



Pandemi Nedeniyle Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin de Uyarlanması Gerekmez mi?

Adaptation of the Build–Operate–Transfer Contracts During the Covid-19 Pandemic

Turgut Tan*

Öz

Otoyol, havalimanı, köprü ve benzeri altyapı yatırımlarının gerçekleştirilmesinde son yıllarda sıkça “yap-ışlet-devret” ve “kamu özel işbirliği” olarak isimlendirilen yöntemlere başvurulduğu gözlenmektedir. Ancak, yatırımcılara verilen araç ve yolcu garantileri kamuoyunda eleştirilere yol açmaktadır. Yatırım kararlarındaki yanlışlıklar nedeniyle, olağan dönemde bile, garantilere ulaşılamadığı için, geçmeyen araçların, uçmayan yolcuların ücreti Hazinece ödenmektedir.

COVID-19 nedeniyle alınan seyahat ve sokağa çıkma yasakları gibi nedenlerle, otoyol ve havalimanlarını kullanan araç ve yolcu sayılarında ciddi düşüşler meydana gelmiş; bu nedenle idarenin yükü daha da ağırlaşmıştır. Örneğin, Zafer Havalimanı için verilen yolcu garantisi 2021 yılı için 1.317.733 iken, aynı yılın ilk altı ayında havalimanını kullanan yolcu sayısı 1164 olmuştur. Bazı yatırımlarda da kullanan sayısını arttırmak için ücret düşük tutulmakta, aradaki fark “katkı payı” adı altında idare tarafından yatırımcıya ödenmektedir.

Yap-ışlet-devret sözleşmeleri aslında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmakla beraber, Anayasa’nın 47. maddesindeki değişikliklerle bunların özel hukuk sözleşmesi olarak yapılması sağlanmıştır. İmtiyaz sözleşmelerinde kar-zarar ve riski özel hukuk kişinin üstlenmesine karşın, yapılan özel hukuk sözleşmelerde verilen garantiler dolayısıyla riski de idare üstlenmiş olmaktadır.

Mevzuatımızda salgın hastalık mücbir sebep sayılacak durumlar arasında yer almaktadır. COVID-19 da bu niteliktedir. Dolayısıyla, COVID-19 önlemleri dolayısıyla sözleşmelerin bozulan mali dengesinin yeniden sağlanması amacıyla, idarenin artan yükümlülüğünün taraflar arasında en azından eşit olarak paylaşılması gerekir. Sözleşme süresi uzatılan yatırımcının payına düşen daha fazla da olabilir.

Anahtar Kelimeler

Yap-ışlet-devret • Kamu hizmeti imtiyazı • Mücbir sebep • Salgın hastalık • Sözleşmenin uyumlaştırılması

Abstract

Build–operate–transfer contracts or public–private partnerships have recently emerged as common investment tools to fund infrastructure projects, such as airports, motorways, and bridges, and the health industry. Government user/passenger guarantees, however, have been subject to fierce public dispute. In the case of some projects, inaccurate demand projections have heavily burdened taxpayers. A sharp decline in the number of passengers and vehicles due to COVID-19 control measures for travel and quarantine requirements have increased the burden on the public. For example,

* Sorumlu Yazar: Turgut Tan (Prof. Dr.), Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.
E-posta: ttan@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0002-5308-3984

Atrf: Tan, Turgut. “Pandemi Nedeniyle Yap-İşlet-Devret Sözleşmelerinin de Uyarlanması Gerekmez mi?” (2021) 20 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 1. <https://doi.org/10.26650/ihid.20.001>



while the passenger guarantee given for Zafer Airport for 2021 was 1,317,733, the number of passengers in the first 6 months of 2021 has been only 1164. To increase the number of users, some of the investment prices are kept low. Further, if the number of passengers is below the guaranteed rate, the difference is paid to private actors as a contribution share.

Build–operate–transfer contracts were initially designed as public service concessions. The amendment to the Article 47 of the Constitution has provided that such investments and services can be performed by or delegated to persons or corporate bodies through private law contracts. In public service concessions, damages and risks along with profits are transferred from the public sector to the private sector, whereas in private law contracts, no such transfer is possible because of the government passenger guarantees.

In Turkish law, epidemics are accepted as a force majeure condition; the COVID-19 pandemic must be considered as one such event. Partners should equally share the increased liabilities of the public sector to restore the financial balance of the contracts. In such cases, extending the contract may even prove more profitable for investors.

Keywords

Build–operate–transfer • Public service concession • Force majeure • Epidemics/pandemics • Adaptation of the contract

Bilindiği gibi, yap-işlet-devret (YİD) sözleşmeleri, verilen araç ve yolcu garantileri nedeniyle kamuoyunda çok tartışılmaktadır. Pandemi döneminde, özellikle seyahat kısıtlamaları ve sokağa çıkma yasakları nedeniyle, köprü ve otoyollar ile hava alanlarını kullanan araç ve yolcu sayılarında ciddi düşüşler meydana gelmiştir. Geçmeyen araç ve uçmayan yolcunun bedelini ödemek durumunda olan Hazine'nin yükü de aynı oranda ağırlaşmıştır. Dolayısıyla, sözleşmelerin yeni koşullara uyarlanması gündeme gelmiştir. Nitekim, ana muhalefet partisi genel başkan yardımcısı, “*Kısıtlama döneminde salgın mücbir sebep sayılarak vatandaşın parasının boş kalan otoyol ve köprülere ödenmemesiyle ilgili bir düzenleme yapılacak mıdır?*” diye, haklı olarak sormaktadır¹.

