

İDARENİN SÖZLEŞMELERDE TEK TARAFLI DEĞİŞİKLİK YAPMA YETKİSİ

Yrd.Doç.Dr. Yasin SEZER*

GİRİŞ

Genel olarak sözleşme, birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden iki veya daha fazla kişiler arasında hukukî bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak için yapılan anlaşma olarak tanımlanmaktadır¹. Kural olarak sözleşmelerin kurulabilmesi için bir tarafın irade açıklaması yeterli olmayıp, birden fazla iradenin karşılıklı ve bir birine uygun olması gerekir. Özel hukuk kişileri arasında yapılacak sözleşmelerde taraflar, sözleşme yapıp yapmamak ya da sözleşmelerin hükümlerine tabi olmak hususunda eşitlik prensibi geçerlidir. Dolayısıyla, taraflardan birisi, tek taraflı iradesiyle, sözleşme ilişkisini değiştirmeye, karşı tarafın yükümlülüklerini artırmaya ya da sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yapmaya yönelik işlem yapamaz².

İdare, kamu hizmetlerini yürütülebilme için çeşitli mal veya hizmetlere ihtiyaç duymaktadır. Diğer taraftan, kamu hizmetlerine ilişkin etkinliklerin gün geçtikçe çeşitlenerek artması karşısında idarenin, görevlerinin tamamını kendi olanaklarıyla yerine getirmesi imkansız hale gelmiştir³. Ayrıca, halkın kamu hizmetlerinden yararlanabilmesi her zaman idarenin tek taraflı işlemiyle gerçekleşmeyebilir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için idare, tek taraflı işlemlerin yanında değişik nedenlerden dolayı, sözleşme yolunu da seçebilmektedir.

* Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

1 S. Sulhi TEKİNAY –Servet AKMAN-Haluk BURCUOĞLU-Atilla ALTOP, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s.65.

2 S. Sulhi TEKİNAY vd., s.78.

3 Bengt HALLMANS and Christer STENBERG, "Introduction to BOO", *Desalination*, Volume 123, Issue 2-3, 1999, p.109-114; Fransız idare hukukunda, sözleşme yöntemi ile karşılıklı görüşme olanakları araştırılmakta ve tek yanlı zorlayıcı işlemlerden uzaklaşıldığı için idarenin sözleşme yapma yoluna başvurma sebebi olarak bireysel ve ekonomik özgürlüğe saygı gösterilmektedir. Meltem KUTLU, *İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci*, İzmir, 1997, s.12.

İdarenin özel hukuk kişileriyle yapabileceği sözleşmeler “özel hukuk sözleşmeleri” ve “idari sözleşmeler” olmak üzere ikiye ayrılır. Özel hukuk sözleşmeleri, idarenin özel hukuk kurallarına göre yaptığı ve uygulamaya ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlendiği sözleşmelerdir. Oysa İdari sözleşmeler, idarenin tamamen idare hukuku kurallarına göre yaptığı ve çıkan uyuşmazlıkların da (tahkim şartı öngörülen imtiyaz sözleşmeleri hariç) idari yargıda çözümlendiği sözleşmelerdir⁴.

İdari sözleşmelerde, kamu yararının temsilcisi olması itibariyle idareye, özel hukuk sözleşmelerindeki eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan bazı ayrıcalıklar tanınmaktadır. İdarenin sahip olduğu ayrıcalık ve üstünlüklerin biri de sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisidir. idare, hem sözleşmenin tarafı olması sıfatıyla hem de sözleşmeye taraf olma sıfatının dışında – kolluk gibi- bir başka yetkisine dayanarak aldığı tedbirlerle sözleşmecinin yükümlülüğünü artırabilmektedir. Ancak, idarenin sözleşmenin tarafı olma sıfatının dışında bir başka yetkisine dayanarak aldığı tedbirlerin sözleşmelere ilişkin hukuki sonuçları bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu çalışmada idarenin sözleşmenin tarafı olma sıfatına dayanarak idari sözleşmelerde değişiklik yapabilme yetkisi incelenecektir. Konu, mevzuatımızdaki düzenleme biçimi, yargı içtihatları ve öğretilerdeki görüşler olarak üç bölüm halinde ele alınacaktır.

A. Mevzuatımızdaki Düzenleme Biçimi

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, Türk kamu ihale sistemine getirilen eleştirilerin başında “ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların zamanında ve uygun şartlarda karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlayacak, bütün kamu kurumlarını kapsayacak kapsamlı bir kanunun bulunmadığı⁵” gelmekte idi. Ancak yapılan son düzenlemelerle birlikte önceki kanunlar da halen yürürlükte. Dolayısıyla uygulayıcıların karşısında artık (özel kuruluş kanunları hariç) en az dört ayrı kanun bulunmaktadır. Bu sayı yap-işlet-devret modeli uygulamasında yediye çıkmaktadır⁶. Maalesef, yapılan düzenlemeler arasında uyum

⁴ Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj yayınları, Ankara, 2002, s.167; Lütfi DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1982, s.426 vd; Yıldızhan YAYLA, *İdare Hukuku*, 2.bası, Filiz kitabevi, İstanbul, 1985,s.31. Mukbil ÖZYÖRÜK, *İdare Hukuku- İdari Yargı-Ders notları*, (teksir) Ankara,1977.s.105.

⁵ Kamu İhale Kanunu Genel Gerekçesi, *Resmi Gazete*, 22.1.2002, S.24648.

⁶ Turgut TAN, “İdare Hukuku İlkeleri Açısından Yap-İşlet-Devret Modeli”, *Yap-İşlet-Devret Modelinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar Öneriler Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996, s.23.

sağlanamamıştır. Dolayısıyla, bu durum uygulamada daha fazla duraksamalara neden olacaktır. Çalışmanın giriş bölümünde konu idarenin idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisi ile sınırlandırılmış olmasına rağmen –konunun daha iyi anlaşılabilmesi için- mevzuat konusunda bir ayırım yapmadan idarenin taraf olduğu sözleşmelere ilişkin temel kanunlara değinilecektir.

• *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu*

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, özel hukuk kişileriyle yapacağı sözleşmelerde idareye belli şartlar altında sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisi vermektedir. Konu, kanunun 63.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmemiş iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin %30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür; %30 oranından fazla artış, temel, tünel ve benzeri işler ile tabii afetler gibi nedenlerden ileri gelmiş ise, idarenin isteği, müteahhidin kabulü ve ilgili bakanın onayı ile süre hariç, aynı sözleşme ve şartname hükümleri içinde %30’u geçen işler de aynı müteahhide yaptırılabilir*”.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin hükümleri artık uygulanmayacaktır. Fakat, Kanun Koyucunun konuya yaklaşımını ortaya koyabilmek için Devlet İhale Kanunu üzerinde biraz durmak istiyoruz.

