Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19.6.1996, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1996, (Varlıer I).

Varlıer Oktay :"Yap-İşlet-Devret Modeli ve Uluslararası Tahkim", Görüş Dergisi, Eylül 1999, (Varlıer II).

Von Thur Andreas :Borçlar Hukuku, C.II, İstanbul 1953

Wallace Don Jr. :"Unicitral Draft Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure; Achievement and Prospects", (Cite as; 8 Tul. J. Int'l & Comp. L. 283) Tulane Journal of International and Comparative Law, Spring 2000, (Wallace I).

Wallace Don Jr. :"Host Country Legislation, A Necessary Condition?", (Cite as; 24 Fordham Int'l l.j. 1396), Fordham International Law Journal, April 2001, (Wallace II).

Wang S. Q./Tiong L.K :"Case Study of Goverment Initiatives for PRC's BOT Power Plant Project", International Journal of Project Management, 18/2000.

Wang Shou Qing/ Tiong Robert L.K./ Ting Seng Kiong/ Ashley David	:"Political Risks; Analysis of Key Contract Clauses in China's BOT Project", Journal of Construction Engineering and Management, Mayıs-Haziran 1999, (Wang/Tiong/Ting/Ashley I).
Wang Shou Qing/ Tiong Robert L.K./ Ting Seng Kiong/ Ashley David	:"Evaluation And Management of Political Risks In Chına's BOT Projects", Journal of Construction Engineering and Management, Mayıs-Haziran 2000, (Wang/Tiong/Ting/Ashley II).
Wolfs Maarten/ Woodroffe Shane	:"Structuring and Financing International BOO/BOT Desalination Projects", Elsevier Desalination 142- 2002.
Yalçınduran Türker	:Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000
Yavuz Cevdet	:Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4.Bası, İstanbul 1996
Yavuz Nihat	:"Kira Sözleşmesinde Kiralayanın Kiralananın Bozukluklarından Dolayı Sorumluluğu I", Yargıtay Dergisi, C.8, S.1-2, 1982.
Yerlikaya Gökhan Kürşat	:Yap-İşlet-Devret Modeli Hukuki Mahiyeti ve Vergilendirilmesi, Ankara 2002.
Yılmaz Osman	:Yap-İşlet-Devret ve Türkiye Uygulaması Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı, Nisan 1999

Zabunoğlu Yahya :Yap-İşlet-Devret (YİD) Modeli Konusunda Yasal Düzenleme Örnekleri ve Yargı Kararları Işığında Yeni Bir Düzenleme Modeli, Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Öneriler Sempozyumu, 19.6.1996, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1996.

Zevkliler Aydın :Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri 8. Bası, Ankara 2004.

:World Development Report, 1994, Infrastructure For Development, The World Bank, New York, 1994.

TEZ ÖZETİ

Bu tezde, yap,işlet-devret (YİD) modelinin, Türk özel hukuku açısından incelenmesi ve modelin hukuki niteliği ile hükümlerinin tespiti amaçlanmıştır.

Tezin ilk bölümünde, ekonomik ve hukuki gelişim süreci ortaya konulduktan sonra, YİD'in tanımı ve unsurları üzerinde durulmuştur. Modelin adından da anlaşılan, eser inşası (yap) ve işletme hakkı (işlet) unsurları ile finansman unsuru ele alınarak yapılan bir inceleme ile YİD'in ana yapısı tespit edilmiş ve bu yapı içinde risk paylaşımının önemi vurgulanmıştır.

İkinci bölümde, YİD'in hukuki niteliği incelenmiş ve öncelikle bu hukuki ilişkinin tarafları olarak yatırım sahibi ve yatırımcı tanıtılmıştır. Bunun ardından, modelin, finansman amacına yönelik, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu tespiti yapılmıştır. Bu tespite dayalı olarak tipolojik incelemeye geçilmiş ve tipik bir sözleşme veya tipik sözleşme türevi olup olmadığı, ya da bileşik veya karışık muhtevalı bir sözleşme olup olmadığı tartışıldıktan sonra, YİD'in sui generis bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, bu sui generis sözleşmenin sürekli bir borç ilişkisi yaratıyor olmasına da işaret edilerek, bu özelliği ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, YİD sözleşmesinde uygulanacak hükümlerin ve şekil zorunluluğunun bulunmadığının tespiti yapıldıktan sonra, tarafların borçları ele alınmıştır. Yatırımcının, başta finansman temini, eser inşası, devir borçları olmak üzere, sadakat, özen, malzeme temini, genel ihbar, taşeron da kullanmak suretiyle işi ifa, işe zamanında başlama ve devam etme, inşaatın tamamlandığını ihbar, ayıba

karşı tekeffül, bakım onarım ve diğer borçları incelenmiştir. Yatırım sahibin borçları ise, yatırım arazisinin teslimi, işletme hakkı tanımak, yatırımcıyı engellemekten kaçınmak, zapta karşı tekeffül, vergileri ödemek olarak belirlenmiştir.

Dördüncü bölümde, YİD sözleşmesinin sona ermesi incelenmiş olup, sürenin bitmesi ve kusursuz imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi ele alındıktan sonra, sözleşmenin feshi üzerinde durulmuştur. Ayrıca, karz, istisna ve hasılat kirası gibi tipik sözleşmelerin sona erme hükümlerinin YİD sözleşmesine uygulanabilirliği tartışılmıştır.

THESIS SUMMARY

In this study, the examination of the Build-Operate-Tansfer (BOT) model from the standpoint of Turkish Private Law, and the elucidation of the model's nature and its provisions has been aimed at.

In the first section of the Thesis, following the presentation of BOT's economic and legal development, its definition and constituents have been discussed. Next, the main structure of BOT has been set out through an analysis of the construction (build), operational right (operate) and financing elements, and the significance of risk distribution within this structure has been emphasized.

In the second section, the legal nature of BOT has been analyzed and the owner of the investment and the entrepreneur who are the parties to this contractual relationship have been presented. Subsequently, it has been underlined that this model is a contract which obligates both parties and which aims at the acquisition of finance. Based on this observation, a typological analysis has been carried out, and following a discussion as to whether BOT is a typical contract or a variation thereof or a contract with a compound or a complex content, it has been concluded that BOT is a sui generis agreement. Furthermore, the fact that this sui generis contract generates a continuous obligation relationship has been underlined and this feature has been dealt with.

In section three, the fact that there did not exist a mandate relating to the provisions and the forms to be applied in a BOT contract has been pointed out, following which

the obligations of the parties have been detailed. The obligations of the investor such as financing, the construction of the job, tranfer obligations; allegience, care, the procurement of materials, general notification, the fulfillment of the job (sometimes by using a subcontractor), prompt commencement to the job, continuation of the job, notification of the completion of the construction, warranty, maintenance and other obligations have been examined. The obligations of the investment owner have been set out as the delivery of the investment land, *acknowledging* the operational right, avoding interfering with the investor, warranty against seizure, and paying the taxes.

In section four, the termination of BOT contract has been dealt with. The termination of the contract due to expiration of period and absolute has been analyzed and the abolition of the contract has been studied. Furthermore, the applicability of provisions which lead to the termination of typical contracts such as loan of money, a contract for work and labour, usufractuary lease to BOT contract has been discussed.