

Araştırma Makalesi

Doi: [10.5281/zenodo.5521372](https://doi.org/10.5281/zenodo.5521372).

Kamu Özel İşbirliğinde Kamu Taşınmazları Üzerinde Üst Hakkı

Esra Hansu¹, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi²

Başvuru Tarihi:09.05.2021

Kabul Tarihi: 10.08.2021

Yayın Tarihi:25.09.2021

ÖZET

Günümüzde, özellikle sağlık, eğitim, turizm yatırımlarının gerçekleştirilmesi; büyük çaplı alt yapı projelerinin uygulamaya konulmasının özel hukuk kişileri tarafından yapılması, bir özel hukuk kurumu olan üst hakkına kamu malı olan taşınmazlar üzerinde de başvurulmasına sebep olmuştur. Kamuya ait taşınmazlar üzerinde kurulan üst hakkının taşıdığı işlevsel önem sebebiyle bu durum kamu hukukuna ilişkin kaynaklarda da yer almıştır. Bu nedenle, makalemizde kamu hukuku kaynaklarında üst hakkını da kapsayan irtifak hakları ile ilgili getirilen düzenlemeler ve bunların Medeni Kanun'da ki üst hakkı hükümleriyle olan ilişkisi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Üst hakkı, kamu taşınmazı, kamu taşınmazlarında irtifak hakkı tesisi.

RIGHT OF BUILDING ABOVE PUBLIC LAND

ABSTRACT

The fact that the investments particularly in health, education and tourism are made and the large-scale infrastructure projects are implemented by private legal persons has led to the fact that the right of construction, which is a private law institution, is also resorted for the public properties. Due to the functional significance of the right of construction, which is established on public properties, this situation is also included in the sources on the public law. Therefore, our article will address the regulations imposed on rights of easement that also involves the right of construction in the resources on public law as well as their relationship with the provisions of right of construction in the Civil Code.