Kanun Koyucu, 2886 sayılı kanunun 63.maddesinde idareye sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisi vermiştir. Ancak, bunu belli şartlara bağlamıştır. Öncelikli olarak, değişiklik zorunlu olmalıdır. Kanun Koyucu, zorunlu hallerde idarenin sözleşmelerde değişiklik yapabileceğini belirtmiş olmasına rağmen, hangi durumların zorunlu haller olduğunu belirtmemiş ve bu konuda idareye takdir yetkisi vermiştir. İdare, kamu yararı gördüğü hallerde böyle bir istekte bulunabilecektir. İkinci olarak, olağan durumlarda idarenin isteği keşif bedelinin %30’nu geçmemelidir⁷. Üçüncü olarak, idarenin bu isteği şartname ve sözleşme hükümleri çerçevesinde yerine getirilecektir. Bu düzenlemeden sözleşmecinin özellikle mali zararının idare tarafından karşılanması gerektiği sonucu çıkarılabilir.

Burada bir diğer önemli nokta da şudur: 2886 sayılı kanuna tabi sözleşmeler, yargı içtihatlarında kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi olarak

⁷ Dinçer GÖNEN- Hikmet İŞİK, *Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması*, Ankara, 1993, s.356.

kabul edilmektedirler⁸. Giriş bölümünde de belirtildiği üzere, özel hukuk sözleşmeleri, idarenin her hangi bir kişi gibi hareket ettiği, bazı kamusal üstünlük ve ayrıcalıklardan yararlanamadığı sözleşmelerdir⁹. Özel hukuk sözleşmeleri karşılıklı anlaşma esasına dayandığı için idare, tek taraflı irade beyanıyla karşı tarafın ödev yükümlülüklerini artıramaz. Teorik olarak, özel hukuk sözleşmelerinde idare ile sözleşmecinin eşit olarak sözleşmeye katıldığı kabul edilmesine rağmen, Kanun Koyucu bu düzenlemeyle idareye yine de bir ayrıcalık tanımıştır.

Devlet İhale Kanunu'na getirilen eleştirilerin başında günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veremediği, uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermede yetersiz kaldığı, AB hukukuna ve uluslararası ihale uygulamalarına paralellik göstermediği gelmektedir. Devlet İhale Kanunu'nun bu eksikliklerini gidermek amacıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu düzenlenmiştir. Kanun, 2.maddesinde belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalelerini kapsamaktadır. Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin hükümleri artık uygulanmayacaktır. Ancak, 4734 sayılı kanunda sözleşme değişiklikleri konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu alanda yine yeni bir düzenleme olan Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa bakmak gerekmektedir.

- *Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu*

Son dönemde idari sözleşmeler konusunda yapılan önemli düzenlemelerden biri de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'dur. Kanunun yapılış amacı, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektir. Kanunun "İlkeler" kenar başlıklı 4.maddesinde kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamayacağı ve ek sözleşme düzenlenemeyeceği; bu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu, belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Kanun Koyucu, özel hukuk sözleşmelerinde geçerli olan irade serbestisi ve sözleşmeci kişilerin eşitliği ilkesini aynen benimsemiştir. Kanun koyucunun bu ilkeyi benimsenmesinde öğretide ve yargı içtihatlarında Devlet İhale Kanununa tabi sözleşmelerin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi kabul edilmesinin de etkili olduğu söylenebilir.

⁸ Kemal GÖZLER, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa 2002, s.183.

⁹ GÜNDAY, s.166; YAYLA, s.119.

Diğer taraftan, Kanununun 15.maddesinde de bu ilkeye paralel bir düzenlemenin yapıldığını görüyoruz. Buna göre; sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla,

-işin yapılması veya teslim yeri,

-işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartlarında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir (m.15). Görüldüğü üzere, sözleşmelerde değişiklik yapılması tarafların anlaşması şartına bağlanmıştır. Kanunda, idarenin tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisi ya da sözleşmeciden ek talepte bulunabilmesi hususunda, 15.maddedeki düzenleme dışında, bir düzenleme yoktur. Diğer bir ifade ile, Kamu İhale Kanununun kapsamına giren sözleşmelerde (mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin sözleşmelerde) idare tek taraflı işlemlerle sözleşmede değişiklik yapamayacaktır. Fakat, belirtmek gerekir ki, idarenin imzaladığı sözleşmelerin çoğu (özellikle yapım işlerine ilişkin sözleşmeler) uzun süreli sözleşmelerdir. Değişen toplumsal koşullara göre, kamu hizmetinin sunulmuş biçiminin de değişime ayak uydurması gerekir. Ancak, toplumsal yaşamda sonradan çıkabilecek ihtimallerin tümünün önceden öngörülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, sözleşmeye idarenin karşı taraftan ek bir talepte bulunabileceği yönünde bir hüküm konulması yerinde olacaktır. Sözleşmede bu konuda bir hükmün bulunmaması durumunda idare sözleşmeciyile anlaşma yolunu araştıracaktır. Şayet sözleşmeci idarenin teklifini kabul etmez ise, idare sözleşmede tek taraflı değişiklik yapamayacaktır. Bu durumda idare, ya sözleşmeyi aynen sürdürecektir, ya da sözleşmenin devam ettirilmesi imkanı yoksa sözleşmeyi sona erdirecektir.

• *Yap-İşlet-Devret Modeli Mevzuatı*

Yap-işlet-devret modelinin uygulamasına ilişkin mevzuata bakıldığında da bu konuda farklı düzenlemelerin olduğu göze çarpmaktadır. 3996 Sayılı Bazı Yatırımların Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanununun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 16/30. maddesinde sözleşme değişikliklerinin nasıl yapılacağı hususlarının da uygulama sözleşmesinde yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Aynı kararın 40/c. maddesinde de "her iki tarafın mutabakatı ile yapılacak değişikliklerin finansmanı" için köprü kredi sağlanabileceğinden söz edilmektedir. Diğer taraftan, Karayolları Genel Müdürlüğü dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkındaki Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 56.maddesinde idarenin yatırım bedelinin %5'ini geçmemek kaydıyla

ilave işler isteyebileceği öngörülmüştür. Ancak uygulamada bu oranın üzerine çıkıldığı görülmektedir¹⁰.