Otoyollar, köprüler ve havalimanlarının yapımı ve işletilmesi kamu hizmetidir. Bu hizmetlerin asli yükümlüsü Karayolları Genel Müdürlüğü ve DHMİ (Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü)dir. Dolayısıyla, hizmetler doğrudan bu idarelerce yerine getirilmeyip, özel hukuk kişisi sermaye şirketlerine gördürüldüğünde, onlarla yapılan sözleşmeler idari sözleşme, hatta kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesidir. Anayasa Mahkemesi² ve Danıştay'ın kararları³ da bu yöndedir. Hatta, imtiyaz sözleşmesi uygulamasını sınırlandırmak amacıyla getirilmiş olan 4046 sayılı Yasa'nın 15. maddesi hükmü irdelendiğinde, bu kuruluşlar madde kapsamına girdiğinden, yaptıkları sözleşmelerin de imtiyaz sözleşmesi olduğu anlaşılmaktadır⁴.

Sözleşmeler özel hukuk sözleşmesine dönüştürüldü

Ancak, imtiyaz sözleşmesi uygulamasından ve Danıştay denetiminden kurtulmak isteyen siyasal iktidarlar, 80'li yılların başından itibaren, idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesine dönüştürme girişimlerini sürdürmüşlerdir. Önce “imtiyaz sözleşmesi”nden “görev sözleşmesi”ne, sonra “YİD sözleşmesi”ne ve sonra da “kamu özel işbirliği” (KÖİ) sözleşmesine geçildiğini görüyoruz⁵.

İdari sözleşmeyi özel hukuk sözleşmesine dönüştürmeye yönelik bu girişimlerin, yargı kararları ile önlenmeye çalışılması, örneğin Anayasa Mahkemesi'nin YİD yöntemini düzenleyen 3996 sayılı Yasa'nın yapılacak sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olacağına ilişkin hükmünü (m.5) iptal etmesi⁶ karşısında, radikal çözüm arayışları, nihayet 1999 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile son bulmuştur.

Söz konusu Anayasa değişiklikleri sırasında 47. maddeye “*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden*

¹ Ahmet Akın'ın açıklamaları, *Cumhuriyet Gazetesi* 20.7.2021.

² Anayasa Mahkemesi, 26.3.1997, E.1996/63-K.1997/40. RG;28.6.2001, sayı:24446.

³ Danıştay 10.D; 06.2.2002, E.1999/2407-K.2002/347; 13.D;28.12.2012, E.2012/2772.

⁴ Turgut Tan, *İdare Hukuku* (9. Bası, Turhan Kitabevi, 2020) 323; Danıştay 13.D; 28.12.2012, E.2012/2772.

⁵ Bu dönüşüm konusunda geniş bilgi için bkz. Tan (n 4) 327-334 ve 410-415.

⁶ Anayasa Mahkemesi, 09.12.1994, E.1994/43-K.1994/42-2. RG;24.01.1995, sayı:22181.

hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir” hükmü eklenmiştir. Yapılan değişiklikten sonra, YİD sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olduğunu öngören ve Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiş hüküm (m.5) yeniden getirilmiş; hatta 1999 öncesi yapılmış idari sözleşmeler de, geçici maddelerle ve üstelik idari sözleşmenin “hüküm ve şartları” da aynen korunarak, özel hukuk sözleşmesine dönüştürülmüşlerdir.

Anayasa’da bir başka değişiklik de 155. maddede yapılmış ve Danıştay’ın kamu hizmeti ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini “inceleme” görevi, “iki ay içinde düşüncesini bildirmek” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikte, inceleme sırasında Danıştay’ın sözleşme metninde hukuka aykırı gördüğü hususları, (örneğin, 1999 öncesi sözleşmeye konulan tahkim koşulu), sözleşme metninden çıkarmasının etkili olduğunu söyleyebiliriz.

Pandeminin (Covid 19) bu sözleşmelere etkisi değerlendirilirken, sözleşmelerin gerçek hukuki niteliklerinin, yani bir kamu hizmetinin özel hukuk kişisine gördürülmesini sağlayan, idari sözleşme oldukları gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Verilen garantiler ve risk dağılımı

İmtiyaz sözleşmelerinin belirgin özelliği, hizmetin görülmesi sırasında kar, zarar ve riskin sözleşmenin karşı tarafı olan özel hukuk kişisine ait olmasıdır. Yargı kararları da bunu açıkça kabul etmektedir⁷. Riskin işletmecide olduğu AB düzenlemelelerinde de kabul edilmektedir⁸.

Danıştay’a göre, “imtiyaz hukuku ve buna ilişkin yargı kararlarının yanı sıra 3996 sayılı Kanunun 6ncı maddesinde de, bu kanuna göre yapılacak işlerin finansmanından, işi alan sermaye şirketinin sorumlu olacağı kuralına yer verilmiştir. Bu durumda, söz edilen otoyol kesiminin yapımı ve işletilmesi süresince yüklenici firmalara ... boğaz köprüleri gelirlerinin finansman desteği olarak tahsis edilmesinin bu kurala aykırılık oluşturacağı açık bulunmaktadır”⁹.

Öte yandan, Danıştay incelediği imtiyaz sözleşmesi tasarısından bir hükmü¹⁰ çıkarırken, “bir imtiyaz sözleşmesinde yer almaması gereken hükümler mahiyetinde olduğu, esasen Görevli Şirketin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin imtiyazı

⁷ Danıştay 1.D;06.07.2006, E.2006/203-K.2006/719; Anayasa Mahkemesi, 9.12.1994, E.1994/43-K.1994/42-2. RG;24.01.1995, sayı:22181.

