T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)

ANABİLİM DALI

KAMU HİZMETİNİN DEĞİŞKENLİĞİ İLKESİ

Yüksek Lisans Tezi

Ahmet BAĞRIAÇIK

Ankara-2014

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)

ANABİLİM DALI

KAMU HİZMETİNİN DEĞİŞKENLİĞİ İLKESİ

Yüksek Lisans Tezi

Ahmet BAĞRIAÇIK

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Ankara-2014

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)

ANABİLİM DALI

KAMU HİZMETİNİN DEĞİŞKENLİĞİ İLKESİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı:

Yrd. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	İmzası
Yrd. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK	.....
Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY	.....
Yrd. Doç. Dr. Artuk ARDIYOĞLU	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi 31.12.2014

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(..31../..12../2014)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....Ahmet Bağrıaçık.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i
KISALTMALAR iii
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
İDARENİN DEĞİŞKENLİK İLKESİNDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. İlkenin Önemi 5
2. Kullanıcının Değişiklik Talebi 13
3. Talebin "İdari Müracaatlar" Açısından Değerlendirilmesi 18
4. İdarenin Takdir Yetkisinin Talebin Reddine Etkisi 21
5. Anayasanın 65. Maddesinin Değişkenlik İlkesine Etkisi 26
6. Talebin Reddi Üzerine Mahkemenin Vereceği Kararın "Yerindelik Denetimi" Açısından Değerlendirilmesi 35
7. Değişiklik Yapmamanın Kullanıcının Zararına Sebep Olması 39

İKİNCİ BÖLÜM
ÖZEL KİŞİLERİN DEĞİŞKENLİK İLKESİ KARŞISINDA DURUMU

1. Hukuki Güvenlik Yönünden Değişkenlik İlkesi 52
   1.1. Kazanılmış Hak 52
   1.2. Değişikliğin Geçmişe Uygulanma İhtimali 60
2. İdarenin Takdir Yetkisini Keyfi Kullanımı 62
   2.1. İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırı 62
   2.2. Değişkenlik İlkesini İdarenin Takdir Yetkisi Sınırını Aşarak Kullanması ve Bu Kapsamda Memur ve Sözleşmeli Personel 65
3. Değişiklik Sebebiyle Kullanıcının Zarara Uğraması 74

4. İdarenin Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi ve İmtiyaz Sahibinin Durumu 80
4.1. Özel Hukukta Sözleşmenin Değiştirilmesi-Uyarlanması 81
4.2. Kamu Hukukunda Sözleşme 84
4.3. İdari Sözleşmede İdarenin Hak ve Yetkileri 86
4.4. İdarenin Hak ve Yetkilerinden Olan Sözleşmenin Tek Taraflı Değiştirilmesi 88
4.4.1. Hak ve Yetkinin Sınırı 93
4.4.2. Örnekler: Elektrik, Doğalgaz, Termik Santrali 99
4.5. Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Nedeniyle İmtiyaz Sahibinin Durumu 103
5. Değişkenlik ilkesinin Kullanıcı/İmtiyaz Sahibi Açısından Farklı Sonuçları 108
6. Değişikliğin Yargı Tarafından Denetlenmesi 110

SONUÇ 113
KAYNAKÇA 117
ÖZET 122
SUMMARY 123

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DD	: Danıştay Dergisi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
e-BEYAS	: Elektronik Belge Yönetimi ve Arşivleme Sistemi
E-YDS	: Elektronik Yabancı Dil Sınavı
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
K.	: Karar
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
K.T.	: Karar Tarihi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MERNİS	: Merkezî Nüfus İdare Sistemi
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları
TEAŞ	: Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vd.	: Ve devamı
yy	: Yüzyıl

GİRİŞ

Kamu hizmetinin ilkeleri kamu hizmetinin *"anayasası"* olarak kabul edilirler. Herhangi bir idare, herhangi bir alanda bir kamu hizmeti kurmak ve sunmak isterse hizmeti bu ilkeler çerçevesinde sunmak zorundadır. Bu ilkeler; eşitlik, değişkenlik, süreklilik, bedelsizliktir. Bu ilkelerden olan ve tezimizin konusunu oluşturan değişkenlik (uyarlama) ilkesi de kamu hizmetinin kurulmasında ve özellikle görülmesinde oldukça önemli bir yer tutmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, genel anlamda kamu hizmetiyle ilgili doktrinde çok sayıda çalışma bulunmakla birlikte, değişkenlik ilkesi özelinde derinlemesine incelenmiş bir çalışma bulmak en azından Türk hukukunda pek mümkün değildir.

Değişkenlik ilkesi, kamu hizmetinin görülmesi aşamasında idarenin, teknolojik, sosyolojik, siyasi ve ekonomik anlamda kendini gösteren yeni gelişmelere ayak uydurmasıdır. İlkenin daha iyi anlaşılması için klasik idare hukuku kitaplarında verilen örnek, eskiden sokaklar gazla aydınlatılırken elektriğin gelmesiyle birlikte elektrikle aydınlanmanın bu ilke sayesinde geldiğidir[1]. Teknolojinin olağanüstü bir hızla geliştiği günümüzde ise bu ilke gereği yapılan değişikliklere örnek olarak; devlet hizmetleri konusunda e-Devleti, toplu taşıma alanında kart sistemini, yargı alanında Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemini (UYAP), nüfus alanında Merkezî Nüfus İdare Sistemini (MERNİS), merkezi sınav sistemi konusunda Elektronik Yabancı Dil Sınavını (E-YDS), kurum içi iletişim ve aktarım sağlayan Elektronik Belge Yönetimi ve Arşivleme Sistemini (e-BEYAS) gösterebiliriz.

---

[1] GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, C. 2, Ekin Yayınları, Bursa 2009, s. 304.

Değişkenlik ilkesi üzerine, ikili bir ayrım yaparak ilkeyi idarenin tutumuna göre incelemenin daha açıklayıcı ve anlaşılır olması yanında, söz konusu ilkenin somut hukuk düzeninde uygulanmasının bir ucu sürekli idareye dokunduğu için bu sistemin mantıklı olduğunu da söyleyebiliriz. Bu anlamda idarenin, değişkenlik ilkesi gereği bir hizmeti kurmasında veya var olan bir hizmeti yeni gelişmelere uydurması noktasında olumlu ve olumsuz tutumu üzerinden yola çıkacak olursak; ilk bölümde "İdarenin Değişkenlik İlkesinden Kaynaklanan Yükümlülükleri"ni incelerken, acaba kullanıcı idareden hizmeti değiştirmesi yönünde talepte bulunabilir mi? Bu anlamda ilkenin hukuk sistemindeki yeri önemli bir veridir. İdarenin değişkenlik ilkesi nedeniyle yükümlülüğüne Anayasanın 65. maddesinin etkisi nedir? Bu hüküm gereğince idare değişikliğe karşı çıkabilir mi? Ayrıca değişikliğe karşı çıkan idareye karşı açılacak bir davada mahkemenin vereceği karar yerindelik denetimi sayılabilir mi? Son olarak değişkenlik ilkesi gereği harekete geçmeyen idarenin sorumluluğu var mıdır? Sorularına cevap bulmaya çalışarak, ilk bölümde genel itibariyle değişkenlik ilkesi nedeniyle idarenin yükümlü olup olmadığını açıklamaya çalıştık.

İkinci bölümde ise, "Özel Kişilerin Değişkenlik İlkesi Karşısında Durumu" başlığını atarak, idarenin değişiklik yapması halinde bunun sonuçlarına değinmeye gayret gösterilmiştir. Bu aşamada ise eğer idare değişiklik yaparsa bunun kime ne etkisi olacaktır? Kullanıcıların kazanılmış hakları, geçmişe etkili değişiklik yapılıp yapılmadığı ele alınmış, idarenin takdir yetkisi üzerinde durularak, bu yetkisini keyfi kullanması halinde bunun hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Değişikliğin kazanılmış haklara etkisi ve değişikliğin geçmişe uygulama yasağına uyup uymadığı incelenmiştir. İdarenin değişiklik yapmasının kullanıcıya zarar verme ihtimalinde bu zararın nasıl karşılanacağı üzerinde durulmuştur. Özellikle imtiyaz sözleşmeleri

bağlamında, idarenin idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yetkisinin kullanım alanı ve imtiyaz sahibinin zarara uğraması halinde bunun hangi ölçütlere göre telafi edileceği anlatılmıştır.

Son olarak da, değişkenlik ilkesi gereği idarenin kamu hizmetinde değişiklik yapmasının farklı kişi ya da kişiler açısından farklı sonuçlara yol açabileceği ihtimali düşünülerek, değişikliğin farklı kişiler açısından farklı sonuçlara nasıl yol açabileceği değerlendirilmiştir. Çünkü idarenin yapacağı her değişiklik ortak menfaatin bir ürünü olmayabilir. Örneğin imtiyaz sözleşmelerinde idare tarafından yapılacak değişiklik kullanıcının yararına olabilecekken; imtiyaz sahibi açısından zarara yol açabilir. Ya da değişiklik kullanıcılar arasında bazıları için faydalı ve menfaatine olmuşken, diğerleri için zarara sebep olabilir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN DEĞİŞKENLİK İLKESİNDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Değişkenlik ilkesi, çağın teknik, teknolojik, bilimsel ve sosyal olanaklarının kamu hizmetlerinin sunumunda olabildiğince göz önünde bulundurulması ve hizmetin yukarıda sayılan gelişmelere göre sunulmasını ifade eden kamu hizmeti ilkesidir[2]. Geçmişte tulumbacıların müdahale ettiği yangın olaylarına günümüzde modern itfaiye araçlarıyla müdahale etmek veya bir zamanlar atlı araçlarla sağlanan ulaşım kamu hizmetinin günümüzde gelişmiş metrolarla yapılması gibi[3].

Dolayısıyla idarenin, gelişen dünyaya ayak uydurma gibi bir sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. İdarenin böyle bir sorumluluğundan bahsetmeden önce iki farklı durumu açıklığa kavuşturmak yerindedir. Birincisi, idarenin, kullanıcının talebi doğrultusunda, kamu hizmetlerini yeni duruma uyarlama konusundaki tavrıdır. Böyle bir durumda idare iki yol izleyebilir. Talebi kabul eder ve hizmetini talep doğrultusunda iyileştirir veya yeni duruma uyarlar ya da talebi reddedebilir. Tabi ki burada bahsedilen ihtimaller içerisinde idarenin talep olmaksızın kamu hizmetlerini yeni duruma kendiliğinden uyarlaması ihtimalini göz ardı ediyoruz. Çünkü idarenin kamu hizmetlerini dışardan bir baskı unsuru olmaksızın yeni durumlara uyarlaması olması gereken, doğal olan yoldur. Ancak

---

2 ÖZAY, İl Han; **Günışığında Yönetim**, İstanbul 2004, s. 237.

3 AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat-KAYA, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012, s. 499.

sorun idarenin harekete geçmediği durumlarda hizmetlerin geri kaldığı düşüncesiyle, idare nasıl harekete geçirilebilir noktasındadır.

Yukarıda bahsedilen idarenin talebe karşı izleyebileceği yollardan olan talebi kabul etmesi ihtimali ikinci bölüm olan "Özel Kişilerin Değişkenlik İlkesi Karşısında Durumu" kısmında detaylı olarak incelenecektir. Burada üstünde durmak istediğimiz durum, idarenin değişkenlik ilkesinin gereğini kendiliğinden yapmaması ve kullanıcıdan gelen talebe ret cevabı vermesi ihtimalidir. Bu anlamda öncelikle bu tarz bir taleple idarenin önüne çıkılabilir mi? Talebin idari müracaatlar olarak hukuki durumu nedir? İdarenin vereceği cevapta ortaya koyacağı savunmalar neler olabilir? İdarenin ret cevabına karşı mahkemenin vereceği kararın "yerindelik denetimi" açısından değerlendirilmesi ve idarenin talebi reddetmesi veya talep olmaksızın değişiklik yapmaması dolayısıyla kullanıcının bir zarara uğraması durumunda idarenin bundan kaynaklanan sorumluluğu konuları ele alınacak ve yukarıda sorulan sorulara cevap verilmeye çalışılacaktır.

1. İlkenin Önemi

Genel olarak kamu hizmetinin ilkelerinin klasik idare hukuku eserlerinde her ilkeye birkaç paragraf ayrılarak bahsedildiğini görmek mümkündür. Bu belki de işin doğasında vardır ancak inceleme konumuz olan "değişkenlik ilkesi"ni temellendirme çabası, savunduğumuz düşünceleri sağlamlaştırma açısından önemlidir.

Değişkenlik ilkesi acaba yasal veya anayasal olarak korunan bir ilke midir? Yoksa değişkenlik ilkesi hukukun genel ilkelerinden midir? Anayasal olarak ilkeyi anlamlandırma çabalarına biraz aşağıda yer verilecektir. İlkeyi hukukun genel ilkeleri arasında görmek ne derecede mümkündür?

"Fransız hukukunda, içtihatlarla geliştirilmiş olan süreklilik ilkesine, Anayasa Konseyi, "anayasal değer" tanırken, Devlet Şurası, sürekliliği "hukukun genel ilkelerinden" biri olarak kabul etmektedir.[4]" Danıştay bir kararında belediyelerin borçlarından sorumluluğu konusundaki uyuşmazlık hakkında karar verirken, *"Kamu hizmetlerinin toplum hayatının devamı, faaliyetlerin işlemesi, toplumun kalkınması ve menfaatlerin sağlanması açısından sürekli ve eksiksiz işlemesinin zorunluluğu idari yargı içtihatlarına girmiş ve hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiştir. İdarenin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi karşısında, X Belediyesinin Büyükşehir Belediyesine dönüşmesi ve üç alt kademe ilçe belediyesinin kurulmasından sonra, Belediyesinin 3986 sayılı Yasanın geçici 1. maddesi kapsamındaki borçlarından belli oranlarda alt kademe belediyelerinin sorumlu tutulmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır[5]"* diyerek süreklilik ilkesini hukukun genel ilkesi olarak benimsemiş ve ayrıca kararda geçen "eksiksiz işlemesinin zorunluluğu" ibaresiyle de değişkenlik ilkesine dolaylı olarak da olsa değinilmiştir.