- *Muhasebe-i Umumiye Kanunu*

1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 135.maddesinde inşaat işlerine ilişkin sözleşmelerde idareye %20'ye kadar ilave istekte bulunma yetkisi verilmiştir. Kanuna göre, "İnşaata müteallik bir mukavelenin tatbiki sırasında tadil zarureti hasıl olduğu ve binnetice imalat veya levazımın tezyit veya tenkisi icap ettiği takdirde müteahhit taahhüdün mecmuuna nazaran yüzde yirmi nispetindeki tadilatı aynı şerait dahilinde ifaya mecburdur. Bu takdirde yapılan fazla işin bedeli, ayrıca ilave ve noksanının bedeli tenzil olunur. Bu nispetler fevkında olan tadilat için usulü dairesinde yeniden mukavele akdolunmak" zorundadır(m.135). Görüldüğü üzere, Kanun Koyucu bazı şartlarda idareye sözleşmede tek taraflı değişiklik yaparak karşı taraftan ek talepte bulunma yetkisi vermiştir. İdarenin bu yetkiyi kullanabilmesi için,

- yapım işlerine ilişkin bir sözleşme olmalı,
- değişiklik yapılması zorunlu hale gelmeli
- yapılacak ilave talep sözleşme bedelinin %20'sini geçmemeli,
- %20'nin üzerindeki istekler için yeni bir sözleşme yapılmalıdır.

Ancak kanunda, sözleşme değişikliğini gerektiren zorunlu hallerin neler olduğu açıklanmamış, bu konuda idareye takdir yetkisi verilmiştir.

- *Menafî Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*

Kamu hizmetlerinin görülme usullerinden biri de imtiyaz usulüdür. Genel olarak imtiyaz, idarenin özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye ait olmak üzere özel kişi tarafından kurulması işletilmesi usulüdür¹¹. İmtiyaz usulüne ait temel kanun 1920 tarihli *Menafî Umumiyye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*'dur. Söz konusu kanun, kamu hizmeti imtiyazı tesis etme yetkisinin kime ait olduğu ve kimlerin imtiyaz alabileceği gibi hususları düzenlemektedir. Buna karşın, imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek taraflı bir değişiklik yapma yetkisi konusunda bir düzenleme içermemektedir.

¹⁰ Uygulama sözleşmelerinde idarenin isteyebileceği ilave işlerin oranı değişik biçimlerde düzenlenebilmektedir. Örneğin, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü ile İnşaat, Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. arasında,.....Hava Limanı Yeni Dışhatlar Terminal Tesisinin yapım, işletme ve devir ve teslimi işlerine ilişkin sözleşmede idarenin toplam maliyetin %20'sini aşmayacak şekilde ek taleplerde bulunabileceği kabul edilmiştir. Vahit POLATKAN, *Yap-İşlet-Devret*, Yaklaşım yayınları, Ankara, 1997, s.122.

¹¹ GÜNDAY, s.296.

Öğretide, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusunun kamu hizmetine ilişkin olduğu, süre yönünden uzun süreli olduğu, kamu hizmetinin bu süre içerisinde değişebilir olması gibi gerekçelerle idarenin tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapabileceği kabul edilmektedir¹².

Sonuç olarak, idarenin sözleşmelerde tek taraflı olarak değişiklik yapma ya da sözleşmeciden ek talepte bulunabilmesi konusunda mevzuatımızda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat, kamu ihaleleri alanında yapılan en son düzenleme Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun incelenmesinde de görüleceği üzere, yasama organı özel hukuktaki iradelerin uyuşması ve irade serbestisi ilkesine öncelik vererek idarenin tek taraflı olarak sözleşmelerde değişiklik yapmasına müsaade etmemiştir. Ancak, idarenin imzaladığı sözleşmelerin çoğu (özellikle yapım işlerine ilişkin sözleşmeler) uzun süreli sözleşmelerdir. Kamu hizmetinin sürekliliği ve değişebilirliği ilkelere, yürütülen faaliyetlerin sonradan ortaya çıkan koşullara uydurulmasını zorunlu kılar. Değişen toplumsal koşullara göre, kamu hizmetinin sunulduğu biçiminin de değişime ayak uydurması gerekir. Ancak, toplumsal yaşamda sonradan çıkabilecek ihtimallerin tümünün önceden öngörülmesi mümkün değildir. Sözleşme imzalanırken unutulmuş, öngörülemeyen ya da sonradan ortaya çıkan ve ilgili idari faaliyet için yapılması zorunlu olan ek gereksinimler ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda idarenin ek talepte bulunması kaçınılmaz olabilir. Ancak yapılan son düzenlemeler karşısında, Kamu İhale Kanununa tabi işlerde, idarenin tek taraflı değişiklik yapabilmesi mümkün değildir. Artık idarenin önünde iki seçenek vardır: Birincisi, idare imza aşamasında sözleşmeye konuya ilişkin bir hüküm koyabilir. İkinci olarak idare, (sözleşmeye baştan bir hüküm konulmadığı durumlarda) bu konudaki talebini sözleşmeciye iletir ve anlaşmaya çalışır. Ancak, ikinci seçeneğin idare açısından zor bir seçenek olduğunu düşünüyoruz. Zira, sözleşmecinin ek külfetleri kabul etmesi her zaman kolay olmayabilir. İdarenin talebinin sözleşmeci tarafından kabul edilmemesi durumda, idare, ya sözleşmeyi aynen devam ettirecektir, ya da sözleşmenin ettirilmesi imkanı yoksa sözleşmeyi sona erdirecektir. Kanaatimizce, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda öngörülen %30'luk gibi yüksek bir oranda olmasa da, örneğin %5 gibi bir oranda idareye tek taraflı ek talepte bulunabilme yetkisi tanınması daha isabetli olurdu.

Acaba bu kanunların kapsamı dışında kalan sözleşmelerde idarenin sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisi var mıdır? Bu konuda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, konuyla ilgili yargı içtihatları ve öğretideki yaklaşımların ortaya konulması yararlı olacaktır.

¹² *Yüzyıl Boyunca Damıstay*, Ankara, 1986, s.513-520.

B. Yargı Organlarının Yaklaşımı

İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklar konusunda yargı içtihatlarında görüş birliğinin olduğunu söylemek güçtür. Yargı organları, konuyla ilgili görüşlerini, daha çok, idarenin yaptığı sözleşmelerin hukuki rejiminin (özel hukuk sözleşmesi- idari sözleşme) belirlenmesine dair vermiş oldukları kararlarında açıklamaktadırlar.