⁸ François Brennet, ‘Les nouvelles bases du droit des concessions’ (2016) (18) Actualité juridique de droit administratif 994.

⁹ Danıştay 1.D; E.1998/1267-K.1998/481 (100) Danıştay Dergisi 36.

¹⁰ Bu hükmü göre, idarenin sözleşmeyi tek taraflı fesih ve tesisleri devralma durumunda, idarenin yatırım döneminde sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten devir tarihine kadarki belgelendirilmiş masrafların %10 fazlasıyla; işletme döneminde de, yatırım bedelinin işletme süresine oranlanması suretiyle hesaplanan ve geçen işletme süresine isabet eden yatırım tutarının toplam yatırım tutarından düşüldükten sonra geriye kalan yatırım tutarının %10 fazlasıyla görevli şirkete ödenecektir.

yap-ışlet-devret çerçevesinde alırken, işi, fizibilitesine dayalı olarak yatırım ve iş-letme dönemlerinde kar ve riski yüklenmek suretiyle yerine getirmeyi taahhüt ettiği dikkate alınarak, sözleşmede yer alması uygun görülmeyerek Tasarıdan çıkarılmıştır” demektedir¹¹.

Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin, YİD sözleşmelerine işlerlik kazandırılabilmesi, “yatırımcıların projeyi üstlenmek konusunda isteksiz davranmalarına sebebiyet verebilecek muhtemel faktörlerin ve risklerin ortadan kaldırılması ile mümkündür” görüşünde olduğunu da belirtmek gerekir¹².

Son yıllarda kamuoyunda YİD sözleşmelerinde şirketlere verilmiş araç ve yolcu garantilerinin Hazine’ye yükü tartışılırken, çarpıcı örnek olarak, Zafer Havalimanı verilmektedir. Kütahya, Afyon, Uşak illerinin ortak havalimanı olan Zafer Havalimanı, 2012 yılında açıldı. Maliyeti 50 milyon Euro olan bu havalimanında, garanti edilen yolcu sayısı 2012 yılı için 850.000, 2021 yılı için ise 1.317.733 olarak belirlenmiştir. 2021 yılının ilk altı ayında giden-gelen yolcu sayısı 1164 (1103 iç hat, 61 dış hat yolcusu) olmuştur. 2020 yılının aynı döneminde bu sayı 9605 dir. 2020 yılında uçmayan yolcu için şirkete 6.738.000 Euro (yolcu başına iç hatlarda 2, dış hatlarda 10 Euro) ödenmiştir¹³.

Bir başka örnek YİD yöntemi ile yapılan ve 2016 yılında hizmete giren Ankara YHT Garı’dır. İlk iki yılda 2’şer milyon olan yolcu garantisi, sonraki yıllarda artarak devam etmekte, 2021 yılında ise bu sayı 8 milyon olmaktadır. 2021 yılının ilk beş ayında YHT Garı’nı kullanan yolcu sayısı ise 272.676 dir. Ancak, garanti edilen 8 milyon yolcu karşılığı şirkete 12 milyon dolar ödenecektir¹⁴. DDY’nın gelirinin bilet satış olmasına karşın, işleten şirketin, garanti edilen yolcu karşılığı elde ettiği gelir yanında, işlettiği otel, AVM ve otoparktan sağladığı gelirleri olduğu da dikkate alınmalıdır.

Öte yandan, Hazine’nin yükü tartışılırken üzerinde pek durulmayan, “katkı payı” ödemesi uygulaması vardır. 3996 sayılı Yasa’da 2008 yılında yapılan değişiklikle uygulanmaya başlanan katkı payı, “görevli şirketin ürettiği mal veya hizmetin bedeli, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesi mümkün olmayan yatırımlarla ilgili yapılacak görevlendirmelerde, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarları da dikkate alınarak belirlenen ve idare tarafından görevli şirkete tamamen veya kısmen yapılan ödemeyi” ifade etmektedir.

¹¹ Danıştay, 1.D; E.1996/85-K.1997/29.

¹² Anayasa Mahkemesi, 18.01.2018, E.2017/166-K.2018/8.RG;27.2.2018, sayı:30345.

¹³ Bugüne kadar yaklaşık 46 milyon Euro ödendiği ve ödemelerin 2044 yılına kadar devam edeceği açıklanmaktadır. Zonguldak Milletvekili Deniz Yavuzylmaz’ın açıklamaları, *Sözcü Gazetesi* 24.7.2021.

¹⁴ Recep Yılmaz, ‘Ankara Garı ve YHT Garı’ *Cumhuriyet Gazetesi* 22.7.2021.

Nitekim, Osmangazi Köprüsü'nden idarenin garanti ettiği araç geçiş ücreti (44.5 Dolar) çok yüksek olduğu için, geçişi teşvik etmek amacıyla, indirimli geçiş ücreti (15 Dolar+KDV) uygulanmakta; dolayısıyla araç başına yaklaşık 30 Dolar katkı payı ödenmektedir¹⁵. Dolayısıyla, Ulaştırma ve Altyapı Bakanının, 24.7.2021 tarihinde köprüden 64.406 araç geçtiği (garanti edilen 40.000 araç) müjdesini değerlendirirken, geçen ve geçmeyen araç başına idarenin ödemek durumunda olduğu 30 Dolar katkı payını araç sayısı ile çarpmayı unutmamak gerekir.