Kamu hizmetinin ilkelerinden olan süreklilik ve değişkenlik ilkesini birbirinden tamamen ayırmak mümkün değildir. Her iki ilke de kamu hizmetinin yaşayan bir varlık olduğunu ve dinamik bir yapıda olduğunu bize göstermektedir. Özay, süreklilik ve düzenlilik ilkesini, değişkenlik ilkesinden ayrı düşünemeyeceğimizi, süreklilik ilkesinin "kronolojik" ve "içerik ve yoğunluk" yönlerinin olduğunu belirterek, ikinci özelliğinin devam yani "istikrar" boyutuyla değişkenlik ilkesini içeriğinde barındırdığını belirtmiştir[6]. Yine Onar'a göre: "Amme

---

4 KARAHANOĞULLARI, Onur; **Kamu Hizmeti**, Ankara 2004, s. 192.

5 Danıştay 8. Dairesi, E.1996/1687, K.1997/3669, K.T. 27.11.1997 (UYAP Mevzuat).

6 ÖZAY, s. 235-236.

hizmetlerinin kesilmeksizin devamlı bir surette görülmesi kâfi değildir. Bunların kolektif ihtiyaçlara, cemiyetin ihtiyaçlarına cevap verebilmeleri için onun tekâmül seyrine ve safhalarına uygun bir şekilde görülmeleri lâzımdır. Meselâ millî savunma hizmetleri bu ihtiyacın aldığı şekillere, teknik icaplara uygun bir tarzda yapılmalıdır. Aydınlık ihtiyacını dün petrolle temin edebilen bir cemiyet için bugün bu tarz kâfi gelmez. Gayri muntazam taşlarla döşenmiş bir yol bugünün ihtiyaçlarına cevap veremez[7]" diyerek süreklilik ilkesinin değişkenlik ilkesiyle bütünlük teşkil ettiğini ve birini diğerinden ayrı düşünmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Ulusoy kamu hizmetinin ilkelerinden olan süreklilik ve değişkenlik ilkelerinin birbiriyle ilişki içerisinde olduğunu ve hizmetin kaliteli ve yeni gelişmelere uygun olarak sunulabilmesinin bu iki ilkenin etkili bir şekilde uygulanmasına bağlı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca gelişmelere dikkat çeken yazar, kamu çalışanlarına grev hakkının verilmesi ve idarenin ekonomik nedenleri gerekçe göstererek kamu hizmetini kaldırabilmesi örneklerini vererek değişkenlik ilkesinin süreklilik ilkesinden daha önemli ve öncelikli olduğuna işaret etmiştir[8].

İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisi ve daha geniş anlamda değişkenlik ilkesinin anayasal değerde bir ilke olduğunu savunan görüşler mevcuttur. "Anayasada kamu hizmetlerinin değişkenlik ve uyum ilkesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'nın idareye ve planlamaya ilişkin kimi hükümlerinde "verimlilik, uyumluluk, düzenlilik ve etkililik", kamusal etkinliğin ilkeleri olarak dolaylı şekilde öngörülmüştür. Örneğin m. 126/son "Kamu

---

7 ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. Bası, s. 59.

8 ULUSOY, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları:2, İstanbul, s. 103 ve Dpn. 219.

hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla…" gibi. Fransız hukukunda, değişkenlik ve uyum ilkesinin hukuki değerini ele alan Lachaume, herhangi bir düzenlemeye atıf yapmadan, etkinliği sağlamaya yönelik değişkenlik ve uyumun, devletin sürekliliğini sağladığını bu nedenle de anayasal değerde bir ilke olduğu görüşünü savunmaktadır. Anayasadaki aktardığımız düzenlemeler göz önüne alındığında bu görüş, Türk hukuku için de savunulabilir.[9]"

Kamu hizmetinde değişkenlik ilkesinin varlığından söz ederken, ilkenin nedenselliği üzerine ve bu ilkenin eksikliğinin yol açabileceği sonuçlar üzerine Onar, "Aksi kabul edilirse bir nesil kendi zevki, düşünceleri ve ihtiyaçları ile yeni gelen nesilleri bağlamış olur. Her gün istihaleler geçirerek gelişmekte ve tekemmül etmekte olan devletin nesçini ve nüvelerini teşkil eden amme hizmetlerini tebellür ettirmek, değişmez bir hale koymak içtimaî bakımdan mümkün ve doğru olamayacağı gibi, bir neslin kendi ihtiyaçlarının ifadesi olan kaidelerle kendisinden sonra gelecek nesilleri bağlaması; onları mukadderatlarına hâkim olmak imkânından mahrum bırakması hukuken da caiz görülmez[10]" diyerek değişkenlik ilkesinin varlığını anlamlandırmaya çalışmıştır.

Aynı eserde Onar, değişkenlik ilkesi gereği idarenin hizmetin kalitesini artırmak ve yeni teknolojiye ayak uydurmak amacıyla yaptığı işlemlerin "idari istikrar" prensibine aykırı olabileceğini ifade etmiştir. "Bu değiştirmek imkânının içtimaî müesseselerdeki istikrar fikri ile telif edilemeyeceği, bağdaşamayacağı iddia olunabilir.[11]" Ancak yine aynı yazar değiştirme zorunluluğunun istikrar

---

9 KARAHANOĞULLARI, s. 222 vd.

10 ONAR, C. I, s. 23.

11 ONAR, C. I, s. 24.

zorunluluğundan daha önemli olduğuna vurgu yapmıştır. "Amme hizmetleri ve bunların hukukî nizamları cemiyetin bu gelişme ve tekâmülünü temin ile mükelleftir. Aksi takdirde hukuk kaideleri dar ve sert bir zarf haline gelerek cemiyetin gelişme kudretini enerjisini tazyik etmiş olur. Neticede ya bu tazyikin altında cemiyet gelişme kuvvetini kaybederek dejenere olur, veyahut gelişme kuvveti, gelişmeye mâni olan ve artık kendi bünyesine uymayan hukukî nizamı yıkarak anarşiye yol açar. Bu itibarla değiştirebilme zarureti, istikrarsızlık mahzurundan daha ehemmiyetlidir.[12]"

Anayasanın kanunlara göre değiştirilmesi daha zor metinler olduğunu vurgulayan yazar, bu benzetmeyi değişkenlik ilkesine uyarlamış ve değişkenlik ilkesi gereği yeni duruma ayak uydurma zorunluluğunun kurumlara göre farklılık gösterebileceğini ifade etmiştir. "Ancak her müessesedeki istikrar ihtiyacına göre değiştirme usulü daha sıkı bir takım şekillere ve merasime tâbi tutulabilir: Devlet bünyesindeki istikrar ihtiyacının anayasa değişikliklerini daha sıkı şekillere ve merasime tâbi tutması gibi.[13]"

Anayasanın başlangıç kısmında, "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" ifade edilmiştir. Bu hükümde geçen "onurlu bir hayat sürdürme" ibaresi idareye değişkenlik ilkesi gereği kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uydurma yükümlülüğü yükler. İdarenin değişkenlik yapma sorumluluğunun asgari şartından olarak ifade

---

12 ONAR, C. I, s. 24.

13 ONAR, C. I, s. 24.

edilen göstergelerden biri "insan onuru" kavramıdır[14]. Bu kavramı devletin kamu hizmetlerinde sağlamakla yükümlü olduğu asgari şart olarak kabul etmek gerekecektir. "Hiçbir neden hizmetlerin insan onuruna aykırı olacak şekilde verilmesinin gerekçesini oluşturamaz. Bu durum, Anayasa ile "sosyal" devlete yüklenen "kişilerin, toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" (m. 5) görevi ile bağdaşmaz.[15]"

Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesinde; *"Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* Maddede geçen sosyal devlet, devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayıştır[16]. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında sosyal devleti tanımlarken: *"sosyal hukuk devleti; insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık İçinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler*

---

14 ATASAYAN, M. Gözde; **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, On İki Levha Yayınları, 2012, İstanbul, s. 89

15 ATASAYAN, s. 89.

16 ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 137.

alarak çalışanları koruyan, İşsizliği önleyici ve millî gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu, devam ettirmeğe kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.[17]" Yine başka bir kararında Mahkeme: *"Anayasa'nın, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeleri uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekirken itiraz konusu madde ile bir grup sigortalının yaşam düzeylerinin ötekilere oranla çok farklı bir biçimde yükseltilmesi yoluna gidilmiştir.[18]"* Bu iki kararda geçen *"çalışanların insanca yaşaması"* ve *"insan onuruna yaraşır asgari yaşam düzeyi sağlanması"* gibi sosyal devlet ilkesinin içeriğini dolduran ifadeler, idarenin kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uydurmasını öngören değişkenlik ilkesinin varlığına ve önemine atıf yapmaktadır.

Uluslararası hukukta değişkenlik ilkesini anlamlandırma noktasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 Sayılı Tavsiye Kararı[19] yol gösterici olabilir. İlgili kararın giriş

---

17 Anayasa Mahkemesi, E. 1963/336 K. 1967/29 K.T. 26-27.9.1967, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**: S. 6, s.23.

18 AYM, E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**: S. 24., s. 451-452.

19 KARAHANOĞULLARI, Onur; **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 640 vd.

kısmında *"...idarenin harekete geçmesi gerektiğinde bunu makul bir süre içinde yapmak zorunda olduğunu..."* belirterek teknolojinin sürekli olarak geliştiği dünyada idarenin hizmet kalitesini yeni duruma uyarlama noktasında makul bir sürede harekete geçme yükümlülüğünün olduğundan bahsedebiliriz. Yine kararın giriş kısmında "İyi idarenin, kamu hizmetlerinin toplumun temel ihtiyaçlarını karşılaması anlamına geldiği…" ifade edilmiştir. Buradan yola çıkarak da, eğer toplumun temel bir ihtiyacı söz konusuysa idare harekete geçmek zorundadır ve eğer harekete geçmemişse vatandaş idareyi zorlama yoluyla harekete geçirebilmelidir. Aynı kararda geçen "*İyi idarenin... etkililik, verimlilik ve toplumun ihtiyaçlarına duyarlılık gereklerini karşılamak zorunda olduğunu..."* belirterek yine idarenin gelişen teknolojiye göre toplumun ihtiyaçlarına duyarlı olarak hizmet standartlarını geliştirmek zorunda olduğunu söyleyebiliriz. Alınan karar gereği üye ülke hükümetlerine yapılan tavsiyeler kısmında *"İdareyi en iyi sonuçları elde edebilecek en iyi araçları bulmaya zorlamalarını"* ibaresi yer almaktadır. En iyi hizmet kalitesini sunmak için yapılacak olan en yeni ve etkili sistemi kullanmaksa, burada da idare değişkenlik ilkesinin gereğini yapmak zorundadır.

İlkeye karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde baktığımızda, Fransız Kamu Hizmetleri Şartı'na göre: Kullanıcı, idareyle ve kamu hizmetleriyle ilişkilerinde hukuki güvencelere sahiptir. Devlet, kamu hizmetinin işleyiş koşulları ve biçimlerini açık biçimde belirlemelidir. Hukuki düzenlemeler istikrarlı olmalı, değişiklik durumunda, yeni düzenlemeler, kullanıcılara uyum sağlama imkânı tanıyacak şekilde yürürlüğe konmalıdır[20]. Yine Fransız Kamu Hizmetleri Şartı'na göre var olan

[20] http://www.qualite-publique.com/pages/outils/docs-sce-public/Doc-referen-Charte%20SP.html Aktaran: KARAHANOĞULLARI, s. 256.

kuralların geliştirilmesi sağlanmalı, yeni kuralların kullanıcılar ve idareye etkileri ve maliyeti ilişkin bilgiler paylaşılmalıdır.

Bu açıklamalardan yola çıkarak değişkenlik ilkesini anayasal değerde bir ilke olduğunu, hukukun genel ilkelerinin içinde yer aldığını söylemek ve bunun sonucu olarak da, idarenin, işlem ve eylemlerini yaparken ya da harekete geçmediği durumda harekete geçmesi için zorlandığı ihtimalinde değişkenlik ilkesinin bu yönünü de dikkate alarak tavır sergilemesi gerekmektedir.

2. Kullanıcının Değişiklik Talebi

Kamu hizmetinin değişkenlik ilkesi uyarınca idarenin hizmeti yeni gelişmelere uyarlaması olağan bir durumdur veya başka bir ifadeyle idarenin yapması gereken normal bir davranış türüdür. Ancak idare bu görevini yerine getirmez ise ne olacaktır? Daha açık bir ifadeyle idareyi hizmeti yeni durumlara uydurması için kullanıcı zorlayabilir mi?

Bir ülkede gücü elinde bulunduran iktidar ya da "idare" vatandaşının daha iyi şartlarda yaşaması için politikalar üretir. Bu politikaları üretirken ya özgün davranıp diğer idarelere örnek olur ya da var olan bir gelişmeye ayak uydurmaya çabalar. Eğer gücü elinde bulunduran bu politikaları üretemez ise demokratik yollardan uyarılır. Bu uyarı protesto olabilir, hukuken zorlama olabilir (idareye başvuru), en nihayetinde siyasi olarak o gücün elinden demokratik yollarla alınması olabilir.

Kamu hizmetinin kurulması temelde kanun koyucunun yetkisindedir[21]. Dolayısıyla bir kamu hizmetinin kurulabilmesi için yasama organının harekete

[21] GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 333. Yerel kamu hizmetlerinin kurulabilmesi için, kanun koyucunun yetkilendirmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü yerel yönetimler kamu hizmeti kurma yetkisini doğrudan Anayasanın 127.

geçmesi gerekir. Yasa koyucunun harekete geçmediği durumda kamu hizmeti kurulamaz mı? Sorusu akıllara gelmektedir. Karşılaştırmalı hukukta birçok ülkede yasa koyucunun hareketsiz kalmasının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlendiği ve bu denetimin "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık" oluşabileceği noktasından hareket ettiği bilinmektedir[22]. Yasa koyucunun harekete geçmemesi halinde, bu hareketsizliğe karşı denetim mekanizmasının işletilebilmesi için "anayasal kamu hizmeti" alanının belirlenmesi gerekir. Bu şekilde idarenin sunmak zorunda olduğu ancak sunmadığı bir hizmet nedeniyle sorumluluğuna gidilebilir. Fransa'da gelişen "anayasal kamu hizmeti" anlayışına göre bazı hizmetlerin sunumu anayasal normlar gereği zorunlu tutulabilir. Yine bu anlayışa göre "anayasal kamu hizmeti" kapsamına giren bir kamu hizmetinin kaldırılması hukuka aykırılık teşkil eder. Nitekim Fransız Anayasa Konseyi "anayasal kamu hizmeti"ni yerleşik içtihat olarak kabul etmiştir. Fransız doktrininde sayısı net olmamakla birlikte; güvenlik, eğitim, adalet, sağlık ve sosyal güvenlik "anayasal kamu hizmeti" olarak kabul edilmektedir. Türk hukukunda da anayasal olarak görülen bir takım kamu hizmetlerinin olduğu ve anayasa değişikliği yapılmadıkça bu tür kamu hizmetlerinin kaldırılamayacağı ileri sürülmektedir. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda[23] bazı kamu hizmetlerini

---

maddesinden almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal – KAPLAN, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa Ağustos 2011, s. 547.