Uyuşmazlık Mahkemesi, değişik zamanlarda verdiği kararlarında idari sözleşmelerde idarenin tek taraflı olarak sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, Bağ-Kur ile eczane arasında Bağ-Kur sigortalılarına indirimli ilaç satılması sözleşmenin sözleşmecinin kusurlu davranışı nedeniyle idare tarafından tek taraflı feshi dolayısıyla çıkan uyuşmazlığın görüleceği yargı düzeninin tespiti hakkındaki kararında idari sözleşmeyi şöyle tanımlamıştır. "İdari sözleşme, idarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptığı sözleşmelerdir. Bunlar, idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmeyi feshedebilir"¹³.

Uyuşmazlık Mahkemesi, Sosyal Sigortalar Kurumu ile tıbbi cihaz ve malzeme ticareti yapan şirket arasındaki tıbbi malzeme satılması konusundaki sözleşmenin feshine ilişkin işlemin iptali istemi ile açılan davanın görüleceği yargı yerinin tespitine ilişkin kararında¹⁴ da idari sözleşmeleri tanımlarken yukarıda zikredilen kararını yinelemiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında, idarenin idari sözleşmelerde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisinin olduğunu belirtmekle birlikte, idarenin sözleşmelerin hangi unsurlarında değişiklik yapabileceğine değinilmemektedir.

Danıştay'ın idari sözleşmelerle ilgili yakın zamana ait bazı kararlarında, kamu yararının temsilcisi olması itibarıyla idarenin özel hukuk sözleşmecisine nazaran bazı üstünlük ve ayrıcalıklara sahip olduğu belirtilmesine rağmen, bu üstünlük veya ayrıcalıkların neler olduğu açıklanmamaktadır. Dolayısıyla, idarenin sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapabilmesi konusunda bir değerlendirmede bulunulmamaktadır. Danıştay'a göre, "konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin bulunan ve idarenin diğer tarafa

¹³ Uyuşmazlık Mahkemesi, 8.7.1991, E.1991/15, K.1991/16, *Resmi Gazete*, 20.10.1991, S.21027, s.62.

¹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.12.1995, E.1995/60, K.1995/51, *Resmi Gazete*, 30.1.1996, S.22539, s.21. Uyuşmazlık Mahkemesinin aynı yönde bir başka kararı için bkz: Uyuşmazlık Mahkemesi, 18.11.1991, E.1991/41, K.1991/42, *Resmi Gazete*, 13.1.1991, S.21110, s.29.

nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren sözleşmeler¹⁵" idari sözleşmedir. "Özel sözleşmelerde idarenin durumu, gerçek ve tüzel kişilerden farklılık göstermemekte, ancak idari sözleşmelerde, taraflara tanınan olağan haklar dışında kamu gücünü kullanan idarelerin ayrıcalıklı üstün hak ve yetkileri bulunmaktadır. Bir sözleşmenin idari olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması(nı gerektirir)¹⁶. Buna karşın, Danıştay'ın eski tarihli bazı kararlarında idarenin sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma yetkisi bulunduğu belirtilmektedir¹⁷.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi¹⁸ ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir"¹⁹. Anayasa Mahkemesinin kararlarında, idarenin özel hukuk yetkilerini aşan ayrıcalık ve üstünlüklere sahip olduğunu belirtilmesine rağmen, söz konusu ayrıcalık ve üstünlüklerin neler olduğu konusu açıklığa kavuşturulmamıştır.

Türk Hukuk düzeninde, sözleşmelerin idari kararlarla değiştirilmesi konusunun yanında, yasa ile değiştirilip değiştirilmeyeceği konusu da tartışmalıdır. Sözleşmelerin yasa ile değiştirilmesi konusunda Anayasa mahkemesi farklı kararlar vermektedir. Mahkeme, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna ilişkin 1994 ve 1996 yıllarında verdiği iki ayrı kararda

15 Danıştay 12.D, 2.11.1976, E.1974/1958, K.1976/2141, *Danıştay Dergisi*, S.26-27,s.511. Ancak Danıştay'ın kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak özel hukuk sözleşmesi yapılabileceğine dair kararları da vardır. Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, E.1940/239, K.1940/290, *Danıştay Kararlar Dergisi*, S.14, s.52, nakleden Pertev BİLGİN, *İdari Sözleşmenin Kriterleri*, İstanbul,1970, s.89; Danıştay I.D, 26.4.1995, E.1995/49, K.1995/93 (Yayınlanmamıştır.).

16 Danıştay 10.D., 29.4.1993, E.1991/1, K.1993/1752, DD.s.88,s.465 .Ayrıca bakınız, Danıştay 8.D, 16.1.1985, E.1984/495, K.1985/46, DD., S.60-61,s.352. Danıştay I.D,24.9.1992 tarih ve E.1992/232, K.1992/294,DD, 87,s.33 vd.

17 Danıştay Dava Daireleri Umumi Heyeti, 5.12.1952, E.1952/320, K.1952/137 nakleden K.Yenice-Y.Esin, *İdari Yargılama Usulü*, 1983, s.114.

18 İdare Hukuku öğretisinde ve yargı içtihatlarında, bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için "konusunun kamu hizmetine ilişkin olması" şartı aranmaktadır. Ancak, 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı kanunla Anayasanın 47.maddesinde yapılan değişikliğe göre, "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı kanunla belirlenir". Bu durumda, kamu hizmetlerinin görülmesine ilişkin konularda da özel hukuk sözleşmeleri yapılabilecektir.

19 AYM (AYM), 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, RG, 24.1995, S.22181, Ayrıca bkz. AYM, 28.6.1995, E.1994/71, K.1995/23, RG, 20.3.1996, S.22586.

idarenin kişilerle yaptığı özel hukuk (kira ve işletme hakkı devri) sözleşmelerinin yasa ile değiştirilmesini Anayasaya aykırı görmemiştir.

Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK)'nun taşınmazında kiracı olan davacı, Kurum'ca belirlenen kira parasına itiraz ederek işyeri kirasının saptanması istemiyle açtığı davada ilk derece mahkemesi, 3917 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle 6570 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 5. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının "*Borçlar Kanunu ve 6570 sayılı Yasa hükümlerine uygun olarak yapılan sözleşmelerin Devletin tek taraflı irade ile bozmasının, Anayasada düzenlenen hukuk devleti ve sözleşme yapma hürriyetine*" aykırı bulunduğu yönündeki dâvacı savının ciddi olduğu kanısına vararak bu kuraların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Geçici 5.maddenin birinci fıkrasında, Sosyal Sigortalar Kurumu ile Esnaf ve Sanatkârlar ve Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumunun sahibi veya ortağı bulunduğu gayrimenkuller için 1.1.1993 tarihinden önce yapılmış kira sözleşmelerinin, sözleşmelerin bitim tarihinden itibaren üç ay sonra, işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmelerin ise, sözleşmenin bitim tarihine bakılmaksızın, kanun yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay sonra sona ereceği; ikinci fıkrasında, kurumlarca (tek taraflı olarak) bu süre içinde rayiç bedel veya emsal bedele uygun olarak yeni kira bedeli ve şartları tespit edilerek kiracıya tebliğ edileceği, ilgililerin sulh hukuk mahkemesi nezdinde itiraz haklarının olduğu" düzenlenmekteydi.

Anayasa Mahkemesi, konuyu sadece kira sözleşmeleri yönünden incelemiştir. Mahkeme, öncelikli olarak, konuyu hukuk devleti açısından inceleme konusu yapmış ve düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre,

"Hukuk Devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlet demektir.

SSK ile kiracıları arasında düzenlenmiş kira sözleşmesi, tarafların iradeleleriyle oluşmuş ve her iki tarafa hak ve yükümlülükler getiren sözleşmedir. Bu sözleşme, Borçlar Yasası ile Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Yasa kuralları gereğince yapılmıştır. Kullanılma koşulları, süresi, bedeli, bedelin ödeme zamanı ve yöntemi yürürlükteki hukuk kurallarına dayanılarak ve bu kuralların çizdiği sınırlar içinde taraflarca saptanır.

Hukuk devleti ilkesi, kazanılmış haklara saygı gösterilmesini gerektirir. Ancak, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni yasadaki önce yürürlükte olan yasa kurallarına göre bütün sonuçlarıyla elde edilmiş olması gerekir. Bu hukuksal duruma göre, SSK ile kiracıları arasında

1.1.1993 tarihinden önce yapılmış olan kira sözleşmeleri, yasa ile sona erdirilmemekte, kira sözleşmesinin bitiminden sonrası için düzenleme getirmektedir. Diğer yönden Kurum'ca istenen yeni kira bedeline karşı kiracının yargı yoluna başvurabileceği de yasada belirtilmiştir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı değildir²⁰."

Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlık konusu kira sözleşmelerinin yasa ile sona erdirilmediğini, yasa ile sözleşmenin bitiminden sonrası için düzenleme yapıldığını belirtmektedir. Kira sözleşmeleri açısından mahkemenin yaklaşımı isabetlidir. Ancak, mahkeme itiraz dilekçesinde talep edilmesine rağmen işletme hakkı devrine ilişkin sözleşmelerin durumunu dikkate almamaktadır. Kanun Koyucu, 1.1.1993 tarihinden önce imzalanmış olan işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmeleri tek taraflı olarak sona erdirmektedir. Muhalefet şerhinde, yürürlükteki hukuka göre yapılmış ve devam eden sözleşmelerin "tek yanlı ve kesin bozumu hukuka olan güveni ve kamusal dengeyi" bozacağı²¹ belirtilmektedir ki, bizce de yerinde bir tespittir.

Kararda da belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesi kazanılmış haklara saygı gösterilmesini gerektirir. Teorik yönü tartışmalı olmakla birlikte, genel olarak kazanılmış hak, yürürlükte olan yasa kurallarına göre, "ferdin belirli bir iradesine dayalı eylemi ile iktisap edip artık kendisinin olmuş olan haklardır²²". Mahkemenin ifadesiyle yürürlükteki yasa kurallarına göre, bütün sonuçlarıyla elde edilmiş haklardır²³. İlgili yasayla, hem işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmeler sona erdirilmekte, hem de kira sözleşmesi boyunca kiracı lehine doğmuş olan hakları ortadan kaldırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, düzenlemeyi sözleşme hürriyeti açısından da incelemiş ve Anayasaya aykırı bulmamıştır. İtiraz dilekçesinde "*herkesin dilediği gibi sözleşme yapma hürriyetinin bulunduğu, ancak geçici 5. maddenin bu sözleşme hürriyetini kişinin elinden aldığı, tek taraflı olarak SSK'na devrettiğini, özel hukuk hükümlerine göre kişi ile SSK'nun yaptıkları sözleşmenin daha sonra çıkarılan bir yasa ile ortadan kaldırıldığını, sözleşme hürriyetini kaldıran kuralların Anayasa'nın 48. maddesine aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.*

20 AYM, 18.7.1994, E.1994/44, K.1994/56, www.anayasa.gov.tr/kararlar (6.1.2004)

21 ibid.

22 İl Han ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, Alfa yayınları, İstanbul 2002, s.331.

23 Kazanılmış hak ve beklenen hak kavramları konusundaki akademik tartışmalar için bkz. Aydın ZEVLİLİLER- Beşir ACARBEY-Emre GÖKKAYA, *Medeni Hukuk*, Seçkin Kitabevi, Ankara,1999, s.86; ONAR, s.480.

Yüksek Mahkeme'ye göre, "Anayasa'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip bulunduğu ilkesine yer verilmiştir. Fıkranın gerekçesinde, özgürlük temelinde dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde kişinin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma özgürlüğü'nün garanti edilmesinin doğal olduğu; ancak bu özgürlüklerin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlanabileceği belirtilmiştir". Yapılan düzenlemede, önceden yapılmış sözleşmeler yasa ile sona erdirilmemekte, kira sözleşmesinin bitiminden sonrası için düzenleme getirilmektedir. Ayrıca Kurum'ca istenen yeni kira bedeline karşı kiracının yargı yoluna başvurabileceği de açıklanmıştır. Bu nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 48. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İtirazın reddi gerekir".