Keywords: Right of building, public land,

¹ esrahansu@gmail.com, İstanbul Ticaret Üniversitesi

² hhatemi@ticaret.edu.tr

Esra Hansu & Hüseyin Hatemi

1. Kamu Özel İşbirliği Nedir?

Kamu Özel İşbirliği'nin tanımına geçmeden önce bu kavramın tüm dünyada farklı isimlerle adlandırıldığını ifade etmemiz gerekir. Kamu özel işbirliği kavramı ülkelerde farklı isimlere kullanılmaktadır. Kamu özel işbirliğinin doğduğu yer olarak bilinen İngiltere'de "Özel Finansman Girişimi (PFI)" olarak adlandırılırken, ABD'de ve Avrupa ülkelerinde "Public Private Partnership (PPP)" olarak adlandırılmaktadır. Türkiye'de ise "Kamu Özel Sektör Ortaklığı", ve "Kamu Özel İşbirliği" adlandırmaları kullanılmaktadır. Çalışmamızda "Kamu Özel İşbirliği" ifadesi tercih edilmiştir. Bunun sebebi ortaklık ile işbirliği kavramının hukuki anlamda farklılık arz etmekte olması ve işbirliği kelimesinin ortaklık kelimesine oranla kavrama daha uygun düştüğünü düşünmemizden kaynaklanmaktadır. Bu konuda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Ortaklık kelimesini kullanılabileceğini ifade eden görüşlere göre; Kamunun ortaya arsa gibi çeşitli destekler koyması; bir kısım riskleri üstlenmesi ortaklık ifadesinin kullanılması için yeterlidir (Ünüvar, 2008). Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuki anlamda ortaklık ve işbirliği kavramları farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; Türk Ticaret Kanunu'nun 1531. maddesinde; " Bu Kanuna göre "ortaklık", "kollektif ortaklık", "komandit ortaklık", "anonim ortaklık", "sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık", "limited ortaklık" ve "kooperatif ortaklık" terimleri, sırasıyla "*şirket*"e, "*kollektif şirket*"e, "*komandit şirket*"e, "*anonim şirket*"e, "*sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket*"e, "*limited şirket*"e ve "*kooperatif şirket*"e eş anlamda kanuni terimlerdir ve bu terimler birbirleri yerine kullanılabilir." ifadesine yer verilmiştir. Bu madde incelendiğinde görülmektedir ki ortaklık terimi şirket olarak kullanılmıştır. Fakat kamu özel işbirliğinde taraflar arasında bir şirket kurulumu söz konusu değildir. Taraflar arasındaki ilişki bir sözleşme içerisinde yürütülmektedir ve bu sebeple tarafların iradelerinin birbirine uygun olması gerekmektedir. Ayrıca bu ilişkide taraflar alacaklı ve borçlu sıfatına sahiptir. Ortaklıkta ise alacaklı ve borçlu sıfatı olmadan iradeleri aynı amaca yönelen ve amaçları aynı olan birden fazla ortak söz konusudur. Bu sebeple yukarıda da belirttiğimiz üzere makalemizde kamu özel işbirliği ifadesi kullanılacaktır. Ülkemizde özel sektörün kamu hizmeti sunumuna katılımı yeni bir olgu olmamakla birlikte kamu özel işbirliği yöntemi, yaygın olarak son yıllarda özellikle sağlık sektöründe kendini göstermiştir. Kamu özel işbirliğinde risk paylaşımı esas alındığından devletin ve özel sektörün kamu hizmetindeki rolleri yeniden tanımlanmıştır. (Çakır, 2015) "1990'lardan bu yana özel sektörün kamu hizmetine katkısı başta enerji santralleri, otoyollar, tüneller, demiryolları, limanlar gibi büyük ölçekli sermaye yatırımlarını finanse etmek için söz konusu olmuştur. Ancak günümüzde Kamu Özel İşbirliği projeleri eğitim, sağlık, turizm, enerji, ulaştırma, bilgi teknolojileri, kentsel ve kırsal altyapı, kentsel hizmetler ile kamu idarelerinin altyapı ve yatırım hizmetlerini de içine alarak genişlemiştir³. Kamu Özel İşbirliğinin tanımı konusunda genel bir uzlaşma yoktur.⁴. Doktrindeki bazı tanımlara yer vermek gerekirse; Evren; "*Kamu özel işbirliğinin tanımının verilmesinin zor olduğunu bunun sebebinin ise kamu özel işbirliği başlığı altında birçok modelin yer aldığını, bu modellerin özelliklerinin farklılık gösterdiğini ve kavramın her ülke, her sektör ve hatta her proje tipi için tekrar tasarlanması gerekmesi birlikte bu modelin, hem bir sözleşme tipi, hem kamu finansman modeli, hem hazine garanti türü ve hem de bir tür özel sektör yatırım türü niteliğine sahip olmasından kaynaklanmakta olduğunu ifade etmiş, konuya ilişkin genel bir tanıma yer vermek gerekirse "Kamu-Özel İşbirliği, şemsiye niteliğinde bir üst kavram olan, kamu ile özel sektörün bir arada çalışmasına yönelik uygulamalardır."* demiştir. (Evren, 2016, s. 25) Uygun ise; "*KÖİ, Devletin sunması gerektiği kamu hizmetlerinin, yapım işlerinin bütçe yetersizliği nedeniyle yapılamamasının önüne geçmek amacıyla özel sektör ile kamunun birlikte çalışmasını sağlayan sistemdir.*" (Uygun, 2013) demiştir.

ADB tarafından hazırlanan KÖİ kitapçığında ise ; "KÖİ, kamu ve özel sektörlerin her birinin kendi yetkinliklerini öne çıkararak birbirlerini tamamlayacak bir şekilde bütünleştiği bir düzenlemeyi ifade ettiği, bu düzenlemenin taraflar arasında akdedilen uzun süreli sözleşmelerini gerekli kıldığı belirtilmiştir. Burada ki amaç yapılan proje kapsamında taraflar arasındaki risk, maliyet ve getirileri en uygun şekilde paylaşmak ve devletin vatandaşlara sunacağı kamu hizmetinin en iyi şekilde sunulmasını sağlamaktır. (ADB, Public-Private Partnership Operational Plan 2012-2020 , 2012, s. 10)