22 KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 351.

23 Anayasa Mahkemesi, sağlık, eğitim ve öğretim, dış ticaretin düzenlenmesi, su, havagazı ve elektrik hizmetleri konularında verdiği kararlarda bu tür kamu hizmetlerini "önemli" olarak nitelemiştir. ULUSOY, Ali; **Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları**, Hukuk-

doğası gereği "önemli" hizmetler olarak nitelemiş ve bunların kurulmamasını veya kaldırılmasını anayasaya aykırı bulmuştur[24]. Bu konuda Türk hukukunda "anayasal kamu hizmeti"ne örnek olarak Anayasanın 42. maddesini örnek gösterebiliriz. "İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır." Anayasal kamu hizmeti olan ilköğretim eğitiminin sunulmaması "ihmal yoluyla anayasaya aykırılık" teşkil edebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de "olumlu yükümlülükler" kuramı yoluyla yasa koyucunun hareketsiz kalması halinde, bunun yaptırıma sebep olabileceğini, Türkiye'de yasa koyucunun hareketsiz kalmasının Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında olduğu ancak hak ve özgürlükler alanı konusunda AİHM'nin denetimine tabi olduğu ifade edilmektedir[25]. Eğer bir kamu hizmetinin sunulmaması AİHS'de yer alan bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandırıyorsa AİHM bu hareketsizliği denetleme imkânına sahiptir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da yola çıkarak kamu hizmetinin kurulması için yasa koyucunun harekete geçmesini beklemek sınırlı bir yaklaşım olabilir. Özellikle "anayasal kamu hizmeti" söz konusu olduğunda yasa koyucunun takdir yetkisi de sınırlanabilir. Ayrıca kamu hizmetinin kurulması işleminin değişkenlik ilkesi gereği olup olmadığı da tartışılabilir. Çalışma alanımız daha çok var olan

---

Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 7.

[24] ULUSOY, **Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları**, s. 6-7; BİLGEN, Pertev; **Kamu Hizmeti Hakkında**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1980, s.113

[25] KABOĞLU, **Anayasa Hukuku…** s. 352.

hizmetlerin yeni durumlara uyarlanması olduğu için bu konuda yasa koyucunun yetkisini kullanmasından sonraki aşama ele alınmaktadır.

İdarenin kamu hizmetini koruma altına almayıp, yenilememesinin tek yaptırımı siyasi olmamalıdır. İdare daha farklı ve etkili yollardan baskı altına alınarak yönlendirilebilmelidir. "…eğer sosyal hakların, anayasalarda yer alan güzel temenniler, yargı kararlarının gerekçesini süsleyen özlü saptamalar olmanın ötesine geçip yaşamın içerisinde gerçekleşir olmaları isteniyorsa, siyasal iktidarları rahatsız edecek ölçüde ve yoğunlukta dava edilebilmesi gerekir.[26]"

"Sosyal hakların gerçekleştirilmesinde edim yükümlülüğünü yerine getirmemenin yaptırımının "siyasal" olduğunu söyleyerek, bireye dava açma yolunu kapamak da doğru bir yaklaşım değildir. Doğrudur, demokratik bir sistemde siyasal iktidarlar yapmış oldukları tercih önceliklerinin hesabını belirli dönemlerde seçmene vermek zorundadırlar. Ne var ki demokrasi, sadece seçimle tanımlanabilen bir sistem değildir. Seçim, hak sahiplerinin kullandıkları haklardan sadece birisidir. Ancak bu hakkın kullanılması, Anayasa'nın 36. Maddesinde düzenlenen ve Anayasa Mahkemesi'nce "temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisi" olarak nitelendirilen dava açma hakkını kullanmanın önüne engel olarak çıkarılamaz.[27]"

İYUK m. 10 kapsamındaki başvurunun; olmayan bir kamu hizmetinin kurulması için de kullanılıp kullanılamayacağı sorusu akıllara gelmektedir. İYUK m.

---

26 ÖZVERİ, Murat; **Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi**, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, Petrol-İş Yayını-116, İstanbul 2011, s. 156.

27 ÖZVERİ, s. 149.

10'a göre: *"İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler"*. Madde incelendiğinde İYUK m. 10 hükmü yeni bir kamu hizmetinin kurulması için idareye yapılacak olan başvuruda izlenecek olan yol olarak gözükmektedir.

Kullanıcı kamu hizmetlerinin değiştirilmesi ve modernleştirilmesi için diğer bir hak arama türü olan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidebilir mi? İdari başvuru sonucu bir kazanım elde edemeyen ve kanun yolunu tüketen veya etkin bir yargılama olmadığından hareket eden[28] bir kullanıcı 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunun uyarınca hizmetin yeni gelişmelere uyarlanmasını, doğrudan hak ihlali olduğundan hareketle ya da mahkemenin verdiği ret kararı üzerine yapabilir. Örneğin enerji üretimi için nükleer enerji veya hidroelektrik santrali kullanımının eskimiş bir hizmet olduğu ve bunun yaşam hakkı ve çevre hakkı yönüyle hak ihlali oluşturabileceği sebebiyle, rüzgâr enerjisi veya güneş enerjisi gibi daha teknolojik ve modern bir hizmet sunumuna dönüşmesi için bireysel başvuru hakkının kullanılması mümkün olabilir. Eğer mahkeme ihlal kararı verirse 6216 sayılı kanunun 50. maddesinin 1. fıkrasına göre, *"İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir."* Mahkemenin verdiği ret kararına karşı yapılan başvuruda ihlal kararı verilirse, *"ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir."*

---

[28] KATIMAN, Esra; **Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Başvuru ve Etkinliği Sorunu**, TBB Dergisi 2013 (107), s. 25-26.

Bireysel başvuru yoluna dair şu sıkıntıyı da gündeme getirmek gerekir. 50. Maddenin 1. Fıkrasında geçen, *"Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez"* hükmü karşısında, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin neler olabileceği tartışılabilir. Mahkeme bir hidroelektrik santraliyle elektrik üreten barajın yerine rüzgâr enerjisinin kullanılması gerektiğine nasıl karar verecektir? Yargının vereceği kararın ne yönde olabileceği konusunda bu tartışmayı belirtmekle birlikte, asıl konumuz olan kullanıcının talebi noktasında böyle bir alternatifin de olabileceğini söyleyerek bu konuyu kapatalım.

3. Talebin "İdari Müracaatlar" Açısından Değerlendirilmesi

Değişkenlik ilkesinin gereklerinden olarak bahsettiğimiz vatandaşın idareye var olan bir hizmeti yeni duruma uyarlama ya da olmayan bir hizmetin hayata geçirilmesi amacıyla başvuru yapabilmesi konusuna değinirken, konuyu idari müracaatlar açısından ele almak gerekliliği hâsıl olmuştur. İdareye hizmeti değiştirme noktasında müracaatta bulunulabilir mi sorusuna ilk bakışta tabii ki bulunulabilir cevabı verilebilir. Çünkü nihayetinde idareye her tür konuda başvuru yapmaya engel bir durum yoktur. Önemli olan yapılan başvurunun hukuki ve idari olarak anlamlı olması ve sonuç doğurabilir nitelikte olmasıdır.

Bu kapsamda konunun idari müracaatların çeşitleri üzerinden ele alınarak, değişkenlik ilkesi gereği yapılacak bir idari müracaatın ne tür bir müracaat olabileceğinin tartışılması gerekmektedir. Öncelikle belirtelim ki idari müracaatların anlamlı olabilmesi için kanuni veya hukuki bir dayanağının olması gerekmektedir. Duran da bu konuda, "idari müracaatların, netice itibariyle bir dava ikamesine

salâhiyet bahşedebilmesi için, kanuni veya hukuki bir mesnedi bulunmak lâzımdır[29]" demektedir.

Bu durumda öncelikle incelenmesi ve tartışılması gereken nokta, değişkenlik ilkesi gereğince hizmete ilişkin yapılacak bir idari başvurunun kanuni veya hukuki bir gerekçesinin varlığı ya da gerekçenin ne olabileceğidir. Hukuki gerekçe olarak Danıştay vermiş olduğu bir kararda; "Kamu hizmetini görev olarak yüklenmiş bir kamu kurumunun, görev alanına giren hizmetleri, halkın yakın ve uzak gelecekteki gereksinmelerini, bu gereksinmeleri gidermek için kamu yönetiminin gerek duyacağı araç, gereç ve personel durumunu önceden plânlayarak gerekli önlemleri alması ve görevini yerine getirmesi asıl olup…[30]" diyerek idarenin değişkenlik ilkesi gereği bir yükümlülüğünün varlığını ve buna göre yapılacak bir başvurunun hukuki bir gerekçesi mevcut olduğunu belirtmiştir. Nitekim Duran, "…hukukî bir kıymeti haiz olabilmek için, devlet mevzuatı veya umumî hukuk prensipleri tarafından az çok himayeye mazhar bulunmalıdır[31]" diyerek hukukun genel ilkelerini de bu kapsamda değerlendirmiştir.

Yine kanuni müracaatlar kapsamında yapılan değerlendirmelerde, "hukuk kaidelerinin idareye bir vazife, vecibe, mükellefiyet veya mecburiyet şeklinde tahmil ettiği ve idare edilenlere de bunu istemek salâhiyetini tanıdığı hususlarda yapılacak başvurmalar kanunî müracaat addolunmalıdır.[32]" Değişkenlik ilkesi bağlamında yeni

---

29 DURAN, Lütfi; **İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi**, İÜHFM, C. 12, S. 1, 1946, s. 140.

30 Danıştay 11. Dairesi, E. 1975/4855, K. 1977/1704, T. 04.05.1977, **Danıştay Dergisi**, s. 29-28, s. 604.

31 DURAN**, İdari Müracaatlar..,** s. 140.

32 DURAN, **İdari Müracaatlar..,** s. 140.

bir hizmetin kurulması veya var olan bir hizmetin değiştirilmesi için hizmetten yararlananların idareye başvurusunu, idarenin yapmakla mükellef olduğu bir görevle ilgili olarak değerlendirdiğimizde bu tür müracaatları kanuni müracaatlar olarak kabul etmek gerekir.

Değişiklik talebiyle ilgili idareye yapılacak müracaatların literatürde yer alan ve kanuni müracaatların karşısında yer alan alelade (istit'af) müracaatlar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Alelade müracaatlar "sadece bir lütuf, cemile, âtiye ve ihsanı tazammun ve bu itibarla idarenin takdir salâhiyetine giren bir mesele teşkil edeceğinden, ilgililer için menfaat mevcut olmasına rağmen, hukuken himayeleri mümkün değildir.[33]" Burada hemen şunu hatırlatalım: alelade müracaatlarda, idarenin başvuruya karşı herhangi bir sorumluluğu yoktur. Başka bir ifadeyle idare bu başvuruya cevap vermek zorunda değildir. Ayrıca idareye yapılan bir alelade başvuru sonucunda idarenin herhangi bir cevabı veya sessiz kalması durumunda bu duruma bir sonuç bağlayıp dava açmak da mümkün değildir[34].

Hizmetin yeni gelişmelere ayak uydurması için idareyi bu değişikliğe zorlamak amacıyla yapılacak olan bir müracaatı Duran'ın da belirttiği gibi bir "lütuf, cemile, âtiye ve ihsan" olarak nitelemek mümkün değildir. Burada amaç kamu hizmetinin gereklerine uygun olarak hizmetin sunulması amacıyla idareyi harekete geçirmektir. Nitekim hizmetin değişimlere ayak uydurmaması olası bir hizmet kusuruna ya da o hizmetin kurulma amacı olan kamu yararına artık hizmet etmemesine neden olabilir. Bu nedenle değişkenlik ilkesi sebebiyle idareyi harekete

---

33 DURAN, **İdari Müracaatlar..,** s. 140.

34 DURAN, **İdari Müracaatlar..,** s. 141.

geçirmeye yönelik olarak yapılacak olan müracaatın kanuni müracaat olarak kabul edilmesi gerekir.

Yine son olarak idareye yapılacak müracaatın kanuni mi alelade mi olup olmadığı konusunda somut ölçütler mevcut değildir. Bu konuda başvurunun mevzuat hükümleri çerçevesinde yapılıp yapılmadığı veya idarenin takdir yetkisine giren bir konu olup olmadığı değerlendirme ölçütü olarak ele alınabilir. Ancak son tahlilde bu değerlendirmeyi yapacak olan makam yargı organıdır[35].

4. İdarenin Takdir Yetkisinin Talebin Reddine Etkisi

Kural olarak idare, yaptığı eylem ve işlemlerde hukuka bağlı olmak zorundadır. Bu durum idarenin çok karmaşık ve sayıca fazla olan işlem ve eylemlerinde çok katı olunması halinde idareyi çıkmaza sokabilir. Bu sebeple yasal olarak idareye belirli alanlarda takdir yetkisi verilmiştir. Bu yetkinin yasal zeminini Anayasa'da ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bulmak mümkündür. Anayasa'nın 125/4. maddesinde: *"Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez"* hükmü yer alırken, benzer hüküm İYUK 2. maddede: *"İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler"* şeklinde yer

---

35 DURAN, **İdari Müracaatlar..,** s. 141.

almaktadır. Bu hükümlere göre mahkemelerin karışamayacağı veya giremeyeceği alanlardan birisi olarak *"idarenin takdir yetkisinin"* kaldırılması gösterilmiştir.

Yayla, *"...idare, soyut ve genel kuralları somuta indiren, yaşama uygulayan; bazen de, kanundaki kuralları, tüzük, yönetmelik gibi daha aşağı derecedeki ama yine soyut ve genel işlemlerle tamamlayan bir kuruluştur. Ayrıntıya her geçiş; somuta her yaklaşış, bu geçiş veya yaklaşmanın getirdiği yeni tespitlere ve değerlendirmelere yol açacak; idare de en üst karar organından, somut uygulama işlemlerini yapan makamlarına kadar, derece derece söz konusu yetkiyi kullanacaklardır*[36]*"* diyerek idareye takdir yetkisinin verilmesinin sebebini açıklamıştır.

Yine Onar'a göre takdir yetkisi, *"İdarenin faaliyetlerini tanzim eden ve muhtelif kaynaklardan çıkan hukuk kaideleri, bu faaliyetlerin bütün teferruatını tanzim edemez. Sayısız ve çok çeşitli ihtiyaçlara muhtelif faaliyetlerle cevap vermek mecburiyetinde bulunan idareye bazı hallerde tasarrufun sebebini veya mevzuunu veyahut icra zaman ve mekânını tayin hususunda bir serbesti, bir takdir kudret ve salâhiyeti tanınabilir. İşte bazı hallerde kanunların hükümler sevk etmeyerek idareye bırakmış oldukları bu serbest saha, takdir salâhiyetinin sahasını ve idarenin böyle hallerde muhtelif ihtimallerden ve şıklardan birini tercih edebilmesi de takdir kudret ve salâhiyetini teşkil eder: İdare bu salâhiyetine dayanarak kabil olan muhtelif hal tarzlarından birini seçer veyahut herhangi bir kararı alıp almamak şıklarından birini tercih eyler; hülâsa kanunun sükût ettiği yerlerde kendi kanaat ve düşüncelerine göre hareket eder.*[37]*"*

---

36 YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, İstanbul 2009, s. 190.

37 ONAR, C. I, s. 420.

Danıştay'ın idarenin takdir yetkisine girdiğini ifade ettiği vatandaşlığa alınma ile ilgili bir kararında bu konuyu açıklarken şu ifadeleri kullanmıştır: *"...incelenen kararda da belirtildiği gibi, Türk Vatandaşlığına alınmak isteyenler kanunda öngörülen şartları taşıyor olsalar bile vatandaşlığa alınıp alınmamaları hususu Bakanlar Kurulunun takdirine bağlıdır. Türk Vatandaşlığına alınıp alınmama konusunda idareye 403 sayılı Yasa ile tanınan takdir yetkisi, devletin hükümranlık hakkının bir sonucu olup: koşulları bulunan herkesin isteği halinde Türk Vatandaşlığına mutlak şekilde kabul edilebileceği yolunda mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır... Davacının Türk Vatandaşlığına alınması istemiyle yaptığı başvuru üzerine, hakkında yaptırılan soruşturmaya dayalı olarak vatandaşlığa alınmasının genel güvenlik bakımından sakıncalı olduğu sonucuna ulaşılarak istemi reddedilmiştir. Bu durumda, devletin genel güvenliği ve siyasi çıkarları dikkate alınarak, 403 sayılı Yasanın tanıdığı takdir yetkisi çerçevesinde davacı hakkında tesis edildiği anlaşılan işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup: dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.*[38]"

İdarenin bazı konularda rahat hareket etmesi için verilmiş takdir yetkisinin sebeplerinden birisi de kamu hizmetinin değişkenlik ilkesidir. Yasamanın kamu hizmetlerindeki her yeni gelişme için yeni bir düzenleme yapabilmesinin imkânsızlığı karşısında, bu ilke sayesinde idare kamu hizmetlerinin yeni gelişmelere

[38] Danıştay 10. Dairesi, E. 1996/2993, K. 1997/4168, K.T. 06.11.1997 (UYAP Mevzuat).

uyum sağlamasını daha hızlı ve etkili bir biçimde takdir yetkisini kullanarak sağlayabilecektir[39].