Planlı dönemde kamu yatırım önerileri, belirli ölçütlere göre seçilerek yatırım programları hazırlanırdı. Ancak, YİD yöntemi ile yapılan/yaptırılan, özellikle yukarıda örneklerini verdiğimiz altyapı yatırımlarında, objektif ölçütlerin uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Çeşitli illerde yapılan havalimanları bunun açık kanıtıdır. THY'de uzun yıllar yönetim kurulu başkanlığı yapmış H. Topçu'ya göre, *“ülkemizde maalesef büyük projelerin hem planlama süreçlerinde hem de bu projelerin eleştirilerinde, siyasi bakışların ve kaygıların teknik değerlendirmelerin önüne geçmesi ülkemiz açısından hüznün vericidir”*¹⁶.

Üstelik, bu projelerin eksik ve hatalı yapıldığı ve firmaların da nasıl olsa ihaleyi aldıktan sonra çözeriz mantığıyla teklif verdikleri; bunun sonucu olarak da, ihaleleri sözleşmelerde değişiklik yaptıracaklarına inanan firmaların kazandıkları ileri sürülmektedir¹⁷. Gerçekten de uygulama aşamasında sözleşme değişiklikleri dikkat çekmektedir¹⁸. Bu değişiklikler başlangıçta verilen gelir garantilerini de arttırmaktadır¹⁹.

Oysa, kamu özel işbirliği sözleşmelerinde, sözleşme süresi içerisinde yapılacak değişikliklerin esaslı değişiklik niteliğinde olmaması gerekmektedir²⁰.

Salgın hastalık (Covid-19) mücbir sebeptir

Sorun, pandemi (küresel salgın hastalık) sırasında seyahat yasakları ve diğer nedenlerle araç ve yolcu trafiğindeki aşırı düşüşün, esasen Hazine'ye ağır yük olan garanti ödemelerini daha da ağırlaştırmasından kaynaklanmaktadır. Salgın hastalık (Covid-19) yürürlükteki mevzuatımızda, yargı kararlarında ve yapılan sözleşmelerde mücbir sebep sayılmaktadır.

¹⁵ Uğur Emek, 'Osmangazi Köprüsü Rekor Kırıyor' *Karar Gazetesi* 01.08.2021.

¹⁶ Hamdi Topçu, 'Yerel'den 'Global'e THY'nin Yükseliş Dönemi (3. Bası, Remzi Kitabevi, 2019) 248.

¹⁷ Uğur Emek, 'Mega Projelerde Sözleşme Revizyonları' (<http://uemek.blogspot.com/2020/11/dunya-banks-verilerine-gore-turkiye.html>)

¹⁸ Örneğin, Kuzey Marmara Otoyolu Kurtköy-Akyazı projesi ile ilgili olarak 2016'da Karayolları Genel Müdürlüğü ile görevli şirket arasında imzalanan sözleşmede 2019 yılında "Mutabakatname No:2" ile garanti edilen araç sayısı artırılırken, işleme süresi de yedi yıl uzatılmıştır. Çiğdem Toker, 'Kuzey Marmara'da Neler Oluyor-2' *Sözcü Gazetesi* 11.6.2021.

¹⁹ Örneğin Kurtköy-Akyazı otoyolu projesinde yapılan sözleşme değişikliği ile başlangıçta verilen 1.9 milyar dolar gelir garantisini 5.8 milyar dolara çıkarmıştır. Uğur Emek, 'Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Sözleşmelerinde Değişiklikler' *Karar Gazetesi* 27.6.2021.

²⁰ Örneğin, ihale sürecinin başında belli olsaydı, ilk etapta değerlendirmeye alınanlardan farklı isteklilerin değerlendirmeye alınmasına veya ilk etapta kabul edilenden farklı bir teklifin kabul edilmesine neden olabilecek koşullar getiren değişikliklerin esaslı değişiklik olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, ilk imzalanan sözleşmede söz konusu olmayan şekilde sözleşmenin ekonomik dengesini yüklenici lehine değiştiren değişiklikler de esaslı değişiklik sayılmaktadır.

Örneğin, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda (m.10) “genel salgın hastalık” açıkça mücbir sebepler arasında sayılmaktadır²¹. 6428 sayılı Yasa'ya dayanılarak çıkarılan, Sağlık Bakanlığınca “Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği”nde (m.59/1-c), “genel salgın hastalık” mücbir sebep sayılacak durumlar arasındadır. 16.4.2020 tarihli ve 7244 sayılı “Yeni Koronavirüs (COVİD-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”²², getirdiği yeni düzenlemeler için, “Yeni koronavirüs (Covid-19) salgını kaynaklı zorlayıcı sebep” gerekçe olarak gösterilmektedir.

COVİD-19 salgınının kamu ihale sözleşmelerine etkisi konusunda çıkarılan 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'nde²³ de, salgın nedeniyle yüklenicilerin sözleşme konusu işin yerine getirilmesinde ortaya çıkan gecikmeler ve imkansızlıklar konusundaki başvurularını, belgelendirmek suretiyle, sözleşme tarafı idareye yapacaklarını; idarelerin bu başvurular konusunda Hazine ve Maliye Bakanlığının değerlendirmesini alacakları belirtildikten sonra; “*İdarelerce yapılan değerlendirme sonucunda, ortaya çıkan durumun yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinde engel nitelikte olması ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmesi şartlarının birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmesi üzerine süre uzatımı verilmesine veya sözleşmenin feshine karar verilebilecektir*” denilmektedir. Ancak, sözleşme değişikliği, güncelleme veya uyumlaştırma seçeneklerinden söz edilmemektedir.