Yukarıda da belirtildiği üzere, mahkeme işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmeler konusunda yasayla getirilen düzenlemeleri kapsam dışı tutarak – itiraz dilekçesinde talep edilmesine rağmen- bu sözleşmeler açısından zımî olarak yasaların sözleşmeler üzerinde değişiklik yapabileceğini kabul etmiştir. Diğer taraftan, mahkeme kararının başka bir bölümünde 6570 sayılı yasanın Geçici 3. ve 4.maddelerine atıfta bulunulmakta ve bu düzenlemelerle de sözleşmelere müdahale edilebildiği belirtilmektedir. Gerçekten, 6570 sayılı kanuna 2912 sayılı kanunla eklenen Geçici 3.madde ve 3151 sayılı kanunla eklenen Geçici 4.madde de, kanunda sayılan kurumların sahip olduğu gayri menkullere ilişkin kira sözleşmelerinin kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay sonra sona ereceği" düzenlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununun Geçici 5.maddesinin altıncı fıkrasına ilişkin 1996 yılında verdiği bir başka kararında da aynı gerekçelerle, önceden mevcut yasalara göre yapılmış sözleşme bedellerinin belirlenme usulünün yasayla değiştirilmesini Anayasaya aykırı görmemiştir²⁴. Geçici 5.maddenin altıncı fıkrasına göre, önceden "tespit edilen kira bedelleri Devlet İstatistik Enstitüsü tüketici fiyat endeksindeki artış oranından az olmamak üzere rayiç veya emsal değere yükseltilir". Kanun Koyucu, taraflar arasında önceden sözleşmeyle belirlenen kira artış oranı tespit usulünü yasayla değiştirmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme hürriyeti kişilere sözleşme yapıp yapmama hakkı verdiği gibi, sözleşmenin esaslarını da belirleme yetkisi verir. Bu düzenlemede, Kanun Koyucu kişilerin sözleşme hürriyetine müdahale etmiştir. Anayasa

²⁴ AYM, 11.6.1996, E.1996/1, 1996/18 www. Anayasa.gov.tr/kararlar (6.1.2004)

Mahkemesi ise, sözleşme hürriyetinin “kamu yararı²⁵ amacıyla” yasayla sınırlandırıldığını, bunun da Anayasaya aykırı olmadığını belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, son dönemde verdiği bir kararlarında ise, yukarıda belirtilen içtihadından dönmüş gözükmektedir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 2.maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendinin (1) numaralı alt bendinde “Türkiye Elektrik, Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi mevcut sözleşmeler (ilgili mevzuata göre imzalanmış sözleşmeler, imtiyaz sözleşmeleri ve uygulama sözleşmeleri) kapsamında imzalanmış olan enerji alışı ve satış anlaşmalarını TEAŞ’dan ve TEDAŞ’dan devralacağı”, Geçici 4.maddesinde ise, kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı devri öngörülenlerden devir işlemlerini 31 Ekim 2001 tarihine kadar tamamlamayan şirketlerin mevcut sözleşmelerinin hükümsüz olacağı, öngörülmekteydi.

Kanunun Geçici 4.maddesinin iptali için açılan davada Anayasa Mahkemesi, idarenin önceden özel hukuk kişileriyle imzalamış olduğu sözleşmelerin sonradan kanunla değiştirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesini Anayasanın 2.ve 48.maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Mahkeme, öncelikli olarak, Anayasanın 48.maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine vurgu yapmaktadır. Mahkemeye göre, “ *herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir, Taraflar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasanın 48.maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir*”²⁶. Yüksek Mahkemenin kararına dayanak teşkil eden ikinci gerekçe ise “ahde vefa ilkesi”dir. Mahkemeye göre, “hukuk devle-

25 Toplumun genel/ortak menfaatinin belirlenmesinde, idari faaliyetlerin hukuka uygunluğunun tespitinde ölçüt kavram olan kamu yararı kavramı konusunda bu güne kadar herkes tarafından genel kabul görmüş bir tanımlama yapılmış değildir. Tanımlamadaki bu güçlüğe rağmen doktrinde kamu kavramı konusunda bazı değerlendirmeler yapılmaktadır. “Kamu yararı, toplum içindeki önlenemez yarar çatışmalarında, çoğunluğun azınlığa, sayıca çok olan grubun çıkarılarının sayıca az olan kişilerin çıkarlarına üstün tutulmasına üstün tutulmasını ifade eder... Ancak, bazen çatışan yararlar arasında nitelik dengesi yoktur. Sayıca az olan topluluğun ya da bir tek kişinin çıkarı, çoğunluğun kalabalığın çıkarından çağdaş değer ölçülerine göre daha üstün olabilir. Ama aynı nitelikte çıkar ve haklar çatışsa, gene sayısal çokluk ağır basacak, kamu yararı o yönde olacaktır”. YAYLA, s.76; Kamu yararı kavramı konusunda daha fazla bilgi için bkz: Tekin AKILLIOĞLU, “ Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi Duran’a Armağan*, S.1-3, yıl 9, 1988, s.11 vd.; Turan YILDIRIM, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, *Anayasa Yargısı*, C.18, 2001, s.440; Pertev BİLGİN, *İdare Hukuku Dersleri-İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s.239.

26 AYM, 13.2.2002, E.2001/293, K.2002/28, www.anayasa.gov.tr/kararlar, (5.6.2003)

tinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar ". Yüksek Mahkeme, kararında sözleşme özgürlüğünün gereği olarak sözleşmeleri kurma ve sona erdirmeye yetkisinin taraflara ait olduğunu -kanunla bile olsa- buna müdahale edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, dava konusu düzenlemeyle "daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmeler, kimi aşamalarda yeni koşullar öngörülerek ya değiştirilmekte ya da tümüyle sona erdirilmektedir. Bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar...mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasaya aykırıdır²⁷".

Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği kararlarında, Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım etkinlikleri kamu hizmeti olarak nitelenmekte ve bu konuda yapılan sözleşmeler de idari sözleşme olarak kabul edilmektedir²⁸. İdari sözleşmeler, kamunun temsilcisi olarak idarenin bazı kamusal ayrıcalık ve üstünlüklerden yararlanabildiği sözleşmelerdir. Yine idari sözleşmelerin konusunu kamu hizmeti oluşturduğu için, kamu hizmetinin temel amacı zaten kamu yararadır. Dolayısıyla, ilerleyen zaman içinde kamu hizmetine egemen olan süreklilik ve değişkenlik ilkeleri gereğince, kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin de değişen toplumsal koşullara uydurulması gerekebilir. Özel hukuk sözleşmelerinde ise sözleşme hükümlerine uyma bakımında tarafların bir üstünlüğü yoktur. Fakat mahkeme, yasayla sözleşmelerin sona erdirilmesi veya hükümlerinin değiştirilmesini idari sözleşmeler açısından sözleşme özgürlüğüne müdahale olarak nitelendirirken, özel hukuk sözleşmeleri açısından böyle bir müdahaleyi sözleşme özgürlüğüne müdahale olarak kabul etmemektedir.