İdarenin değişkenlik ilkesi uyarınca, sosyo-ekonomik ve teknolojik bakımdan her gelişmeye ayak uydurmak zorunda olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Çünkü teknolojiye ayak uydurmanın sınırı nedir? Ölçüsü nedir? Bu anlamda ülkenin ekonomik koşulları bu uyarlamaya ne ölçüde el vermektedir? İdareye kamu hizmetini uyarlamak için sunulan alternatif ölçütlerden *"insan onuruna yaraşır bir seviye"* ya da *"asgari yaşam düzeyi"* gibi ifadelerin de çok net olmadığı açıktır. Ancak idarenin gelişen dünyaya kamu hizmetlerini uyarlaması noktasında, en azından hizmet kusuru teşkil etmeyecek ölçüde yeni gelişmelere ayak uydurması beklenebilir. Bu standardın sağlanması açısından idarenin takdir yetkisinin olmadığını, bu standarda ulaşmak anlamında yükümlülüğünün olduğunu söyleyebiliriz.

İdareye böylesine bir yetki vermek zaman zaman problemlere sebep olabilmektedir. Verilen yetkinin sınırının aşılması ve takdir yetkisinin keyfi kullanımı bunlardan biridir. Değişkenlik ilkesi gereği idare hizmet sunumunda, yeni bir hizmeti sunmaya başlamasında ya da var olan bir hizmeti kaldırmasında takdir yetkisini aşması halinde hukuka aykırı davranmış olur.

İdarenin değişkenlik ilkesi uyarınca yukarıda belirtilen sebeplerle bazı durumlarda takdir yetkisinin olmadığını ifade ederken, değişkenlik ilkesinin kapsamı açısından, en azından idarenin takdir yetkisinin var olup olmadığı noktasında, bir ayrım yapmak zorunlu gözükmektedir. Çünkü idarenin değişkenlik ilkesi gereği hizmette değişiklik yapabilmesi takdir yetkisinde midir sorusunun cevabı konulara

---

[39] GÜNDAY, s. 335.

göre farklılık gösterebilmektedir. Değişkenlik ilkesinin kapsamını takdir yetkisi çerçevesinde, kamu hizmetinin sunumunda kullanılan araç gereç ve teknolojinin yeni duruma uyarlanması, kamu hizmetinin sunumunu gerçekleştiren personel sisteminin hizmet gereği değiştirilmesi ve bu hizmetin sunumu için kendisine yetki verilen imtiyaz sahibinin bu değişiklikten etkilenmesi olarak belirleyebiliriz. Hizmetin içeriğinde ya da sunumunda kullanılacak araç gereç ve teknolojinin yeni durumlara uyarlanması konusunda idarenin takdir yetkisinin çok sınırlı olduğu yukarıda ifade etmiştik. Yine konusu gereği bir "anayasal kamu hizmeti" alanı mevcut ise, idarenin bu alanda hizmet sunması ve gelişen teknoloji gereği hizmeti iyileştirmesi yönünde bir takdir yetkisinin olmadığını söyleyebiliriz.

Personel açısından hizmetin gereği olarak yerinin değiştirilmesi konusunda Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi gereği idarenin takdir yetkisinden bahsetmek mümkündür. Ancak burada da idarenin takdir yetkisi sıkı koşullara bağlanmış ve içtihadi olarak ilke ve kurallar belirlenmiştir. Bu konuya ikinci bölümde "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırı" başlığında değinilecektir.

İmtiyaz sahibinin kamu hizmetinde değişkenlik yapılması halinde imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi sebebiyle buna katlanmak zorunda olduğu belirtilmiştir[40]. İmtiyaz sözleşmelerinin konusu kamu hizmeti olduğu için ve idarenin hizmete yönelik olarak yapacağı değişiklik hizmetin sunumuna ilişkin araç gereç ve teknolojiye ilişkin olacağı için yine takdir yetkisinin sınırlı olabileceğini söyleyebiliriz.

---

[40] ÖZTÜRK, K. Burak; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2000, s. 72.

Sonuç olarak, idarenin kamu hizmetini yeni gelişmelere uydurması anlamında takdir yetkisinin varlığından bahsetmenin mümkün olduğunu ifade etmekle birlikte, bu yetkinin özellikle hizmetin önemi veya eskimiş bir kamu hizmetinin yenilenmesi söz konusuysa, sınırlandığını belirtmek gerekir. Örneğin idarenin takdir yetkisi, anayasal kamu hizmeti alanında olan bir hizmetin yenilenmesi konusunda çok sınırlı tutulmalı veya bağlı yetkiye dönüşmelidir. Ayrıca idarenin mali imkânları, takdir yetkisini alternatif hizmetler arasında seçim yaparak hizmeti yeni gelişmelere ayak uydurmak zorunda bırakıyor ise, bu seçim yetkisini de hizmetin önemi ve eskimişlik oranına göre yapması beklenir. Mali imkânlar sebebiyle idarenin hizmetleri yeni gelişmelere uydurması ya da uyduramama anlamında mali imkânlarını gerekçe göstermesine şimdi değinilecektir.

5. Anayasanın 65. Maddesinin Değişkenlik İlkesine Etkisi

Anayasa'nın 65. maddesinin düzenlemesi aynen şöyledir: "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."

Bu hüküm devletin görevlerini yerine getirirken belirli sınırları olabileceğini ve bu sınırların neler olabileceğini öngörmek amacıyla vardır. Acaba idare, kamu hizmetlerinin değiştirilmesi veya yeni gelişmelere uyarlanması talebiyle önüne gelen bir başvuruya, anayasanın 65. maddesini gerekçe göstererek ret kararı verebilir mi?

Tanör, 1961 Anayasası'nın 53. maddesiyle ilgili değerlendirme yaparken, 65. maddenin de devletin sosyal sorumluluklarını yerine getirmediği durumlarda

"anayasayla hak sahibi kılınmış kişiler tarafından dava yoluyla sıkıştırılmasını önleme" amacını taşıdığını belirtmektedir[41].

Aynı görüşünü 1982 Anayasasını irdelerken de ifade eden Tanör, böyle bir hükmün bulunmamasının idarenin ya da devletin sosyal haklarını elde edemeyenler tarafından sürekli olarak baskı altına alabileceğini ve bu hükümle birlikte idarenin sığınabileceği bir savunma aracının yaratıldığını ifade etmiştir[42].

Nitekim 65. maddenin gerekçesine bakıldığında durum daha net ortaya çıkmaktadır. Gerekçenin ilgili kısmında: *"Madde, hiç kimseye Devlet'ten sosyal ve ekonomik haklan gerçekleştirmesi hakkını vermediğini, bu hakların Devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir*[43]" demektedir.

"Taşkent ise; devletin Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi vermekle yükümlüdür" hükmünü anımsatarak, devletin adil bir vergi politikası izlemediği, verginin ağırlıklı olarak ücretlilerden alındığı koşullarda, devletin imkânlarının sınırlı olduğu görüşüne itibar etmenin sosyal adaletten söz etmeyi anlamsızlaştıracağı saptamasını yapmaktadır. Yazara göre, "Devlet ne yapsın? Devletimizin imkânları belli. Biz işçimizi, memurumuzu sevmez miyiz? Biz de isteriz, ama ne yapalım, devletimizin

---

41 TANÖR, Bülent; **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul: May Yayınları, 1978, s. 373.

42 TANÖR, s. 185.

43 RAMAZANOĞLU, Yıldırım M.; **Farklı Bir Bakışla Anayasa Gerçeği**, Ege Basım, İstanbul 2012, s. 262.

imkânları bu kadar" demek, hiçbir biçimde sosyal adaletle bağdaşır bir görüş değildir.[44]*"*

"Aslan'a göre "mali kaynakların yetersiz olması kriteri devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinde bir sınırlamaya meşruiyet kazandırabilir. Ancak bu halde iktisadi ve sosyal ödevleri sınırlanan bir birey devletin aksaklıklarını öne sürerek devletin ödevlerini yerine getirmediğini kanıtlarsa devlet kusuru ile sorumlu olmalıdır. Burada kusurun niteliği önemsizdir. Aksi halde devletin kusuru olmamakla birlikte devlet bu kriterin var olması nedeniyle iktisadi ve sosyal ödevlerini sınırlamakta haklıdır. Bu kriter kanaatimizce ancak savaş halinde savaşın etkili olduğu bölge için anlam kazanabilmekle birlikte savaşa devlet kusuru ile sebep olmuşsa bu kriterin gerçekleştiğinden söz edilemez. İstisnalardan biri de devletin öngöremeyeceği doğal sebeplerdir.[45]"

Hükmün tarihine inecek olursak, 1961 Anayasasına göre 1982 Anayasası düzenlemesinin "sosyal haklar" bağlamında geriye gittiğini ve devlete sosyal hakları düzenleme ve gözetme anlamında verilen görevin biraz daha yumuşatıldığını söyleyebiliriz[46]. 2001 değişikliği sonrası "ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek" ibaresi kaldırılmış ve yerine "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek" ölçütü getirilerek "sosyal haklar" anlamında daha iyiye giden bir hüküm

---

44 Taşkent T, (1992), **Sosyal Devlet**, Sosyal Devlet, Seminerler Dizisi 3, Ankara: Özçelik-İş Sendikası Yayını, s. 37-58. Aktaran: ÖZVERİ, s. 146.

45 Aslan, B, (2009), **Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı**, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 146. Aktaran: ÖZVERİ, s. 147.

46 KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları**, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler, 4-5-6 Kasım 2010, (Düzenleyen : Pamukkale Üniversitesi), petrol-iş yay., 113, s.43 vd.

özelliğini kazanmasına rağmen, mahkeme kararlarında bu gelişmenin somutlaşmasının görülemediği vurgulanmıştır[47]. Kaboğlu bu gelişmeyi ifade ederken *"ekonomik istikrar, sosyal haklara göre öncelik taşımayacak, sosyal alanlar, ekonomik politikaların seçeneğini oluşturabilecektir. Sosyal haklar lehine sağlanan bu anayasal gelişmenin Anayasa Mahkemesi kararına yansıdığını söylemek kolay değildir*[48]" diyerek Anayasa mahkemesinin içtihatlarını yeni değişimlere uyarlamasının önemli olduğunun altını çizmiştir.

Kamu hizmetinde değişkenlik ilkesiyle Anayasa'nın 65. maddesini birlikte değerlendirirken ilkin şu soru akla gelebilir: Devlet değişkenlik ilkesine ne ölçüde ayak uydurmak zorundadır? Başka bir ifadeyle devlet ya da idare değişen her teknolojiye kamu hizmetini uydurmak zorunda mıdır?

Onar bu konuyla ilgili olarak, *"Amme hizmetleri teşkilât ve idaresinde daima böyle değişiklikler yapılması imkânı Devletin bu hizmetleri en mükemmel bir şekilde yapması mecburiyetinden doğar*[49]" diyerek idarenin değişen durumlara uymakla mecbur tutulması sebebiyle idarenin kamu hizmetinde değişkenlik yapabilmesini ifade etmektedir.

Her devletin sosyal, siyasal ve ekonomik durumları birbirinden farklıdır. Bu aşamada devletin ya da idarenin değişen ve gelişen dünyaya ayak uydurması bakımından her devletin ya da idarenin aynı tepkiyi vermesi düşünülemez. Ancak bunun bir asgari sınırı olmalıdır. Bu konuda çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Yayla 'ya göre, burada söz konusu olan asgari sınır, "çağdaş standart"tır. Devletin kamu

---

47 KABOĞLU, **Sosyal Haklar…** s. 45.

48 KABOĞLU, **Sosyal Haklar…** s. 46.

49 ONAR, C. I, s. 22.

hizmetinde değişkenlik yaparken neye göre hareket edeceğini hangi kıstasa uyacağını belirlemenin zor olacağını belirten yazar, bu konuda teknolojik ve sosyal olarak en gelişmiş ülkeleri temel almanın idareye haksızlık olabileceğini, öyle ki bu değişkenlik sebebiyle oluşacak masrafın yine vatandaştan çıktığını bu sebeple kıstası "çağdaş standart" olarak belirlemenin doğru olacağını belirtmiştir[50].

İdarenin değişkenlik yapma sorumluluğunun sınırı olarak ifade edilen göstergelerden bir diğeri de "insan onuru" kavramıdır[51]. Bu kavramı devletin kamu hizmetlerinde sağlamakla yükümlü olduğu asgari şart olarak kabul etmek gerekecektir. "Hiçbir neden hizmetlerin insan onuruna aykırı olacak şekilde verilmesinin gerekçesini oluşturamaz. Bu durum, Anayasa ile "sosyal" devlete yüklenen "kişilerin, toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" (md.5) görevi ile bağdaşmaz.[52]"

Yine değişkenlik ilkesi kapsamında, kamu hizmetlerinin standardı noktasında öne sürülebilecek diğer bir ölçüt "asgari yaşam düzeyi" olabilir. Nitekim Anayasa mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, sosyal devlet ilkesiyle sosyal güvenlik çerçevesinde devletin insanlara sunmak zorunda olduğu hizmetin içeriğini doldururken aynı ifadeyi kullanmıştır. Kararın ilgili kısmına göre:*"...Sosyal güvenlik hakkı, çalışanların yaşamlarının ve yarınlarının güvencesidir. İnsanların yarınlarını güvenceye alma düşüncesi, sosyal güvenlik kuruluşlarına olan gereksinimi doğurmuştur. Sosyal güvenlik, toplumun parçası olan bireylere, gelirleri ne olursa*

---

50 YAYLA, s. 86.

51 ATASAYAN, s. 89

52 ATASAYAN, s. 89.

olsun doğal bir olay olan yaşlılık ile hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgarî bir yaşam düzeyi sağlama amacına yöneliktir.[53]*"*

Anayasanın 65. maddesindeki düzenlemenin özellikle Anayasa Mahkemesine tercih imkânı verdiği ve sosyal devlet ilkesi gereği devletin sosyal haklarla ilgili düzenlemelerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Anayasa Mahkemesinin 65. madde hükmünü yorumlama şeklinin uyuşmazlığın çözümü anlamında belirleyici olduğu ve yargı kararları incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin 65. maddeyi geniş yorumlayarak sosyal hakların sınırlanmasında önemli rol oynadığı yönünde görüşler vardır. Bu bakış açısından dolayı da Anayasa Mahkemesinin sosyal devlet ilkesinin uygulanmasına giderek duyarsızlaştığı belirtilmiştir[54].