6428 sayılı Yasa'da (m.4/9), “*Mücbir sebepler, olağanüstü haller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde, sözleşmenin anlaşılabilirliğini ve uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini artırmamak kaydıyla, Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Bu kapsamdaki sözleşme değişikliklerinde, sözleşme bedelinin artırılmaması kaydıyla kullanım bedeli veya hizmet bedeli artırılmak veya azaltılmak suretiyle değiştirilebilir.... Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü haller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağına anlaşılması halinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak, güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır*” hükmü yer almaktadır.

6428 sayılı Yasa'nın uygulama yönetmeliği, mücbir sebep durumlarının ortaya çıkması veya yüklenici ile idarenin karşılıklı anlaşması halinde, sözleşmenin sona

²¹ 4735 sayılı Yasa'ya göre mücbir sebep kavramına verilecek anlam ve mücbir sebep sayılan olayların kamu ihale sözleşmelerine etkisi konusunda bkz. Barış Özçelik, 'Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları' (2016) (123) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 303 vd.

²² RG;17.4.2020, sayı:31102.

²³ RG; 02.4.2020, sayı:31087.

endirilmesine ilişkin hususların, sözleşmede belirleneceğini (m.63/1); sözleşmenin feshi sebebiyle tesisin ve diğer sözleşmelerin devir alınmasına ilişkin hususlara da ihale dökümanında ve sözleşmede yer verileceğini de (m.64/4) öngörmektedir.

Yargı kararlarında da salgın hastalık mücbir sebep sayılmaktadır²⁴. Örneğin, Yargıtay’a göre, “sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı nedenlerdir”²⁵.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 211. maddesindeki “Fevkalade haller” deyiminden ne anlaşılması gerektiği konusunda görüşünü bildiren Danıştay’a göre, “...mevzuatımız bakımından, savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması gibi gerçekten ağır ve tehlikeli durumlara, 7269 sayılı Kanunda belirtildiği gibi, genel hayata etkisi ölçüsünde salgın hastalık, yer sarsıntısı, yangın, su baskını, yer kayması çığ ve benzeri büyük afetler olarak sınırlayabiliriz”²⁶.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yatırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Karar (m.26) uyarınca, mücbir sebep hallerinin ve bu hallerde uygulanacak hükümlerin uygulama sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekmele beraber, son yıllarda imzalanan YİD sözleşmelerinde mücbir sebebe ilişkin bir hükmün yer alıp almadığı, alıyorsa nasıl bir düzenleme getirildiği, sözleşmeler açıklanmadığı için kamuoyunca bilinmemektedir. Ancak, 90’lı yılların sonunda yapılmış ve Danıştay incelemesinden geçmiş bazı kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden örnek verebiliriz.

Örneğin, bu sözleşmelerden birinde, “Mücbir sebepler ve sonuçları” başlıklı maddede, “*bu sözleşme çerçevesinde bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için, olaydan etkilenen tarafın gerekli özen ve dikkati göstermiş ve önlemleri almış olmasına karşın önlenemeyecek, kaçınılamayacak veya giderilemeyecek olması ve bu durumun sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesini zaman ve/veya maliyet açısından önemli ölçüde veya tamamen olumsuz yönde etkilemesi gerekir.*

“Belirtilen bu genel esaslar çerçevesinde mücbir sebep sayılacak olaylar aşağıdaki hallerle sınırlı olmamak ve ulusal veya uluslararası kuruluşlarca belgelendirilmek koşuluyla şunlardır.

“a) Yer sarsıntısı, sel, fırtına, çığ, yıldırım gibi doğal afetler veya salgın hastalıklar nedeniyle yatırım ve/veya üretim faaliyetlerinin durması veya yavaşlaması”.

Aynı sözleşmede, “mücbir sebep olayları nedeniyle fesih” başlığı altında da,

²⁴ Yargıtay HGK; 27.6.2018, E.2017/90-K.2018/1259; Danıştay, 13.D; 09.7.2018, E.2016/3496-K.2018/2331. Kararlar için bkz. Nida Malbeği, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde “Sözleşmede Değişiklik” (ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak “Uyarılma”)* (On İki Levha Yayıncılık, 2020) 263, dipnot 236.

²⁵ Yargıtay 9.HD; 03.07.2018, E.2016/3450-K.2018/14618. Lexpera.

²⁶ Danıştay 3.D; 13.5.1976, E.1976/323-K.1976/336 (24) Danıştay Dergisi 74 vd.

“1) Taraflar, bir mücbir sebep olayının tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini mümkün olmayacak şekilde engellediği hususunda anlaşmaya vardıkları takdirde hemen;

2) Mücbir sebep olayının tesislerin yatırım veya inşaat faaliyetlerini veya enerji üretimini herhangi bir oniki aylık süre içerisinde kümülatif olarak ikiyüzyetmiş gün aksattığı takdirde, söz konusu sürenin bitiminden itibaren onbeş gün içinde;

3) Şirketçe bir mücbir sebep olayı nedeniyle 50.000.000 (elli milyon) ABD Dolarından fazla maliyet artışı ortaya çıktığı takdirde derhal;

Sözleşme feshedilir”.

“Bu durumlarda, Şirketçe fesih tarihine kadar yatırımlarda kullanılmış ancak tarife yolu ile geri alınmamış özsermaye Şirkete ödenecektir” hükmüne yer verilmektedir.

Gene bu dönemde yapılmış sözleşmelerde mücbir sebep nedeniyle idarenin uygulama sözleşmesi ve eklerini tek taraflı olarak feshetmesi ve tesisleri devralmasına ilişkin hükümler de yer almaktaydı.