Doktrinde ki çoğunluk görüşü Kamu Özel İşbirliği kavramının bir çatı kavram olduğu yönünde olmasına rağmen farklı görüşlerde mevcuttur. Bir kısım görüş ülkemiz açısından KÖİ yönteminin böyle bir çatı kavram olarak nitelendirilebilmesi için tüm yöntemlerin uygulanabilmesine yönelik tek bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmakta olduğunu ancak bu tarz bir düzenlemenin olmadığını ifade etmiştir. (Çakır, 2015) Karahanoğulları KÖİ yöntemini "eksik imtiyaz" (Karahanoğulları, 2011, s. 183) olarak nitelendirmiş ve kamu hizmetinin gerçekleştirileceği altyapının özel sektör tarafından yapıldığını, kamu hizmetinin çekirdek kısmının devlette bırakıldığını diğer yan hizmetlerin ise özel sektör tarafından görüleceğini belirtmiştir.

Tarafımda da bu kavramın üst kavram olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Karahanoğulları ve Çakır'ın bu konudaki görüşüne katılmaktayım. Üst kavram olabilmesi için konuya ilişkin tek bir yasal düzenlemenin olması ve Türkiye'de tanımı yapılmış şimdiye kadar yapılan projelerde kullanılmış diğer sistemlerin genel hatlarının tamamının benzerlik göstermesi gerekmektedir. Fakat böyle bir şey mevcut değildir. Ayrıca KÖİ' de risk paylaşımının olması ve temel hizmetlerin devlette kalmasıyla birlikte yan hizmetlerin özel sektöre bırakılması bu kavramı diğerlerinden ayırmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında bir ilişkinin kamu özel işbirliği olarak adlandırılması için, ilk olarak; kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin planlanan projenin yapımı için bir kamu ortağı ile bir özel ortağın işbirliğini gerektiren uzun vadeli bir işbirliği ilişkisi gerekmekte, ikinci olarak; özel sektör tarafından, bazen çeşitli aktörler arasında yapılacak kompleks düzenlemeler ile projenin yapım bütçesinin finanse edilmesi gerekmekte son olarak ise; projenin farklı aşamalarında görev alacak danışmanların belirlenmesi son olarak ta; kamu ortağı ve özel ortak arasında projede belirlenen risk gruplarının dağılımının sağlanmasıdır. (Green Paper on Public Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions...)

2. Kamu Özel İşbirliğinde Kamu Taşınmazlarının Üzerinde Üst Hakkı Tesisi

Üst hakkı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği ve Kısıtlamaları" kısmında 726. ve 729. maddesinde, "Sınırlı Ayni Haklar" kısmının "İntifa Hakkı ve Diğer İrtifak Hakları" ayrımı içerisinde de 826-835. maddeler arasında düzenlenmiş olan bir irtifak hakkıdır. Kanun metninde üst hakkına ilişkin net bir tanım olmamakla birlikte nasıl bir hak olduğuna ilişkin bilgilere yer verilmiştir. Bu bilgiler ışığında üst hakkı; sahibine, başkasına ait bir arazinin üstünde veya altında inşaat yapma veya mevcut olan bir inşaatı (yapıyı) muhafaza ederek, ondan yararlanma yetkisini sağlayan aynı zamanda üst hakkı sahibine üst hakkına konu yapı üzerinde mülkiyet hakkı veren, istisnaları mevcut olmakla birlikte devri ve mirasçılara geçisi mümkün olan, kamu arazileri üzerinde de tesisi mümkün olan bir irtifak hakkıdır. Geçmişte her ne kadar idare hukukunda kamu taşınmazlarının üzerinde sınırlı ayni hak tesisinin mümkün olmadığı savunulsa da günümüzde ekonomik gelişmelerin finansal yetersizliği beraberinde getirmesi ile birlikte kamu taşınmazları üzerinde özel kişiler lehine irtifak hakkı tesisini zorunlu kılmıştır. Bu zorunluluk muhtelif bir çok kanun hükmünde de kendine yer bulmuştur.