Anayasanın 65. maddesinin ne anlama geldiği ve hangi ölçütlerle kullanılabileceği veya hangi durumlarda hizmetin gerekleri belirlenirken "mali kaynakların yeterliği ölçüsü" kıstasının hukuka uygun olacağının belirlenmesi gereklidir. Anayasa Mahkemesi bir kararında Genel Sağlık Sigortası kapsamında diş protez işleminin belirli yaş gruplarında kısmen diğer bir kısmına ise hiç ödeme yapmamasıyla alakalı bir uyuşmazlıkta 65. maddeyi ölçüt olarak kullanmış ve: *"Maddenin (d) bendinin iptali istenilen bölümünde ise, 18 yaşını doldurmayanlar ile 45 yaş ve üzerindeki kişilerin diş protez giderlerinin 72. maddeye göre belirlenen tutarının % 50'sinin Kurum tarafından karşılanacağı belirtilerek diş protez giderlerinde yaşa bağlı sınırlama getirilmiştir. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini*

---

53 AYM, E.1996/17, K.1996/38, K.T.16.10.1996, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 09.08.1997-23075.

54 SAĞLAM, Fazıl; **Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma**, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 757.

sağlamakla yükümlü olduğu, son fıkrasında da sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği öngörülmektedir. Ancak bu maddede Devlete verilen görevin Anayasa'nın 65. maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsü ile sınırlı olduğu kuşkusuzdur. 5510 sayılı Yasa ile kurulan genel sağlık sigortası, sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı olarak, alınan primler ile sağlık hizmetleri finanse edilen kişilerin sayısı ve bunlara sağlanan sağlık hizmetlerinin kapsamı ve süresi arasında bir denge kurulmasını ve sistemin hakkın özünü zedelemeyecek şekilde kimi sınırlamalar getirilerek finansal açıdan sürdürülebilir olmasını gerekli kılmaktadır… Genel sağlık sigortasının tüm nüfusu kapsaması nedeniyle diş protez giderlerinin karşılanmasında belirli yaş gruplarına ödeme yapılmaması ya da bazılarına belli oranda ödeme yapılması Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yasa koyucunun takdirindedir. Açıklanan nedenlerle… iptal isteminin reddi gerekir.[55]*"* gerekçeleriyle iptal istemini reddetmiştir. Bu kararı eşitlik ilkesine aykırılık dolayısıyla eleştirmek mümkündür. Sağlık kamu hizmetinin sunumunda yaş kıstasını kullanarak sınırlandırmaya gidilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülebilir. Ancak mahkeme burada 65. maddeyi somutlaştırırken, *"genel sağlık sigortası, sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı olarak, alınan primler ile sağlık hizmetleri finanse edilen kişilerin sayısı ve bunlara sağlanan sağlık hizmetlerinin kapsamı ve süresi arasında bir denge kurulmasını ve sistemin hakkın özünü zedelemeyecek şekilde kimi sınırlamalar getirilerek finansal açıdan sürdürülebilir olmasını gerekli kılmaktadır*" diyerek sağlık kamu hizmetinin sunulması ile mali yeterlilik arasında bir denge kurmaya

[55] AYM, E. 2006/111, K. 2006/112, K.T. 15.12.2006, R.G. Tarih-Sayı: 30.12.2006/26392 5. Mükerrer.

çalışmıştır. Dolayısıyla devletin kamu hizmetini sunarken mali kaynakları ölçüsünde sınırlamaya gitmesi hukuk kuralları çerçevesinde mümkündür. Ayrıca hizmet kalitesi anlamında sınırlamaya başvurması yargı denetimine tabi olup tamamen takdir yetkisinde olan bir alan değildir.

Kamu hizmetlerinin kurulması, kaldırılması, değiştirilmesi işlemlerinde Anayasanın 65. maddesinin etkisini incelerken ve özellikle kullanıcının kamu hizmetlerinin değiştirilmesi yönünde idareden talepte bulunması ihtimalinde, idarenin Anayasanın 65. maddesini gerekçe göstererek savunma yapması konusunda aynı Anayasa mahkemesi kararında iki farklı bakış açısını görmek mümkündür. İlgili kararda mahkeme[56]: *"Anayasa'nın 60. maddesiyle bireylere tanınan 'sosyal güvenlik hakkı'nın sağlanması için alınacak önlemler ve kurulacak teşkilât bakımından Devlet görevlendirilmekte, 65. madde ile de bu göreve kimi sınırlamalar getirilmektedir. Ancak 60. madde ile tanınan 'sosyal güvenlik hakkı' yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen 'yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı' ile bağlantılıdır. Dolayısıyla Devlet, ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde 'yaşama hakkı'nı ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar getiremeyecektir. Bu nedenle, sağlık yardımlarının yataklı tedavi kurumlarında altı ayı geçemeyeceğine ilişkin itiraz konusu kural, Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemez."*

Anayasa mahkemesi, idarenin 65. maddeyi gerekçe göstererek kamu hizmetinin içeriğinin sınırlandırılması konusunda yaptığı düzenlemeyi, yaşam hakkı söz konusu olduğunda kabul etmemektedir. Bu kararı yaşam hakkını ilgilendiren kamu hizmetinin değiştirilmesi ve yenilenmesi konusunda da vereceğini düşünmek

[56] AYM, E.1996/17, K.1996/38, K.T.16.10.1996, R. G. Tarih-Sayı: 09.08.1997-23075.

mümkündür. Aynı kararın karşı oy görüşünde ise: *"Devlet, Anayasa ve yasalarla kendisine yüklenen görevleri ancak ekonomik imkânları ölçüsünde yerine getirebilir. Aynen millî eğitim hizmetlerinde olduğu gibi, sağlıkta da tıkanmalar yaşanmakta, ödevler ve görevler tam anlamıyla görülememekte, ama her şey Devletten beklenmektedir. Sosyal Devlet anlayışı bugün doktrinde tartışılmakta, vatandaş-devlet münasebetleri ve kamu hizmetlerinde yeni gelişmeler görülmektedir. Gerçekçi davranarak, sağlık hizmetlerinde de yapılabileceğin ötesine geçilmemesi gerekir. Aksi hâlde Devlet diğer normal ve rutin görevlerini bile yerine getirmede güçlüklerle karşılaşır. Bağ-Kur'un içinde bulunduğu malî kriz de göz önüne alınarak, yasama organınca Anayasa'nın 65. maddesine uygun olarak ek 14. maddenin ikinci fıkrasıyla getirilen sınırlamanın Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz"* diyerek 65. maddenin kamu hizmetlerinin sınırlandırılması konusunda "yaşam hakkı" dahi söz konusu olsa, idarenin yaptığı işlemin savunması olabileceği ve "her şeyin devletten beklenmemesi gerektiği"ne vurgu yapılmıştır.

Anayasa mahkemesinin yukarıda bahsettiğimiz ve "yaşam hakkı" söz konusu olduğunda Anayasanın 65. maddesi gereği hizmetin sınırlanmasının mümkün olmayacağını öngören kararı ışığında, yorum yoluyla anayasada belirtilen ve devletin olumlu edim yükümlülüğünün bulunduğu diğer haklar bağlamında da aynı yönde kararlar vermesinin uygun olduğu fikrindeyiz. Örneğin Anayasanın 5. maddesinde geçen "Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü" ibaresindeki savunma ve güvenlik hakkı, 17. maddede düzenlenen "yaşam hakkı", 35. maddede düzenlenen "mülkiyet hakkı", 36. maddede geçen "hak arama hürriyeti", 42. maddede yer alan "eğitim hakkı", 56. maddede düzenlenen "sağlık hakkı", 60. maddede düzenlenen "sosyal güvenlik hakkı" gibi hakların yer aldığı kamu hizmetinin yeni durumlara

uyarlanması söz konusu olan düzenlemelere karşı Anayasanın 65. maddesinin gerekçe gösterilmesi kabul edilemez.

6. Talebin Reddi Üzerine Mahkemenin Vereceği Kararın "Yerindelik Denetimi" Açısından Değerlendirilmesi

Kamu hizmetinden faydalanan vatandaş teknolojinin geliştiğinden bahisle herhangi bir hizmetin teknolojik gelişmeye ayak uydurmasını idareden istediğinde durum ne olacaktır? Mesela bu konuda idareye yapılan başvuruda idare ret kararı verse ve vatandaş bu karara istinaden idare mahkemesine başvursa mahkeme nasıl bir karar verecektir?

Mahkemenin vatandaş lehine bir karar vermesi yani idarenin ilgili hizmeti gelişen teknolojiye göre düzenlemesi gerektiğini söylemesi bir yerindelik denetimi sayılabilir. Anayasanın 125. maddesine göre: "Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez." Yerindelik denetiminin ne olduğu sorusunu biraz inceleyecek olursak; yerindelik denetimi hukuka uygunluk denetiminden farklıdır. Yerindelik denetimi idarenin takdir yetkisinin çekirdeği ve hukuka uygunluk denetiminde yargılama anında bu çekirdeğe ulaşıldığında yargılamanın durması gereken sınırı gösteren çizgidir[57]. Örneğin eşdeğer durumda bulunan adaylar (seçenekler) arasından bir tercih yapılmışsa bu idarenin yerindelik denetimidir. Mahkeme bu tercihe müdahale ederse,

[57] YAYLA, s. 193.

yani başka sakatlık sebebi olmadan sırf bu sebeple bu işlemi iptal ederse yerindelik değerlendirmesi yapmış olur ve bu durum hukuka aykırıdır[58]. Yine bir örnek vermek gerekirse, pazar yerine karar vermekte olan bir idarenin, aynı nitelikte olan üç yer arasından birini tercih etmesi durumunda bu işlemin yargı yerince hukuka aykırı bulunması (başkaca bir hukuka aykırılık sebebi yok iken) yerindelik denetimi olur. Mahkemenin vereceği ret kararı ise idarenin gelişen teknolojiye ayak uydurması konusunda tamamen bir takdir yetkisinin olduğunu ve bu değişikliğin ancak idarenin istemesi ya da yasama işlemiyle kurulmuş bir hizmet söz konusu ise ancak yasama organının bir değişikliğe gitmesiyle söz konusu değişikliğin yapılabileceği anlamına gelebilir.

Anayasa mahkemesi verdiği bir kararda yerindelik denetiminden bahsederken şu ifadelere yer vermiştir: *"kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullara uymak kaydıyla, büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan belediyelerin veya köylerin tüzel kişiliğini kaldırabilir. Böyle durumlarda, tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerin veya köylerin önceki durumlara göre daha iyi hizmet alıp almayacağı hususunun değerlendirmesinin yapılması, yerindelik denetimi anlamına geleceği ve bunun Anayasa Mahkemesince yapılacak denetimin dışında kalacağı açıktır.[59]"*

Başka bir kararında Anayasa mahkemesi: *"Taşınmazın riskli olup olmadığının tespiti için yapılan masraflar, taşınmazın tümü için ortak yapıldığından bina paydaşlarının sadece kendi hisselerine düşen kısımdan değil, tespit masraflarının tümünden sorumlu tutulmaları ve bu bağlamda müteselsil*

---

58 Danıştay 5. Dairesi, E. 1987/2389, K. 1987/1620, K.T. 23.11.1987., Aktaran: YAYLA, s. 194.

59 AYM, E. 2013/19, K. 2013/100, K.T. 12.9.2013, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

sorumluluklarını öngörmek mümkündür. Borçlar Kanunu m. 162 gereğince müteselsil sorumluluk, borçluların ortak borçlu olmayı kabul etmeleriyle yahut kanunda müteselsil borçluluğun öngörülmesiyle doğar. Burada da, kanunla öngörülmüş bir müteselsil sorumluluk hali vardır. Somut olayın ve müteselsil sorumluluğun niteliğine uygun olmak kaydıyla Kanun koyucu bir borçtan dolayı müteselsil sorumluluk hali öngörebilir; bu konuda takdir yetkisi vardır. Kanun koyucunun müteselsil sorumluluk öngörebileceği bir konuda, bu şekilde bir sorumluluk öngöremeyeceği, bunun mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale olacağını söylemek, yerindelik denetimi yapılması sonucunu doğurmaktadır[60]*"* diyerek kanun koyucunun takdir yetkisine müdahale niteliği taşıyabilecek konularda mahkemenin karar vermesinin yerindelik denetimine yol açacağını belirtmiştir.

"...bir kamu birimi tarafından yerine getirilen görevin, diğer bir kamu birimince yerine getirilmesinin daha uygun olacağı yönündeki değerlendirmeler, yerindelik denetimi anlamına gelmekte olup anayasallık denetimi kapsamı dışındadır...[61]*"*

Danıştay'ın vermiş olduğu ve yurtdışı görev süresinin uzatılmasına ilişkin karar verme yetkisine ilişkin bir uyuşmazlığın azlık oyu kısmında yerindelik denetiminden bahsederken *" ...Büyükelçiliği Kültür Ateşesi iken üç yıllık görev süresinin dolması üzerine 14.2.1997 günlü 97/46773 sayılı müşterek kararname ile merkeze alınan davacının, yurtdışı görev süresinin uzatılmasının 354 sayılı KHK gereğince bakanın takdir yetkisinde bulunduğu tartışmasız olup bakana ait bu yetkinin kullanılması hususunda davalı idarenin yargı kararıyla zorlanamayacağı*

60 AYM, E. 2012/87, K. 2014/41, K.T. 27.2.2014, (Kazancı).

61 AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.7.2013, (Kazancı).

açıktır. Aksi yolda verilecek bir kararın ise yerindelik denetimi yapılması sonucunu doğuracağı ve böyle bir durumun Anayasanın 125. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrası karşısında idari yargı yetkisinin dışında kaldığı kuşkusuzdur" ifadelerine yer verilerek yerindelik denetiminin hangi halde vücut bulacağı ifade edilmiştir.