Mücbir sebepten kaynaklanan ve YİD sözleşmelerinin ekonomisini²⁷ bozan önemli faktör, verilmiş olan yolcu ve araç garantileridir. Özellikle sokağa çıkma ve seyahat yasakları, sözleşmelerin tarafları arasında, baştaki ekonomik dengeyi, idare aleyhine bozmuştur. İşleten şirket garanti edilen sayı ile gerçekleşen arasındaki makasın açılmasından etkilenmezken, garanti veren idarenin yükü artmıştır. Üstelik, bu sözleşmelerdeki garantilerin Dolar üzerinden verildiği ve Türk Lirası’nın Dolar karşısında hızlı değer kaybı dikkate alınırsa, şirketlerin TL cinsinden kazancı artmaktadır.

Sözleşmelerde uyumlaştırma gereksinimi

Ana muhalefet partisi genel başkan yardımcısının da sorduğu gibi; Pandemi nedeniyle YİD sözleşmelerinin yeni koşullara göre uyumlaştırılması yoluna gidilmeyecek midir? İlgili bakan, geçiş ücretlerine yapılan zammı “güncelleme” olarak nitelerken, verilmiş garantilerde güncellemeden söz edilmediği gibi, bu dönemde şirketler lehine bazı ek kolaylıklar getirildiği de basına yansıyan haberlerden anlaşılmaktadır.

Örneğin, DHMİ’nin TAV’a işlettiği havalimanları için pandemi kaynaklı mücbir sebep gerekçesiyle, iki yıl kira ertelemesi ve iki yıl işletme süresi uzatımı olanağı tanıdığı, 16.2.2021 tarihinde şirket tarafından kamuoyu ile paylaşılmıştır. Öte yandan, Yavuz Sultan Selim Köprüsü’nün işletme süresinin altı yıl uzatıldığı ve bunun 4.8 Milyar dolar ek ödeme anlamına geldiği ifade edilmektedir²⁸. Aynı şekilde, İGA’ya

²⁷ Fransız hukukunda kullanılan bu kavram, “sözleşme ekonomisinin sarsılmasının sözleşmenin uyarlanmasını gerekli hale getirdiği, bu uyarılmanın da sözleşmenin baştaki ekonomisinin tekrar sağlanması suretiyle yapılacağı” anlamına gelmektedir. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020) 69.

²⁸ İbrahim Kahveci, ‘Bir Paket Çay’ Karar Gazetesi 02.8.2021.

(İstanbul Havalimanı İşletmecisi) iki yıl ek işletme süresi verildiği ve kira ödemelerinin de faiziyle birlikte 2024 yılına ertelendiği basında yer almaktadır²⁹. İGA'ya sağlanan olanak konusunda zamanın Ulaştırma Bakanının “batarlarsa batsınlar diyecek halimiz yok” dediği ileri sürülmektedir³⁰.

Öte yandan, araç garantisinin arttırılması ve işletme süresinin uzatılması şeklindeki uygulamaların da kamuya ek yük getirdiği ayrı bir eleştiri konusu olmaktadır³¹.

Bilindiği gibi, YİD sözleşmeleri ile şirketlere verilen araç ve yolcu garantilerine, pandemi yasakları öncesinde de ulaşılamadığı için, fark Hazine tarafından şirketlere ödeniyordu. Pandemi döneminde getirilen yasaklar sonucu bu ödemelerin Hazine'ye yükü daha da ağırlaşmıştır. Örneğin, 2020 yılı sonunda kırk günlük sokağa çıkma yasağı sonucu, Avrasya Tüneli, Yavuz Sultan Selim Köprüsü ve Osmangazi Köprüsü'nün Hazine'ye ek yükünün 90 milyon dolar olduğu; 29 Nisan-17 Mayıs arasında 17 günlük tam kapanma sırasında Yavuz Sultan Selim ve Osmangazi köprülerinin garanti bedelinin ise 313 milyon TL olduğu ifade edilmektedir³².

Pandemi nedeniyle getirilen sınırlamalar ve yasaklar nedeniyle, sözleşme ekonomisinde, mücbir sebepten kaynaklanan bozulmanın düzeltilmesi gerekmektedir. Sözleşmede değişiklik ve uyumun her zaman sözleşmenin zayıf tarafının korunmasına yönelik olacağını söylemek de gerçekçi değildir; zayıf olmayan taraf da gerektiğinde sözleşmede değişiklik ve uyarlama isteyebilmelidir³³.

Yukarıda verdiğimiz örneklerden de anlaşılacağı gibi, verdiği garantiler ve pandemi koşullarının yarattığı ağır yük nedeniyle, İdare de sözleşmede değişiklik ve uyum isteyebilmelidir. Bir başka deyişle, sözleşme kurulduğu sırada, adaletsiz de olsa, var olan denge, yeni koşullar çerçevesinde yenilenmelidir. Uyarlama ile zayıf taraf korunuyor olsa da, asıl amaç, sözleşmenin bozulan ekonomik dengesini yeniden sağlamaktır³⁴. Dolayısıyla, uyarlama ile sözleşmenin yapılması aşamasında var olduğu ileri sürülen risk paylaşımı dengesi, yeniden kurulmalı ve böylece sözleşme adaleti de sağlanmalıdır³⁵.

Kamu yararına fesih bir seçenek mi?