Türk Medeni Kanunu'nun madde 999/1 "Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescilli gerekli bir ayni hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz" ibarelerine yer verilerek, kamu malları üzerinde kanunun izin verdiği durumlarda üst hakkı dahil diğer sınırlı ayni haklar kurulabileceğini ortaya koymuştur.

Yine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 74. maddesinde; "Kamu taşınmazları üzerinde sınırlı ayni haklar, (üst hakkı dahil) kurulabileceğine ilişkin " Tarihi ve bedii değeri olanlar hariç Hazinesinin özel mülkiyetindeki yerlerin satışı, kiraya verilmesi,

*trampası ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiraya verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi esasları Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir."*ibarelerine yer verilmiştir.

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinde "*Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesinin tamamı veya plânlarla belirlenmiş alt bölgeleri veya bir veya birden fazla parselleri, plân amaçlarına uygun olarak Bakanlıkça tahsis edilebilir. (Değişik ikinci cümle: 28/12/2006-5571/14 md.) Bölgenin tamamının veya alt bölgenin tek bir ana yatırımcıya tahsisi için yapılan başvuruların tamamı Cumhurbaşkanı tarafından değerlendirilerek seçilen yatırımcıya ön izin verilmesine ve ön izin koşullarına karar verilir. İşlemler, ön izin koşullarına göre Bakanlıkça yürütülür.Yatırımcının projelerinin Bakanlıkça uygun görülmesi halinde, yatırım belgesinin düzenlenmesini takiben, ön izin Bakanlıkça kesin izne dönüştürülür. Bu taşınmaz mallar üzerinde ana yatırımcı lehine bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil olmak üzere irtifak hakkı tesisi, Bakanlığın uygun görüşü üzerine, Maliye Bakanlığınca belirlenen koşullarla ve bu Bakanlık tarafından yapılır."*ibarelerine yer verilerek irtifak hakkı tesisi mümkün kılınmıştır.

Yine 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 3373 sayılı kanun ile değişik 17. m./3.f hükmüne göre Devlet ormanları için de kamunun yararlanması amacı ile tesisler kurulmasına ve işletilmesine öncelikle 49 yıllık ve sonrasında 99 yıla kadar uzatılması imkanıyla izin verilmiştir.

3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi belli amaç ve şartlar çerçevesinde DİK hükümlerine tabi olmadan kamu arazileri üzerinde üst hakkı kurulmasını mümkün kılmaktadır.

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş birliği Modeli İle Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında ; "*Bu kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir"* denilerek sağlık sektöründe yapılan bu işbirliğinde de kamu arazileri üzerinde üst hakkı tesisi mümkün kılınmıştır.

21 Temmuz 2017 tarihli 30130 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmış olan Kamu Taşınmazları Üzerinde Eğitim Ve Yurt Faaliyetleri İçin Üst Hakkı Tesis Edilmesine İlişkin Yönetmeliğin amaç başlıklı 1. maddesinde ; "*Bu Yönetmeliğin amacı, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflardan öğrencilere yönelik eğitim ve yurt temini faaliyeti bulunanlardan Gençlik ve Spor Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından müştereken belirlenen şartları sağlayanlar lehine, kuruluş amaçlarına uygun olarak kullanılmak üzere mülkiyeti Hazineye veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar üzerinde kırk dokuz yıl süre ile bedelsiz irtifak hakkı tesis edilmesi, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler üzerinde ise bunlar adına bedelsiz kullanma izni verilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir"* denmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere eğitim sektörü için yapılacak tesislerde hazine veya kamu kurumlarına ait taşınmazlar üzerinde üst hakkı kurulumuna imkan verilmiştir.