Yerindelik denetimini kamu hizmetinin yeni durumlara ayak uydurması için idareye yapılan bir başvuru söz konusu olduğunda incelerken iki farklı noktaya dikkat çekmek gerekir. Eğer idarenin yapmış olduğu bir işlemin (birel veya düzenleyici) yeni teknolojiye veya hizmetin içeriğinin yeni sosyal durumlara uygun olmadığından bahisle bir talepte bulunulur ise bu durumda ret işlemine karşı açılan davada mahkemenin vereceği karar yerindelik denetimi sayılmayabilir. Sınırlayıcı olmamakla birlikte, özellik gösteren konulardan olan; ülkenin iklim şartları ve ulaşımda yaşanan sıkıntı dikkate alınarak aşağıda yeni teknolojinin kullanılabileceği birkaç örnekle hangi durumlarda mahkemenin vereceği kararın yerindelik denetimi sayılamayacağı açıklanmaya çalışılmıştır.

Örneğin belediyenin 10 adet ambulans alım işinde alınacak ambulansların içinde helikopter ambulansının bulunmadığı ve dünyada teknolojinin artık geliştiği ve kamu hizmeti olarak sunulan sağlık kamu hizmetinin bu yeni teknolojiye ayak uydurması gerektiğinden hareketle itiraz eden kullanıcının itirazını reddeden idareye karşı açılacak davada, mahkemenin alım işini yukarıda bahsedilen gerekçeyle iptal etmesi yerindelik denetimi sayılamaz. Çünkü kamu hizmetinin ilkelerinden olan değişkenlik ilkesi, idarenin işlem yaparken göz önünde bulundurması gereken kıstaslardandır ve bu sebeple idarenin bu konuda takdir yetkisinden söz edilemez.

Benzer bir örneği yine Büyükşehir Belediyesinin toplu taşıma sisteminde uyguladığı nakit ücret karşılığı hizmet sunulması yerine kartlı sisteme geçilmesi gerektiği çünkü nakit ücret sisteminin hem durakta bekleme süresini uzattığı hem de araç sürücülerinin haksız kazanç elde ettiğinden bahisle idareye yapılacak bir başvurunun reddedildiği ihtimali üzerinden düşünebiliriz. Bu durumda mahkemenin vereceği olumlu kararın idarenin takdir yetkisine giren bir konuda yargı kararı vererek yerindelik denetimi yaptığını söylemek ne kadar mümkündür? Ayrıca burada idareye yapılacak olan başvuru, daha önce toplu taşıma sisteminin nakit ücretle yapılmasını öngördüğü bir düzenlemenin iptali sebebiyle de başvurulabilir. Başvuru açısından ise yapılan düzenleyici işlemin uygulama işlemi niteliğinde sayılabilecek her toplu taşıma sisteminin kullanılması olarak gösterilebilir. Nakit ücret sisteminin toplu taşımaya her binişte yeniden canlandığı sonucuna varabiliriz.

Yukarıda verilen örneklerde mahkemenin vereceği kararın yerindelik denetimi sayılamayacak olmasının nedeni; kararın ret işleminin iptali şeklinde cereyan etmesidir. İdarenin, yeni gelişmelere uygun olmaması dolayısıyla yaptığı bir işlemin kaldırılması talebinin reddi üzerine açılan davada, mahkemenin iptal kararı vermesi işlemi tümüyle ortadan kaldıracak ve idare tekrar bir işlem tesis etmek istediğinde, iptal gerekçesi olan değişkenlik ilkesine uygun olmadan işlem tesis etmesinin yargı denetiminde önüne çıkabileceğini göz önünde tutacaktır.

7. Değişiklik Yapmamanın Kullanıcının Zararına Sebep Olması

Kamu hizmetinde idare tarafından yapılan değişiklik, bir hizmetin kaldırılması da olabilir. Doktrinde kamu hizmetinin kaldırılmasının değişkenlik ilkesinin bir sonucu olamayacağı çünkü değişkenlik ilkesinden bahsedebilmemiz için

ortada devam eden bir kamu hizmetinin varlığının şart olduğunu belirten görüşler mevcuttur[62].

Ancak değişiklik yapabilmek için bir karara ihtiyaç duyduğumuz gerçeğini göz önüne aldığımızda, bu bir idari karar ya da bir yasama işlemi olabilir, bu karar, kamu hizmetinin kaldırılması yönünde verilmiş olabilir. Kamu hizmetinin kaldırılmasını değişkenlik ilkesinin doğrudan bir sonucu olarak görmesek de, hizmetin kaldırılmasının sebebi, daha iyi bir hizmeti, kaldırılan hizmetin yerine getirmek olabilir. Dolayısıyla kamu hizmetinin kaldırılması kullanıcılar açısından zarara yol açabilir. Bu zarara idarenin kusuru sebep olabilir veya olmayabilir. İdare kamu hizmetinin kaldırılmasından doğan (kusur veya kusursuz sorumluluk) zararı tazmin etmek zorundadır. Fransa'da 1956 yılında çıkan bir yangında Eiffel Kulesindeki televizyon vericisi, tahrip olması üzerine kaldırılmıştır. Fransız Devlet Şurası, belli bir süreyle hizmet vereceği önceden düzenleyici işlemle belirtilmiş olsa dahi, gerekli durumlarda idarenin hizmete son verebileceğine karar vermiştir[63]. Bu örnekte olduğu gibi kamu hizmetini kaldıran idare, bu durum sebebiyle zarara uğrayan kullanıcının zararını tazmin etmek zorundadır.

İdare hukukunda, idare, hizmet kusuru sebebiyle yapmış olduğu bir fiilden sorumlu tutulabilir. Hizmet kusuru idarenin hizmetin kuruluşu, işleyişi veya kaldırılmasından doğan kusur olarak ifade edilmektedir. Hizmet kusuru üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlar hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ve hizmetin hiç

62 KARAHANOĞULLARI, s. 222.

63 KARAHANOĞULLARI, s. 224.

işlememesi. Bütün bu durumlarda idare yapmış olduğu işlem veya eylem sebebiyle sorumlu tutulabilir[64].

Danıştay, içtihatlarında hizmetin kötü işlemesi sonucunda oluşan hizmet kusuru sebebiyle idarenin sorumluluğuna gidilebileceğini birçok kararında belirtmiştir. "*Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığı; idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusurunun; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde ortaya çıktığı ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açtığı; İdare Hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olmasının gerektiği; bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararının tazmininin, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabileceği…*[65]"

İdarenin sorumluluğu kısmında yer alan hizmet kusuru konusuna detaylı olarak girmeyip, değişkenlik ilkesi sebebiyle idarenin hizmetin şartlarını yeni durumlara uyarlamamasından dolayı idarenin hizmet kusuru sebebiyle nasıl sorumlu

---

64 GÖZÜBÜYÜK-TAN; s. 774.

65 Danıştay İdare Dava Genel Kurulu, E. 2007/2113, K. 2011/1468, T. 24.11.2011 (UYAP Mevzuat).

tutulabileceğini incelemeye çalışacağız[66]. Hizmet kusurunun genel tanımında geçen, idarenin, hizmetin işleyişi sırasındaki kusurlu hareketlerinden dolayı sorumlu tutulabileceği noktasında, bir hizmetin işleyiş standartlarının belirlenmesi ve o hizmetin ilgili standartlara göre sürdürülmesi gerekmektedir. Aksi halde idare, ilgili standartları sağlayamamasından dolayı sorumlu tutulabilir. Bir hizmetin işleyiş veya kalite standartları zamanla değişebilir ve gelişebilir. Kamu hizmetinin değişkenlik ilkesi işte bu noktada, idareye hizmet standartlarını yeni gelişmelere uydurma sorumluluğu yükler. İdarenin hizmetin işleyiş standartlarında hareketsiz kalıp eskimiş hizmetleri kullanmaya devam etmesi ve bu standartlardan dolayı kullanıcının zarara uğraması halinde, idare bu durumdan sorumlu tutulabilecektir. Söz konusu hallerde hizmetin kötü işlemesinden dolayı idarenin sorumluluğu gündeme gelir. Danıştay'ın hizmetin geç veya kötü işlemesi sebebiyle idarenin sorumlu tutulacağı yönünde verdiği bir kararda, *"İdarenin uygunsuz, iyi olmayan bir etkinliği, kusurlu bir davranışı, hizmetin gereği gibi yapılamaması, idarenin yeterli olanaklara sahip olmaması kullanmak zorunda olduğu yetkiyi kullanmamak ve harekete geçirmemek suretiyle zarara sebebiyet vermesi; kamu hizmetinin işlemesinde olağan sayılmayacak bir gecikme, işin gerektirdiği çabukluğun gösterilmemesi hallerinde idarenin hizmeti kusurlu işlettiği kabul edilmelidir…kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçlerini hazır bulundurmadığı, özetle hizmetin geç ve kötü işlemesi sonucu uyuşmazlık konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır.[67]"* Örneğin karlı havalarda yolların açılmasını sağlamak amacıyla tuz (sodyum klorür, kalsiyum

---

66 Hizmet kusuru hakkında detaylı bilgi için bkz. YAYLA, s. 361 vd.

67 Danıştay 10. Dairesi, E. 1994/7359, K. 1995/3559, K.T. 12.07.1995, (UYAP Mevzuat).

klorür ve potasyum klorür) kullanımı yaygındır. Ancak gelişen teknolojide tuzun yetersiz ve etkisiz olduğu gerçeği karşısında, gelişmiş ülkelerde kullanılan toprak kaynaklı ısı pompaları veya jeotermal ısı kaynağının kullanılmaması hizmetin kötü işlememesi nedeniyle idarenin sorumluluğunu doğurabilir[68].

İdare, hizmetin işleyişi anlamında hareketsiz kalmışsa da bu durumdan sorumlu tutulabilir. Bu durumda hizmetin hiç işlememesi nedeniyle sorumluluğuna gidilecektir[69]. Danıştay vermiş olduğu bir kararda, hizmetin işleyişinin durdurulmasından ötürü idareye sorumluluk yüklerken şu ifadelere yer vermiştir: *"...bir kamu kurumunun hizmetlerin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken, şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak hizmetlerin sürüncemede kalmasına sebep olmak, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramıyla bağdaştırılamaz.[70]"*

İdarenin değişkenlik ilkesi gereği hizmetin yeni durumlara uyarlanması noktasında sorumlu olduğunu belirtirken, bu sorumluluğu iki türlü açıklayabiliriz. Öncelikle idare, bir norm gereği sorumluluk alanında olan bir hizmeti yeni değişikliklere uydurmak zorundadır. Ve bu değişikliği yapmaması hizmet kusuruna yol açabilir. Diğer ihtimalde ise, idare, bir norm sebebiyle zorunlu olmadığı bir alanda sırf "sorumlu" ya da "iyi" idare anlayışıyla, herhangi bir zorlama olmaksızın yeni teknolojik veya sosyolojik gelişmelere kendisini uyarlaması ihtimalidir. Ki bu

---

68 BALBAY, Asım-ESEN, Mehmet; **Yollardaki Kar ve Buzu Önleyici Sistemler**, Doğu Anadolu Bölgesi Araştırmaları; 2007, s. 173.

69 ÖZAY, s. 825.

70 Danıştay 11. Dairesi, E. 1975/4855, K. 1977/1704, T. 04.05.1977, DD. s. 29-28, s. 604.

ikinci durumda idarenin yapacak olduğu değişiklikler yapısı itibariyle değişkenlik ilkesinin karakterine daha uygun düşmektedir.

Danıştay'ın 1990 yılında vermiş olduğu bir kararında davacının evinin yakınında bulunan içme suyu şebekesinin patlaması sonucu davacının evini su basması sebebiyle açılan tam yargı davasında "*...şehre içme suyu temini hizmetinin belediye tarafından görüldüğünün aksinin davalı idarece iddia edilmediği, teknik açıdan tesisin kullanılma ömrü itibariyle gerekli kontrol ve bakımının yaptırılmasının da belediyenin sorumluluğunda bulunduğundan, bunun yapılmaması neticesinde ortaya çıkan zarar ile belediyenin hizmeti arasında illiyet bağının mevcut olduğu…*" savunmasına istinaden Danıştay özetle; "*1580 sayılı Belediye Yasasının 15. maddesinin 25. fıkrası uyarınca su getirmek, suları sıhhi ve temiz tutmak belediyelerin görevlerindendir. Olayda belde su şebekesine ait borulardan birindeki hasar sonucu davacının evi zarara uğramıştır. Tesisin ömrü ile teknik özelliklerinin göz önüne alınarak denetim ve bakımının yapılması, tamirata gereksinimi bulunan durumların ortaya çıkması halinde de gerekli tamiratı yapılması da belediyenin görevi olduğundan aksine verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir*[71]" diyerek kamu hizmetlerinde değişkenlik ilkesi gereği idarenin vermiş olduğu bir hizmetin teknik ömrünün dolması dolayısıyla hizmeti yeni duruma uyarlamakla yükümlü olduğu, bu yükümlülüğe uymaması sebebiyle meydana gelen zararı karşılamak zorunda olduğunu belirtmiştir.

Yine başka bir kararda Karayolları Trafik Kanunu'na ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'ne aykırı olarak bariyersiz hemzemin geçide girmesi nedeniyle meydana

[71] Danıştay 8. Dairesi, E. 1989/353, K. 1990/909, T. 17.09.1990, (UYAP Mevzuat).

gelen kazada yaşamını yitiren kişilerin yakınlarının açmış olduğu davada Danıştay; "*...davacının içinde bulunduğu aracın sürücüsünün Karayolları Trafik Kanunu'na ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'ne aykırı olarak bariyersiz hemzemin geçide girmesi nedeniyle kazanın meydana gelmesine sebep olduğu ve kusur oranının %80 olduğu, kazanın meydana geldiği hemzemin geçidinin bariyerle teçhiz edilmemiş olmasından dolayı davalı TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün ve hemzemin geçidini kesen Yeni Harmandalı Yolu'ndan sorumlu idarenin söz konusu olayın meydana gelmesinde sorumluluğunun bulunduğu ve kusur oranlarının %10'ar olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Olayda, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında bu hizmetten doğan bir nedenle davacıların zarara uğradığı anlaşılmakta olup, hizmet kusuru esasına göre bu zararın sorumlu idarece tazmini gerekmektedir. Trenlerin güvenli ulaşımından sorumlu olan ve tren yolu ile hemzemin geçidini kullanan davalı TCDD İşletmemesi Genel Müdürlüğünün olaydaki sorumluluğu bilirkişi raporuyla ortaya konulmuştur*[72]" diyerek uyum ilkesi gereğince kanuna ve yönetmeliğe aykırı olarak hemzemin geçide bariyer sisteminin kurulmamasından dolayı meydana gelen kazada idareyi sorumlu tutmuştur.

İdarenin herhangi bir yasal zorunluluk olmaksızın yeni gelişmelere ayak uydurma noktasındaki sorumluluğu tabi ki ilk duruma göre daha tartışmaya açık bir konudur. Ancak değişkenlik ilkesinden hareket etmekle birlikte bu noktada idareye verilen takdir yetkisini irdelemenin ya da en azından bu ilkeyle ilişkisine değinmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

---

[72] Danıştay 10. Dairesi, E. 2003/198, K. 2006/1755, T. 7.3.2006. (UYAP Mevzuat).