Son zamanlarda YİD sözleşmelerine yönelik eleştiriler arasında, özellikle muhalefet sözcülerinin, kamulaştırma ve devletleştirme gibi çözümlerden söz etmelerini, ne gerçekçi ne de hukuki bulmak olanaklıdır. YİD sözleşmeleri ile ilgili olarak, ne

²⁹ Serpil Yılmaz, 'Cumhurbaşkanlığı Ekonomi Sistemi' *Sözcü Gazetesi* 14.3.2021.

³⁰ Çiğdem Toker, 'Borç Öteleme' *Sözcü Gazetesi* 17.2.2021.

³¹ İbrahim Kahveci, 'Sökülün Paraları' *Karar Gazetesi* 28.6.2021.

³² CHP genel başkan yardımcısı Ahmet Akın'ın açıklamaları, *Cumhuriyet Gazetesi* 20.7.2021.

³³ Malbeleşti (n 24) 62.

³⁴ Baysal (n 27) 29 vd.

³⁵ Malbeleşti (n 24) 186.

yapılabilir sorusu, biri, bunların “gerçek hukuki niteliği” olan idari sözleşme, diğeri de “yasal nitelikleri” olan özel hukuk sözleşmesi olmak üzere iki farklı açıdan değerlendirilebilir.

YİD sözleşmelerinin gerçek hukuki nitelikleri açısından, yani idari sözleşme oldukları kabul edildiğinde, kamu yararı amacıyla idarenin süresinin bitiminden önce sözleşmeyi tek yanlı sona erdirmeye olanağı vardır³⁶. Fransız idare hukukunda öğreti ve içtihatlarla idarenin kamu yararı amacıyla sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edildiği³⁷ gibi; örneğin, Alman İdari Usul Kanunu (VwVfG) (&60) da “*İdare kamu yararına gelecek ağır zararların önlenmesi ya da bertaraf edilmesi amacıyla da sözleşmeyi feshedebilir*” hükmünü içermektedir³⁸.

Ancak, bu yola gidilmesi halinde, karşı tarafın zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu koşul da idareleri bu yola gitmekten alıkoyan en önemli nedenlerden biri olarak görünmektedir³⁹.

Örneğin, Fransa’da imtiyaz usulü ile işletilen otoyollardaki geçiş ücretlerinin çok yüksek olması ve işletici şirketlerin aşırı kar etmeleri nedeniyle, sözleşmelerin süresinden önce feshi gündeme gelmiş; bu yıl bir grup parlamenter tarafından hazırlanan rapora göre, erken fesih halinde, işletmeci şirketlere 40-50 milyar Euro ödenmesi gerekeceği sonucuna varılmıştır.

İtalya’da Cenova’da otoyol üzerindeki viyadüğün (Ponte Morandi) 2018 yılında çökmesi sonucu, 43 kişi hayatını kaybetmiş ve büyük maddi zarar meydana gelmiştir. Bu olay üzerine işletmeci şirketin imtiyazının geri alınması gündeme gelmiştir. Otoyolun bakımında kusurlu olduğu, olaydan önce şirkete ihtar edilmiş olsaydı, tazminat ödemeksizin sözleşme feshine gidilebilecekken, bu yapılmadığı için, imtiyazın sona erdirilmesi durumunda, 20 milyar Euro tazminat ödenmesi zorunda kalılabileceği sonucuna varılır, bildiğim kadarı ile vazgeçilmiştir.

Yakın tarihte, yukarıdaki örneklerle aynı olmamakla beraber, Atatürk Havalimanı örneği yaşanmıştır. İstanbul Havalimanının 6/4/2019 tarihinde faaliyete geçmesi ile

³⁶ Tan (n 4) 353.

³⁷ Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, (LGDJ, 1995) 184; Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, (Thémis, 2004) 440.

³⁸ Malbeleşti (n 24) 223.

³⁹ Türkiye Cumhuriyeti ile yabancı ülkeler arasında akdedilen yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin ikili anlaşmalarda şu tür hükümler yer almaktadır:

1. Yatırımlar; kamu yarar gözetilerek, ayrımcı olmayacak biçimde; anında, yeterli ve etkin tazminat ödenerek uygun hukuki usule göre yapılanlar hariç olmak üzere kamulaştırılmaz, devletleştirilemez veya doğrudan ya da dolaylı olarak benzer etkisi olan tedbirlere (bundan sonra kamulaştırma olarak anılacaktır) maruz bırakılamaz.

2. Tazminat, kamulaştırılan yatırımın kamulaştırma işleminin yapıldığı veya kamulaştırma işleminin kamuoyuna duyurulduğu tarihten önceki piyasa değerine eşit olur. Tazminat gecikme olmaksızın ödenir ve 8. Maddede belirtildiği gibi serbestçe transfer edilebilir.

3. Tazminat serbestçe çevrilebilen bir para birimi ile ödenir ve ödenmesinde gecikme olması durumunda uygun bir oranda faiz içerir”. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma RG:01.06.2021, sayı:31498.

beraber, Atatürk Havalimanının faaliyeti sona erdirilmiş ve 03/01/2021 tarihine kadar devam edecek kira sözleşmesinin erken sona erdirilmesi nedeniyle TAV'a, DHMİ tarafından 389 milyon Euro tazminat ödenmiştir.

Artan yükün adaletli paylaşımı gerekir

Bir başka çözüm yolu ise, sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduklarına ilişkin yasal nitelemeye de uygun olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesi uyarınca, yargıya gitmeye gerek kalmadan, tarafların anlaşarak uyarılama yoluna gitmeleridir. Bu şekilde, pandemiden kaynaklanan ağır yükü aralarında anlaşarak, adil biçimde paylaşabilirler.