Kanaatimizce, idari sözleşmelerinin konusunu kamu hizmetinin görülmesi oluşturduğu ve dolayısıyla bu tür sözleşmelerin yapım amacı kamu yararı olduğu için, bireysel menfaatler karşısında kamu yararına üstünlük tanınabilirse de kişilerin hukuka olan güveni ve sözleşme özgürlüğünün sağlanması açısından son karar yerindedir. Dolayısıyla, idari sözleşmeler açısından korunmaya değer görülen hukuka güven ilkesi, ahde vefa ilkesi ve sözleşme özgürlüğü özel hukuk sözleşmeleri için de korunmalıdır.

Fransa'da idarenin tek taraflı olarak sözleşme kurallarını değiştirebilme yetkisi uzun süre tartışma konusu olmuştur. Kimi yazarlar, sözleşme metninde idareye tek yanlı değişiklik yapma yetkisi veren kural olmadıkça idarenin söz-

²⁷ ibid.

²⁸ AYM, 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, *Resmi Gazete*, 24 Ocak 1995, S.22181, s.21.

leşmede tek taraflı değişiklik yapamayacağı, gerekçesiyle, idarenin bu yetkisine itiraz etmişlerdir²⁹. Fakat, Fransız Danıştay'ı da 1983 yılında verdiği bir karar ile, sözleşme metninde açıkça yer almasa bile idarenin tek taraflı olarak idari sözleşmelerde değişiklik yapabileceğine karar vermiştir³⁰. Bir yasal düzenleme ile sözleşmede değişiklik yapılıp yapılamayacağı Fransa'da tartışma konusu olmuş ve Anayasa Konseyi yakın tarihte verdiği bir kararla yasanın idari sözleşmede değişiklik yapabileceğine karar vermiştir³¹. Diğer taraftan, bu durumda, sözleşmeci taraf zarar görür ise, bu zarar nasıl karşılanacaktır? Bu zararın idari "öngörülemezlik kuramı"³² uyarınca karşılanması gerekir. Öngörülemezlik kuramı, uzun süreli bir sözleşmenin uygulaması sırasında ortaya çıkan, tarafların baştan öngörmeleri mümkün olmayan ve sözleşmecinin ekonomik olarak alt üst olmasına neden olacak olayların meydana gelmesi durumunda idarenin sözleşmecinin mali dengesini sağlamasına yönelik yardımda bulunmasını öngören bir teoridir. Öngörülemezlik kuramının uygulanabilmesi için, olağanüstü ve istisnai bir durumun söz konusu olması, bunun önceden düşünülmesinin mümkün olmaması ve sözleşmecinin gelirinin azalması değil artık faaliyetini sürdürme bir hale gelmesi gerekir³³.

Sonuç olarak, yargı kararlarına hakim olan görüşe göre, idare tarafından yapılan sözleşmelerin idari sözleşme sayılabilmesi için konusunun kamu hizmeti olması ve idareye özel hukuku aşan yetkilerin tanınması gerekmektedir. Fakat, idarenin sahip olduğu özel hukuku aşan yetkilerin neler olduğu konusunda yargı kararları arasında görüş birliği yoktur. Anayasa Mahkemesi, son kararında sözleşmede değişikliğin yapılabilmesi için tarafların ortak iradesinin varlığını şart koşmasına rağmen, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında açıkça idarenin tek taraflı olarak idari sözleşmelerde değişiklik yapabileceği belirtilmektedir.

C. Öğretinin Yaklaşımı

İdare hukuku öğretisinde çoğunluğun görüşü, idarenin idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapabileceği yönündedir. Öğretide bu yetki, idarenin

29 J.L'HULLIER, "Les Contrats Administratifs Tiennent-ils Lieu de Loi à l'Administration?" Dalloz, 1953, s.87'den naklen KUTLU, s.36; İsmet GİRİTLİ- Perteve BİLGİN- Tayfun AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der yayınları, İstanbul, 2001, s.854.

30 J.M., AUBY, note sur C.E., 2/2/1983, "Union des Transports Pulics Urbains et Régionaux", RDP, 1984, s.212'den naklen KUTLU, s.37

31 L.Richer, *Droit des Contrats Administratifs*, 1995, s.229'dan naklen GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C.I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.407.

32 ÖZAY, s.260; GİRİTLİ vd., s.857.

33 ibid.

özel hukuk kişisi karşısında sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklar³⁴ arasında değerlendirilmektedir.

- *Sözleşmelerde değişiklik yapma sebebi*

Öğretide, idareye böyle bir yetki verilme sebebi olarak, idarenin işleyişi ve özellikle de kamu hizmetine hakim olan “değişkenlik” ilkesi gösterilmektedir³⁵. Kamu hizmetinin devamlı ve muntazam bir şekilde görülmesi zorunluluğunu ifade eden süreklilik ilkesi, kronolojik sürekliliğin yanında içerik ve yoğunluk yönünden de kamu hizmetinin istikrarlı olmasını ifade eder³⁶. Bu da bizi kamu hizmetinde değişkenlik ve uyarılma kavramına götürür³⁷. Değişkenlik ve uyarılma, hizmetin değişen koşullara uydurulmasını zorunlu kılar.

Bir hizmetin kurulması ve işletilmesi hakkı/görevi idareye aittir. Bu görev, sözleşmeyle özel kişilere verilse bile, idarenin görevi sona ermiş değildir. İdarenin görevi devam eder. Bu nedenle idare, hizmetin temel ilkelere uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini denetlemek; gerekirse hizmetin görülmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisine sahiptir. İdare, hizmetin sürekliliğinin sağlanması ve yararlananlar arasında eşitliğin tesis edilmesi için düzenlemeler yapabilir. Acaba idareye tanınan bu yetki hangi şartlarda kullanılabilir? İdarenin bu yetkisi sınırsız bir yetki midir?

- *Sözleşmelerde değişiklik yapma yetkisinin şartları*

İdarenin bu yetkisi mutlak ve sınırsız değildir. İdarenin sözleşmede bir değişiklik yapabilmesi için öncelikli olarak, gerçek yeni bir durumun veya ihtiyacın ortaya çıkmış bulunması³⁸ ve değişikliğin yapılmasında kamu yararının bulunması gerekir. Tabii ki, sözleşmelerde değişiklik yapmayı zorunlu kılan kamu ihtiyaçlarının neler olduğunu yürütülen kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak idare takdir edecektir.