İdareye verilen takdir yetkisi, yasama organının sürat olarak işlevsiz kalabildiği noktalarda, idare mekanizmasının daha hızlı hareket edebilme kabiliyetini göz önünde bulundurarak bazı alanlarda ona hareket sahası bırakmasıdır. Takdir yetkisine bu açıdan bakıldığında, idarenin değişkenlik ilkesi gereği yeni durumlara ayak uydurma görevi için her durumda bir yasal düzenleme beklemesi söz konusu takdir yetkisinin amacıyla bağdaşmaz. Aksine idare herhangi bir yasal düzenleme ihtiyacı duymaksızın kendisini yenilemeli ve geliştirmelidir.

Bu açıklamalardan sonra idarenin kendiliğinden harekete geçme görevini yerine getirmemesinin de nasıl bir hizmet kusuruna yol açabileceğini bir örnekle açıklamak gerektiği kanaatindeyiz. Her ne kadar yargılama süreci devam etmekte ve dolayısıyla konunun detayları tam olarak ortaya çıkmasa da toplumu ve gündemi büyük ölçüde etkilemesi dolayısıyla örnek olarak Soma Faciası ele alınacaktır. 13 Mayıs 2014'te Türkiye'nin Manisa ilinin Soma ilçesindeki kömür madeninde çıkan yangın nedeniyle 301 madencinin ölümüyle sonuçlanan faciayla birlikte ülkemizde bir tartışma konusu olarak gündeme gelen "yaşam odası" değişkenlik ilkesi bağlamında idarenin herhangi bir zorunluluk olmaksızın kendisini yenileme ve geliştirme sorumluluğuna örnektir.

Daha sonra detayına girilecek olmakla birlikte, kısaca özetlemek gerekirse, ulusal normlar çerçevesinde "yaşam odası" maden ocağı işleten idareler veya idarenin vermiş olduğu ruhsat sahipleri tarafından alınması gereken zorunlu önlemlerden değildir. Ancak Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 176 sayılı "Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi"nde bu konuda daha detaylı

düzenlemeler yer aldığı ancak Türkiye'nin bu sözleşmeyi imzalamaması[73] nedeniyle bu açıdan bir sorumluluğun söz konusu olmadığını ifade eden görüşler basında oldukça geniş yer almıştır[74].

"*ILO 176'nın neden imzalanmadığı sorusu soru önergeleri ve Meclis kürsü konuşmalarında birçok defa hükümetin önüne geldi. En son 11 Ocak 2012'de Cumhuriyet Halk Partisi Bartın Milletvekili Rıza Yalçınkaya da aynı soruyu yöneltmiş, Çalışma Bakanı Faruk Çelik şu cevabı vermişti: 176 sayılı ILO sözleşmesi Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği ve Sondajla Maden Çıkarılan İşletmelerde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği incelendiğinde bahse konu sözleşme ile paralellik arz ettiği hatta çok daha kapsamlı hükümler içerdiği görülmektedir.*[75]"

Aslında ülkemizdeki yasal düzenlemelere bakıldığında yukarıdaki soruya verilen cevabın haklılık payının olduğunu söylemek güç değildir. Nitekim Maden İşyerlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin İşverenin genel yükümlülükleri başlıklı 5. maddesinde "*İşyerleri, çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye atmayacak şekilde tasarlanır, inşa edilir, teçhiz edilir, hizmete alınır, işletilir ve bakımı yapılır*" hükmü yer almaktadır. Ayrıca aynı yönetmeliğin 8. maddesinde "*İşveren, bir tehlike anında çalışanların çalışma yerlerini en kısa zamanda ve güvenli bir şekilde terk edebilmeleri için uygun kaçış ve kurtarma araçlarını sağlar*

---

73 Söz konusu 176 Sayılı Maden İşyerlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı, bu çalışmanın hazırlanması aşamasında 04.12.2014 tarihinde meclis tarafından kabul edilmiştir.

74 http://www.ntvmsnbc.com/id/25516055/ Erişim Tarihi: 02.12.2014.

75 http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/155648-turkiye-maden-guvenlik-sozlesmesini-19-yildir-imzalamiyor Erişim Tarihi: 03.09.2014.

ve kullanıma hazır bulundurur" hükmüne yer verilmiştir. Yine yönetmeliğin eki mahiyetindeki Sondajla Maden Çıkarılan İşlerin Yapıldığı İşyerleri ile Yeraltı ve Yerüstü Maden İşlerinin Yapıldığı İşyerlerinde Uygulanacak Asgari Genel Hükümler'in 5.3.3. hükmünde aynen: "*2/7/2013 tarihli ve 28695 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerinde Kullanılması Hakkında Yönetmelik hükümleri saklı kalmak kaydı ile çalışanların zararlı ortam havasına maruz kalabilecekleri yerlerde yeterli sayıda uygun solunum ve canlandırma ekipmanı bulundurulur. Bu yerlerde bu ekipmanı kullanabilecek eğitime sahip yeterli sayıda çalışan bulunur. Bu ekipman uygun yerlerde saklanır ve korunur*" düzenlemesi mevcuttur.

Eleştiri olarak Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 176 numaralı "Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi"nin imzalanmadığı ve eğer bu sözleşme imzalansaydı bu tür bir eksiklik olmayacak ve bu facia yaşanmayacaktı argümanının savunulması noktasında, söz konusu sözleşmenin hükümlerinin incelenmesi uygun olacaktır. Söz konusu sözleşmenin 5. maddesinin 4.4. hükmüne göre: "*Söz konusu ulusal yasa ve yönetmelikler aşağıdaki hususları ele alacaktır: (a) madenden kurtarma, ilk yardım ve uygun tıbbi imkânlarla ilgili gereklilikler; (b) yeraltı kömür madenlerinde ve gerektiğinde diğer yeraltı madenlerinde işçiler için yeterli kurtarıcı solunum cihazları sağlanması ve bunların sürekli bulundurulması…*". Yine aynı sözleşmenin 7. maddesinde *"(i) işçilerin güvenliği ve sağlığı açısından ciddi bir tehlike ortaya çıktığında faaliyetlerin durdurulmasını ve işçilerin güvenli bir yere tahliyesinin sağlanması*" düzenlemesine yer verilmiştir.

Dolayısıyla söz konusu faciada bu kadar ölümlerin yaşanmasının sebebi "yaşam odası"nın ilgili maden ocağında yer almaması olmakla birlikte, bu

teknolojinin o madende yer almamasının sebebinin Türkiye'nin ILO 176 numaralı "Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi"nin imzalamaması olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu iki düzenlemeye bakıldığında aralarında detay ya da sorumluluk açısından farklı bir düzenleme şekli bulunmamaktadır.

Peki, sorun nedir? Sorun, idarenin yasal bir zorunluluk olmaksızın daha doğrusu bu örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse, "yaşam odası"nın maden ocaklarında yer alması konusunda somut olarak bir zorunluluk olmamasına rağmen, yasanın koymuş olduğu "*...her türlü önlemin alınması gereklidir*" gibi ucu açık bir ifadeye "yaşam odası" zorunluluğu getirme anlamını yüklememesidir. İdare kendisine önlem alınması hususunda yükümlülük getiren düzenlemelerde ne tür önlemler alması gerektiği noktasında öncelikle gelişmiş ülkelerdeki düzenlemelere bakmalı ve buna göre hareket etmelidir. Ve günümüzde sadece Afganistan ve Pakistan gibi ülkelerde yer almayan[76] bu yeni teknolojinin ülkedeki maden ocaklarında yer almaması bu haliyle idarenin hizmet kusuru sebebiyle sorumluluğuna gidilmesi için sebeptir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 176 numaralı "Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi"nin Türkiye'ye tarafından imzalanmamış olması tek başına bir hizmet kusuru oluşturmaz. Sözleşmenin imzalanmasının "yaşam odası" konusuna şöyle bir etkisi olacağı da söylenebilir. Eğer Türkiye bu sözleşmeyi imzalasaydı, ister istemez bu sözleşmeye taraf olan ülkelerdeki maden uygulama ve önlemlerine göz atacak ve yeni teknoloji olarak tabir edilen "yaşam odası" uygulamasını ne kadar yaygın ve gerekli olduğu kanaatine varacak ve yasal düzenlemelerine buna göre bir çeki düzen verecekti.

---

[76] http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/26420764.asp Erişim Tarihi: 03.09.2014.

Sonuç olarak, idare, kamu hizmetlerini kullanıcının talebi olmaksızın yeni gelişmelere uydurmamasından sorumlu tutulabilir. Bu sorumluluk, idarenin var olan bir hukuk normunun gerekliliklerini yerine getirmemesinden dolayı oluşabileceği gibi; herhangi bir hukuki zorunluluk olmamasına rağmen, yaygın olarak kullanılan bir yeniliğin idare tarafından uygulanmamasından da doğabilir. Aynı zamanda idarenin sorumluluğuna kusuru sebebiyle gidebilirken, kusursuz sorumluluk türlerinden olan kamu külfetlerinde eşitlik ilkesi gereğince de gidilebilir. İdarenin hizmeti yeni gelişmelere uydurmamasından dolayı sorumlu tutabilmenin dışında, hizmeti yeni gelişmelere uydurmak amacıyla yapmış olduğu işlemler sırasında veya sonrasında kullanıcıya vermiş olduğu zarardan da sorumlu tutabiliriz. İdarenin hizmeti yeni değişimlere uydururken verebileceği zararı ve bu zararı tazmin sorumluluğunu ikinci bölümde ele alacağız.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL KİŞİLERİN DEĞİŞKENLİK İLKESİ KARŞISINDA DURUMU

Birinci bölümde değişkenlik ilkesinin hukuk âlemi ve idare hukukundaki yeri, idarenin değişkenlik ilkesi kapsamında sorumluluğu, kullanıcıdan gelen talep üzerine nasıl tepki gösterebileceği, bu kapsamda takdir yetkisinin olup olmadığı, Anayasanın 65. Maddesine göre savunma yapıp yapamayacağı değerlendirilmiş olup, değişkenlik ilkesinin gereğini yapmamanın kullanıcı açısından zarara yol açıp açamayacağı konuları üzerinde durulmuştu.

İkinci bölümde ise, idarenin değişkenlik ilkesi gereği, kamu hizmetlerinde ve özelde idari sözleşmelerde değişiklik yapması durumunda; kullanıcının kazanılmış hakkının değerlendirilmesi yapılmış olup, yapılan değişiklik geriye yürümezlik ilkesi çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca idarenin değişkenlik ilkesi gereği hizmette değişikliğe giderken takdir yetkisini keyfi kullandığı durumlarda yargının denetimi ele alınmıştır. İmtiyaz sözleşmeleri bağlamında idarenin sözleşmeyi tek taraflı değiştirebilme yetkisi incelenerek özel hukuktaki düzenlemelerle karşılaştırma yoluyla konu ele alınarak imtiyaz sahibinin zararının ne tür ölçütlerle giderilebileceği üzerinde durulmuştur. Son olarak da değişikliğin farklı kesimlerde farklı sonuçlara yol açabileceğinden hareket edilerek konu değerlendirilmiştir.

1. Hukuki Güvenlik Yönünden Değişkenlik İlkesi

Değişkenlik ilkesi gereği idarenin kamu hizmetlerinde yapacağı değişikliklerde, hukuk devletinin temel unsurlarından olan hukuki güvenlik ilkesini[77] göz önünde bulundurarak harekete geçmelidir. "Halkın Devlete olan güveninin korunması ancak hukuk güvenliğinin sağlanmasıyla mümkündür.[78]" Hukuki güvenliğin görünümlerinden olan kazanılmış haklara saygı ve geçmişe yürüme yasağı, idarenin değişkenlik ilkesi gereği kamu hizmetlerinde yapacağı değişiklikler anlamında üzerinde durulması gereken konulardandır.

1.1. Kazanılmış Hak

Kazanılmış hak kavramı, tanım bazında, üzerinde çokça durulması ve çeşitli anlam kaymalarına sebebiyet verilmesi dolayısıyla karmaşık bir yapıya sahiptir. Kavramın Özel Hukuk ve Kamu Hukukunda uygulama alanı bulması ve tüm ölçütleri içine alan bir tanım yapma uğraşı tanım yapmayı güçleştirmektedir. Anlaşılır olabilmesi ve kısa olması dolayısıyla, kazanılmış hakkın, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak doğmuş ve tüm sonuçlarıyla elde edilmiş bir hakkın, yeni hukuk düzeninde de tanınması ve korunması şeklindeki tanımlanmasının doğru olacağı kanaatindeyiz[79].

Kazanılmış hakkı Danıştay birçok kararında tanımlamış ve bu haktan yararlanma şartlarını kararlarında belirtmiştir. Örneğin bir kararında Danıştay

---

77 ALTUNDİŞ, Mehmet; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, S. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 61; ÖZBUDUN, s. 134.

78 OĞURLU, s. 39.

79 OĞURLU, s. 24-26.

kazanılmış hakkı tanımlarken ve bu haktan yararlanabilmek için gerekli şartları sayarken; *"...kazanılmış hak bir hak sağlamaya elverişli nesnel kuralların bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebileceğinden, başka bir deyişle kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olmasına bağlı olduğundan..."*[80] bahsetmiştir.

Değişkenlik ilkesi gereğince hizmette yapılan yenilikler gereği var olan haklarından ya da menfaatlerinden mahrum kalanların kazanılmış hak iddia edemeyecekleri genellikle kabul edilmektedir[81]. İdarenin değişen koşullar ve kamu yararı amacıyla kamu hizmetini yürüten personelin (memur ya da sözleşmeli personel) çalışma şekil ve şartlarında her zaman tek taraflı olarak değişiklik yapabileceği, örneğin personelin çalışma saatlerini veya yerlerini tek taraflı olarak değiştirebileceğini ve personelin eski koşullar anlamında kazanılmış hakkının olmadığı kabul edilmektedir[82]. Değişkenlik ilkesi gereği kullanıcının kazanılmış hakkının olmadığı yolunda bir genelleme yapmak mümkün değildir. Kazanılmış haktan bahsedebilmek için objektif bir statü içerisinde bulunan bir kişinin/kişilerin o statü içerisinde sübjektif bir hak elde etmiş olmaları gerekir. Örneğin memur statüsü içerisinde bulunan bir kişinin, ekonomik sebepler gerekçe gösterilerek maaşının azaltılması karşısında bir kazanılmış hakkı yoktur. Ancak örneğin memurluk görevine atanan ve hizmet öncesi eğitimini tamamlamış bir kişi hakkında, değişen

---

80 Danıştay 10. Dairesi, E. 1996/10150, K. 1999/3101, K.T. 09.06.1999, (UYAP Mevzuat).

81 KARAHANOĞULLARI, s. 224.; GÜNDAY, s. 335.

82 GÖZLER, C. II, s. 308.

koşullar nedeniyle ve o memuriyetin özelliği gereği hizmet öncesi eğitim süresinin uzatılması gerekliliği öne sürülerek, memurun tekrar aynı eğitime tabi tutulması işleminde eğitimini bitirmiş kişi için bir kazanılmış hakkından bahsetmek mümkündür. Çünkü sübjektif bir hak elde etmiş ve bu hak yeni düzenlemeler karşısında korunmaya muhtaç durumdadır.