Son olarak geçmişte verilen bazı yargı kararlarındaki ifadelerde hukukumuzda, kamu malları üzerinde sınırlı ayni hakların kurulabileceğine imkan tanınmış olduğunu göstermiştir. Danıştay 3. Dairesinin 1974/109 E. 1974/134 K. sayılı dosyasında Ankara Belediyesine ait Gençlik Parkı içinde bulunan lunapark sahası üzerinde özel kişi lehine intifa tesisine ilişkin istenen görüş üzerine Danıştay, " Bu maddede (2490 sayılı Artırma, Eksilte ve İhale Kanununun 68. maddesi), belediyelerin mülkiyetinde bulunan gayrimenkuller üzerinde intifa hakkı tesis edilip edilemeyeceği hususunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber intifa hakkı, madde de sayılan işlemlerden nitelik itibariyle farklı olmadığı ve özellikle kiralama ile yakınlık ve benzerlik arzettiği cihetle,

belediyelerin kendilerine ait gayrimenkuller üzerinde intifa hakkı tesisine de yetkili olduklarını kabul etmek gerekir" şeklinde görüş açıklamıştır. (Gülan, 1999, s. 121)

3. SONUÇ

"İdare Hukuku'nun temel ilkelerinden olan "devir ve ferag edilemezlik" ilkesi kapsamında kamu malı satılamaz ve başkasına devredilemez. Tahsise aykırı ve kamu malını tehlikeye düşürecek her türlü alım satım takas gibi kamu malını kamu tüzel kişisini elinden çıkaracak ve dolayısıyla idarenin usulüne uygun iradesi dışında kamu malını tahsis gayesinden ayıracak her türlü muamele geçersiz olacaktır." (Gülan, 1999, s. 135) İdare hukukunda bu ilke kapsamında kamu malları üzerinde sınırlı ayni hakların kurulamayacağına ilişkin de incelemeler yapılmış ve bir ayni hak türü olan mülkiyetin özel hukuk kişilerine devrinin kural olarak mümkün olmamasının devir ve ferag edilemezlik ilkesinin sonucu olduğu bu sonuca bağlı olarak da diğer ayni hakların da kamu malı üzerinde tesisinin mümkün olamayacağı iddia edilmiştir. Ancak kamu özel işbirliğinin doğmasına sebep olan ülkedeki ekonomik gelişmeler, finans imkanlarının kısıtlı olması, özel hukuk kişilerinin kamu hizmetlerinin kuruluşunda ve görülüşünde aldığı rol sebebiyle bu kuralın istisnalarının oluşması gerektiği noktasında ortak bir görüş geliştirilmiştir.

Konuyla ilgili Fransız hukukunda yerleşmiş klasik görüşün etkisi olmuştur. (Gülan, 1999, s. 140) Bu görüşe göre kamu malı üzerinde ayni hakların tesis edilememesi kuralının iki istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki, özel yasal düzenlemelerle kuralın aksinin mümkün kılındığı durumların varlığının olması, ikincisi ise, yargı kararları ile belirlenmiştir. Bu yargı kararlarına göre önceden kamu malı olmayan malların üzerine tesis edilen sınırlı ayni hakların tahsisle bağdaşabilir olması durumunda sınırlı ayni hakın geçerliliğini sürdürebileceği şeklinde formüle edilmiştir.

Türk doktrini ise bu konuya ilişkin olarak esas olanın kamu malları üzerinde özel kişiler lehine irtifak hakkı tesisinin mümkün

KAYNAKÇA

- Asian Development Bank, Public-Private Partnership Operational Plan, (2012-2020)
- Çakır, H, M.(2015), Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, İstanbul.
- Evren, Ç.C. (2016) Kamu Özel İşbirlikleri, Ankara.
- Gürzumar, O, B.,(1998) Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap İşlet Devret Modeli Dahil, İstanbul.
- Güzelsarı, S., (2009), "Kamu Özel Ortaklıkları Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", Kamu Yönetimi Yapı İşleyiş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını.
- Gülan, A. (1999) Kamu Mallarının Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul.
- Karahanogulları, O (2011), "Kamu Hizmetleri Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz(Kamu Özel Ortaklığı)", Anadolu Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi.
- Uygun, B., (2013) Yeni Bir İlişki Türü : Kamu Özel Ortaklığı, www.ankarabarosu.org.tr.
- Ünüvar, R.(2008) İnternational PPP Platform Turkey Açılış Töreni Konuşma Metinleri, Ankara,
- Şirin, Z., E., (2017), TÜRKİYE'DE KAMU ÖZEL ORTAKLIĞI YÖNTEMİNİN HUKUKİ ALTYAPISI, Dergipark/ Maliye Araştırma Merkezi Konferansları.