Öğretide üzerinde durulan bir diğer önemli husus, yapılmak istenen değişiklik sözleşmenin mali hükümlerine ilişkin olmaması konusudur. Bilindiği üzere, maddi ayırım bakımında karma işlem niteliğini taşıyan idari sözleşmelerin hükümlerinin büyük bir bölümü kural işlemlerden oluşmaktadır. Sözleşme, şartname, şartlaşma ya da ana şartname denilen kural işlemlerde

34 DURAN, s.440.

35 Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2002, s.403; ; GİRİTLİ vd.,s.854.

36 ÖZAY, s.237.

37 DURAN, s.310.

38 Cengiz ÜNSAL, “İdari sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s.83.

öngörülen biçimde yapılmaktadır. Buna karşılık, öznel nitelikli 'mali' hükümler iki taraf arasından yapılan anlaşmaya göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, mali konulara ilişkin hükümler idarenin tek taraflı iradesiyle değiştirilmemelidir. Sözleşmenin mali konuları arasında sözleşmecinin ücreti, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı gibi konular sayılabilir³⁹.

Öte yandan, idare tarafından yapılacak değişiklik sınırlı olmalı, belli bir ölçüyü aşmamalıdır. Bazı yazarlar, yapılan değişikliğin mevcut işte nitelik ve nicelik olarak sözleşmede öngörülmemiş yeni bir iş yapılmasına, yeni bir mal teslimine yol açıyorsa değişikliğin belirli bir sınırı geçmiş olacağını⁴⁰, bazı yazarlar ise, yapılmak istenen değişikliğin sözleşme bedelinin belli bir oranını geçmemesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak, belli oranın ne olduğunu açıklamamaktadırlar. Makul oranın aşıp aşılmadığının mahkeme tarafından tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedirler⁴¹. Bu konuda, Devlet İhale Kanununda olduğu üzere, Kanun Koyucunun bir oran belirlemesi yerinde olacaktır. Somut olayda bu oranının aşıp aşılmadığının tespitini ise, mahkeme yapacaktır.

Sözleşmecinin idare karşısında sahip olduğu haklardan birisi de sözleşmenin mali dengesinin korunmasını isteme hakkıdır. İdarenin tek taraflı düzenlemeleriyle karşı tarafın yükümlülüklerini artırması durumunda sözleşmenin mali dengesi bozulacaktır. Kamu yararının tesisi amacıyla yapılan düzenlemelerden dolayı meydana gelen külfeti sözleşmeci üstlenmek zorunda değildir. Dolayısıyla, bunun kamunun temsilcisi olan idare tarafından karşılanması gerekir⁴². İdarenin kendi yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda sözleşmeci mahkemeye başvurarak zararının tazminat talebinde bulunabilir. İdarenin yaptığı değişiklik sözleşmenin mali dengesini alt üst edecek derecede büyük ve idare bu zararı tazmin etmezse sözleşmeci, sözleşmenin fesih talebinde bulunabilir.

Öğretide, idarenin kendi yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda sözleşmecinin kendi yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınamayacağı, adem-i ifa hakkının olmadığı belirtilmektedir. Borçlar hukukuna ait bir kavram olan adem-i ifa, sözleşmeci taraflardan birinin kendi edimini ifa etmemesi durumunda diğer tarafa da kendi edimini etmeme imkanı vermektedir. İdari sözleşmelerde, sözleşmecinin ücret isteme ve tazminat isteme hakkının olmasına rağmen adem-i ifa def'i sürme hakkının olmadığı; sözleşmecinin

³⁹ S. Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.III, 1966, s.1628.

⁴⁰ GÖZLER, *İdare Hukuku Dersleri*.....s 404.

⁴¹ ONAR, s.1630.

⁴² ÖZAY, *Günlükte Yönetim*.....s.259.

önce kendi yükümlülüğünü yerine yetirdikten sonra idareden talepte bulunabileceği belirtilmektedir⁴³.

SONUÇ

Anayasaya göre, herkes dilediği kişilerle sözleşme hürriyetine sahiptir. Sözleşme hürriyeti, tarafların yapacakları sözleşmenin konusunu, kapsamını, ne zaman ve nasıl sona ereceğini tayin edebilme imkanı verir. Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği üzere bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar. Daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmeler, kimi aşamalarda yeni koşullar öngörülerek sözleşmenin değiştirilmesi ya da tümüyle sona erdirilmesi hukuka olan güveni sarsan bir tutumdur. Ancak, bu ilkelerin idarenin taraf olduğu sözleşmelerde (özellikle kamu hizmetinin görülmesi amacıyla yapılan idari sözleşmelerde) kat'i bir şekilde uygulanabildiğini söylemek zordur.

Ancak idare, değişen toplumsal koşullara bağlı olarak yürüttüğü kamu hizmetlerinde devamlılığı sağlamanın yanında gerekli değişikliği de yapmak durumundadır. Kamu hizmetinin görülmesine yönelik yapılan idari sözleşmelerin bazılarının oldukça uzun süreli sözleşmeler olduğu da düşünüldüğünde devamlılık ve değişebilirlik ilkeleri gereğince bu sözleşmelerin de değişmesi kaçınılmaz olacaktır. Diğer taraftan, sözleşme imzalanırken unutulmuş, öngörülemeyen ya da sonradan ortaya çıkan ve ilgili idari faaliyetin yürütülmesi için yapılması zorunlu gereksinimler de ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda, bireysel menfaatle kamu yararı çatışacaktır. Doğal olarak, özel hukuk kişisi kendi külfetini artırmamak için idarenin sözleşmede değişiklik yapmasını kabul etmek istemeyecektir.

Bireysel menfaatler karşısında kamu yararına üstünlük tanınabilirse de kişilerin hukuka olan güveni ve sözleşme özgürlüğünün sağlanması önem arz eder. Kanımızca, prensip olarak idare, daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmelere müdahale etmemelidir. Ancak, kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda, kamu hizmetinin yürütülmesinde asıl görevli olan idare, karşı tarafın maddi külfetini tazmin etmek şartıyla, bazı değişiklikler yapabilmelidir. Fakat, yapılacak değişiklik sözleşmeyi temelden sarsmayacak nitelikte olmalıdır. Örneğin, sözleşmenin toplam maliyetinin %5'i kadar olmalıdır.

⁴³ GİRİTLİ vd., s.855; GÖZLER, 400.