Başta da belirttiğimiz gibi, YİD projelerinde verilen garantiler, uygulamadan kaynaklanan riski tümüyle idare üzerinde bırakmaktadır. Geçmeyen aracın, uçmayan yolcunun ücretini Hazine karşılamaktadır. Hatta, örneğin Osmangazi Köprüsü'nde, dolar ve ABD enflasyon endeksli belirlenen araç geçiş ücreti çok yüksek olduğundan, geçişleri teşvik için olsa gerek, geçiş ücretinde indirim yapılarak, aradaki fark <katkı payı> adı altında, geçen araçlar için de, idare tarafından üstlenilmiştir.

Pandemi dönemindeki sınırlamalar ve yasaklar nedeniyle, yukarıda verdiğimiz sayılardan da görüldüğü gibi, araç geçişleri ve yolcu trafiğinde çok ciddi düşüşler yaşanmıştır. Mücbir sebepten kaynaklanan bu durum, normal dönemdekine göre Hazine'nin yükünü çok ağırlaştırmaktadır. Bu döneme özgü olarak, bu ağır fatura, sözleşmenin tarafları arasında adil biçimde, en azından eşit olarak paylaşılabilir. Örneğin, yasakların olduğu dönemdeki geçen araç ve uçan yolcu sayıları ile bir önceki yılın aynı dönemindeki sayılar arasındaki farkın getirdiği yük taraflar arasında paylaşılabilir⁴⁰. Bu paylaşımında idarenin payına düşenin daha da az olabileceğini anlatmak için, en azından eşit olarak deyimini kullandım. Zira, bir yandan doların TL karşısındaki değer kazanmasına koşut olarak, dolar bazında belirlenen geçiş ücretlerinin yılda iki kez TL'ye çevrilmesi sonucu, şirketlerin gelirlerini Türk Lirası olarak arttırması (2020 Mayıs başı itibariyle dolar kurundaki on kuruşluk artışın KÖİ garantilerinde 14.3 milyar TL artışa yol açtığı hesaplanmaktadır)⁴¹; öte yandan da, pandemi sonrası, şirketlere kira erteleme ve işletme süresini uzatma gibi avantajlar sağlanması dik-kate alınarak, ek yükün paylaşımında devletin payı daha az olabilir.

Eylül 2021

⁴⁰ Örneğin, normal dönemde günlük 30.000 araç geçmiş (garanti edilen 40.000 araç) ise 10.000 araç bedelini idare karşılayacaktır. Pandemi yasakları dolayısıyla günlük araç sayısı 3.000'e düşmüş ise 37.000 araç için idare ödeme yapmak durumunda kalacak ve idarenin ödemesi gereken araç sayısı 10.000'den 37.000'e yükselecektir. Bu artışın kaynağı pandemi, yani mücbir sebep olduğuna göre, mücbir sebepten kaynaklanan bu artı yük (27.000 araç) iki taraf arasında paylaşılmalıdır.

⁴¹ Uğur Emek, 'Kurlardaki Değişmelerin KÖİ Projelerindeki Yükümlülükler Üzerindeki Olası Etkileri' (<http://uemek.blogspot.com>)

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

BİBLİYOGRAFYA/BIBLIOGRAPHY

Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması*, (4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2020).

Brennet F, 'Les nouvelles bases du droit des concessions' (2016) (18) *Actualité juridique de droit administratif* 992.

Emek U, 'Mega Projelerde Sözleşme Revizyonları' (<http://uemek.blogspot.com/2020/11/dunya-banks-verilerine-göre-türkiye.html>)

Emek U, 'Kurlardaki Değişmelerin KÖİ Projelerindeki Yükümlülükler Üzerindeki Olası Etkileri' (<http://uemek.blogspot.com>)

Emek U, 'Kamu Özel İşbirliği (KÖİ) Sözleşmelerinde Değişiklikler' *Karar Gazetesi* 27.6.2021.

Emek U, 'Osmancazi Köprüsü Rekor Kırıyor' *Karar Gazetesi* 01.08.2021.

Guettier C, *Droit des contrats administratifs*, (Thémis, 2004).

Kahveci İ, 'Sökülün Paraları', *Karar Gazetesi* 28.6.2021.

Kahveci İ, 'Bir Paket Çay', *Karar Gazetesi* 02.8.2021.

Malbeği N, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde "Sözleşmede Değişiklik" (ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak "Uyarlama")* (On İki Levha Yayıncılık, 2020).

Özçelik B, 'Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları' (2016) (123) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 303-324.

Tan T, *İdare Hukuku* (9. Bası, Turhan Kitabevi, 2020).

Toker Ç, 'Borç Öteleme' *Sözcü Gazetesi* 17.2.2021.

Toker Ç, 'Kuzey Marmara'da Neler Oluyor-2' *Sözcü Gazetesi* 11.6.2021.

Topçu H, *'Yerel'den 'Global'e THY'nin Yükseliş Dönemi* (3. Bası, Remzi Kitabevi, 2019).

Richer L, *Droit des contrats administratifs* (LGDJ, 1995).

Yılmaz S, 'Cumhurbaşkanlığı Ekonomi Sistemi' *Sözcü Gazetesi* 14.3.2021.

Yılmaz R, 'Ankara Garı ve YHT Garı' *Cumhuriyet Gazetesi* 22.7.2021.

Ahmet Akın'ın açıklamaları *Cumhuriyet Gazetesi* 20.7.2021.

Zonguldak Milletvekili Deniz Yavuzılmaz'ın açıklamaları *Sözcü Gazetesi* 24.7.2021.