Kazanılmış hak ilkesi ile alakalı olarak Danıştay'ın vermiş olduğu birçok karar vardır. Örneğin Lisansüstü Öğretim Yönetmeliğinde yapılan değişikliğin doktora yeterlik sınavına girmemiş olan öğrenciye de uygulanacağını, öğrencinin statüden doğan objektif hukuki durumunun sübjektif hakka dönüşmemesinden ötürü yeterlik sınavına girmemiş öğrencinin değişiklikten etkileneceğini belirtmiştir[83].

---

[83] Danıştay 8. Dairesi, E. 1996/3847, K. 1997/2153 T. 17.06.1997 (UYAP Mevzuat) "…objektif hukuk dünyasında meydana gelecek bu değişikliğin, daha önceki kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da tesir edeceği ve mevcut durumlara da uygulanacağı açıktır. Soyut ve genel hukuki durumların (hukuki statülerin) en önemli özelliği bunların daima değişebilmesi ve bu değişikliğin de herkese karşı geçerli olmasıdır. Objektif hukuk dünyasında meydana gelen ve hukuki statüde değişiklik yapan bu düzenlemelerin eski düzenleme uyarınca statü kazanmış ve statüsü devam eden bireyleri de kapsayacağı açıktır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunun 65. ve Üniversitelerarası Kurulun görevlerini düzenleyen 11. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan genel düzenleyici işlem niteliğindeki dava konusu yönetmelikte lisansüstü öğretimin esasları belirlenmiş ve yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce lisansüstü programlarına başlamış olan öğrencilerin doktora yeterlik ve sanatta yeterlik için bu yönetmelikte getirilen yabancı dil şartı hariç haklarının saklı olduğu, yine yönetmeliğin yayımı tarihinde doktora programına kayıtlı olup da henüz yeterlik sınavını vermemiş olanların da, yönetmelikle getirilen yabancı dil ile ilgili (KPYDS) hükümlere tabi olacakları düzenlenmiştir. Dava konusu olayda: eski yönetmelik hükümleri uyarınca doktora programına kayıt yaptırmış ve henüz doktora yeterlik sınavını vermemiş öğrencilerin devam eden öğrencilik statüsü nedeniyle bu statüde meydana gelen değişikliğe, yani getirilen yabancı dil sınav şartına (KPYDS) tabi olacakları açıktır. Yeni düzenleme ile KPYDS'da başarılı

Dolayısıyla idare, kamu hizmetinde değişiklik yaptığında ilgili statüden doğan hakları sübjektif olarak elde edememiş olanlar için bir kazanılmış hak mevzu bahis değildir[84]. Örneğin abonelik sözleşmelerinde, elektrik aboneliği için sözleşme yapan bir abone daha sonra idare tarafından yapılan değişiklik sebebiyle değişen tarife fiyatlarına karşı bir kazanılmış hak iddiasında bulunamaz. Çünkü objektif bir statü içerisinde bulunan abone, statü içerisinde sübjektif bir hak elde etmiş değildir. Bu sebeple yapılan değişiklikler kendisine bir hak doğurmaz.

Elektrik abonesi için alınan güvence parasının eski düzenlemeye göre aşırı arttığı ve bunun hakkaniyete aykırı olduğu, ayrıca eski abonelere göre yeni abonelerden alınan güvence parasının farklı olduğu ve bunun da eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle açılan davada Danıştay: *"İptali istenilen yönetmelik maddesi, "Türkiye Elektrik Kurumu Elektrik Dağıtım Müesseselerinden önce Belediye Elektrik İşletmeleri ile sözleşme yapmış bulunan abonelerin, Müesseselere, Belediye Elektrik İşletmelerinden davadan müessese nezdindeki güvence paraları 11-c bölümüne göre hesaplanacak güvence paralarından az ise her abone için hesaplanacak fark güvence parasının aboneden makbuz karşılığı tahsil edilir*" *hükmünü taşımaktadır. Elektrik güvence paralarının günün ekonomik koşulları ve işyerlerinin elektrik tüketim miktarları göz önüne alınarak faturalardaki sarfiyat bedellerini karşılayacak bir seviyeye yükseltilmesi yolunda yapılan söz konusu düzenlemenin eşitlik ilkelerine aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, yurt düzeyinde*

---

olunması halinde doktora yeterlilik sınavına girilebileceği koşulu getirilmiş olduğundan eski yönetmelik uyarınca kayıt yaptıran ve öğrenciliği devam eden doktora yeterlilik sınavını vermemiş öğrencilerin kazanılmış haklarından da söz edilemez."

84 GÜNDAY, s. 335.

sürekli ve düzenli bir kamu hizmeti yürütmekle görevli olan davalı idarenin, yasanın idareye tanıdığı takdir alanı içinde kalarak yaptığı söz konusu düzenlemede iptali gerektirecek bir yön de bulunmamaktadır[85]*"* diyerek idarenin değişen ve gelişen koşullara göre fiyatlandırmada ya da burada söz konusu olduğu üzere güvence parası miktarında değişiklik yapmasında takdir yetkisinin bulunduğu ve bunu da kendisine verilen yetki içerisinde yapabileceğini, buna karşı çıkılamayacağını belirtmiştir. Ancak Danıştay'ın vermiş olduğu bu karar kişinin statü içerisinde sübjektif bir hak elde edip etmediği yönüyle eleştirilebilir. Kamu hizmetinde değişkenlik ilkesi gereğince söz konusu olaya göre, idare güvence paralarını gelişen hizmet standartları ve ekonomik değerleri göz önüne alarak yenileyebilir. Ancak daha önce Belediye Elektrik İşletmeleri döneminde güvence parası ödemiş kimselerin, yeni kurulan kurum döneminde tekrar hesaplama yapılarak, eksik varsa tekrar tahsil edilmesi işlemi, daha önceden güvence parasını ödeyerek sübjektif bir hak elde etmiş olan aboneler yönüyle kazanılmış hak ilkesine aykırı bir işlem olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla günün koşullarına ve ekonomik verilere göre yeniden ücret belirlenmesi işlemi değişkenlik ilkesinin gereğidir. Ancak sübjektif bir hakkı elde edenleri de aynı işlemde değerlendirmek kazanılmış hak ilkesine aykırıdır.

Eski yönetmelik döneminde kurulmuş bulunan içme suyu tesislerinin yeni yönetmelik hükümlerine uymamasından dolayı, davacı olan şahıslar kendilerinin kazanılmış haklarının dikkate alınmadan yönetmelik hükümlerinde değişikliğe gidildiği ve bu yüzden yeni yönetmeliğin ilgili hükümlerinin iptali istemiyle açılan

---

85 Danıştay 10. Dairesi, E. 1987/87, K. 1990/372, K.T. 26.10.1990, DD. S. 80, s. 388.

davada Danıştay[86]: *"...memba ve içme suları tesisleri hakkında yönetmeliğin aradığı yeni şartlar ve öngördüğü tedbirler, salgın hastalıklarla daha etkili şekilde mücadele gayesi ile sevk edilmiş bulunduğuna göre; yönetmelik hükümlerinin kamu yararına ve düzenlediği kamu hizmetinin gereklerine uygun düşmeyen bir nitelik taşıdığı da söylenemez. Diğer taraftan kaide tasarruflarla düzenlenen objektif ve gayri şahsi hukuki durumlar; hususi sübjektif ve ferdi hukuki durum ve yetkilere inkılap etmedikçe kazanılmış hak söz konusu olamayacağından ve Memba ve İçme Suları Yönetmeliğinde yapılan bu genel değişiklikle, kaptaj, maslak, toplama, gömme ve drenaj tesislerinin kamu sağlığı yönünden gerekli görülen yeni duruma uydurulmak zorunluluğu öngörülmüş olup, bu hal evvelden beri faaliyette bulunan aynı nevi tesislerin bundan böyle kullanılmasını engellemiş bulunsa dahi sahiplerinin sübjektif haklarının ihlali niteliğinde yorumlanamayacağından; idarenin kazanılmış hak kurallarına riayet etmeksizin yönetmelik değiştirme yoluna gittiği hakkındaki davacı iddialarına da itibar mümkün olmamıştır"* yönünde karar vermiştir. Objektif ve genel bir durumu düzenleyen yönetmeliğin değiştiğinden bahisle eski yönetmelik dönemindeki düzenlemeye göre tesis işleten kişilerin kazanılmış haklarından bahsetmek mümkün değildir. Çünkü belirli bir statü içerisinde bulunan tesis sahipleri, kamu sağlığı gerekçe gösterilerek yapılan değişiklik dolayısıyla, daha önceden hiçbir sübjektif hak elde etmemişlerdir. Sadece eski yönetmeliğe uygun olarak tesis işletmişlerdir ve bu onlara sübjektif bir hak yaratmaz. Bu karardan da yola çıkılarak, değişkenlik ilkesinin amacı tam olarak budur. Yani hizmeti, burada

[86] Danıştay 12. Dairesi, E. 1965/3828, K. 1967/1556, K.T. 13.10.1967, **Danıştay Kararları Dergisi**, s. 119-122., s. 460.

kamu sağlığı söz konusu, sağlık alanında yaşanan yeni gelişmelere göre düzenlemektir.

Hizmetin yeni durumlara uyum sağlamasını amaç edinen değişiklikler sebebiyle objektif bir statü içerisinde bulunan ancak bu statü içerisinde sübjektif bir hak elde etmemiş kullanıcıların eski durumlarını korumaya yönelik olarak ileri sürdükleri kazanılmış hak iddialarının korunmadığını ifade ettikten sonra, değişkenlik ilkesi gereğince idarenin, kamu hizmetinin yeni gelişmelere ayak uydurması amacıyla yaptığı bazı değişikliklerde yine sübjektif bir hak elde etmiş olan hizmeti sunanlar için kazanılmış haklarını koruduğundan bahsetmek mümkündür. Bu yönde verilen bir Danıştay kararında[87], kanunun değişmesiyle birlikte eskiden orta öğrenimini tamamlayanlar için verilen gözlükçülük ruhsatnamesi, kanunun değişmesiyle birlikte en az ön lisans mezunlarının alacağı kursla verileceği düzenlenmiştir. Davacı eski kanun (3958 sayılı kanun) döneminde bu ruhsatnameyi alanlar açısından kazanılmış haklarının korunması gerektiğinden bahisle dava açmış ve fakat yeni kanun (5193 sayılı kanun) düzenlemesinde, eski kanun döneminde ruhsatname alanların yeni kanunla birlikte kazanılmış haklarının korunduğunu belirterek davayı reddetmiştir. İlgili kanunun geçici 2. maddesine göre: *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gözlükçülük ruhsatnamesini haiz olup aynı mekânda eczacılık ve/veya saatçilik faaliyetlerini birlikte yapanların kazanılmış hakları saklıdır. Bu hakları işyerlerinin nakli halinde de devam eder."* Yine geçici 3. maddesine göre: *"21.11.1993 tarihinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, en az lise mezunu olup asgarî dört yıl süreyle Bakanlıkça ruhsatlı optisyenlik*

[87] Danıştay 10. Dairesi, E. 2005/4509, K. 2008/2, K.T. 15.01.2008, (Yayımlanmamış Danıştay Kararı); Benzer yönde karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, E. 2005/258, K. 2007/4961, K.T. 30.10.2007, (Yayımlanmamış Danıştay Kararı).

müessesesinde optisyenlik mesleğiyle ilgili olarak çalıştığını, sosyal güvenlik kuruluşlarından alacakları prim dökümleriyle belgelendirenlerden, açılacak altı aylık kurs ve bu kursun sonunda yapılacak sınavda başarılı olanlara gözlükçülük ruhsatnamesi verilir. Bu kurs ve sınav bir defaya mahsus olmak üzere yapılır ve giderleri katılanlarca karşılanır."

Danıştay yukarıdaki kararında kazanılmış hak iddiasıyla açılmış olan davada yeni düzenlemenin içeriğinde kazanılmış hakkın korunduğundan bahsetmiştir. Bununla birlikte hizmet kalitesinin yeni durumlara uyum sağlaması amacıyla yapılan yönetmelik değişikliğiyle birlikte değişiklikten önce var olan kazanılmış haklarının korunmadığı yönünde itirazda bulunarak dava konusu edilen başka bir kararda Danıştay[88]: *"Yönetmeliğin dava konusu 6. maddesiyle getirilen öğrenim ve sınav şartının ise, eski düzenlemelerde bitki koruma ürünlerini satışa arz edecekler (izin belgesi verilecekler) için belirlenen niteliklerin; konunun, bitki, hayvan ve insan sağlığını ilgilendirmesi nedeniyle yetersiz görülmesi üzerine, daha fazla yeterlilik aranması amacıyla getirildiği, bu haliyle yapılan düzenlemenin dayanağı yasaya ve kamu yararı amacına uygun bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır"* diyerek değişikliğin hayvan ve insan sağlığını ilgilendiren bir konu olduğunu ve yeni gelişmelere ayak uydurmanın yasaya ve kamu yararına uygun olduğunu belirttikten sonra, *"dava konusu Yönetmeliğin Geçici 1. maddesiyle getirilen düzenlemeyle, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce, bitki koruma ürünleri bayilik veya toptancı izin belgesi almış olan, fakat 6. maddenin 1. fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen öğrenim şartlarını taşımayan bayi veya toptancıların izin*

[88] Danıştay 10. Dairesi, E. 2007/8873, K. 2010/1390, K.T. 22.02.2010, (Yayınlanmamış Danıştay Kararı)

belgelerinin 1.1.2009 tarihine kadar geçerli olacağı belirtilerek, davacının ve davacıyla aynı durumda olanların hakları 1.1.2009 tarihinden sonrası için korunmamıştır… idareler, kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, her zaman yönetmelik çıkarabilme ve bu yönetmelikle, değişen koşullar dikkate alınarak, daha önceki düzenlemeler ile yaratılmış olan objektif hukuki durumları, ileriye yönelik olarak yürürlükten kaldırma yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Ancak idareler, bu konudaki yetkilerini kullanırken önceki düzenlemeler kapsamında kişilerin kazanılmış haklarını korumak zorundadırlar. Bu durum, hukuk güvenliğinin ve hukuki istikrarın sağlaması açısından vazgeçilmez niteliktedir" diyerek hizmeti sunun kişilerin daha önceki kazanılmış haklarının korunması gerektiği önceliği gözetilmeden düzenleme yapıldığından ötürü ilgili düzenlemenin "*1.1.2009 tarihinden sonrası için"* ibaresini iptal etmiştir.

Sonuç olarak, değişkenlik ilkesi gereğince hizmetin içeriğinde yapılan yeni düzenlemelerde, kullanıcı ve hizmeti sunan kişi/kişileri kazanılmış hakkı, herhangi bir sübjektif hak elde edilmiş olması koşuluyla korunmaktadır. Ancak hizmetin içeriğinin yeni teknoloji ve gelişmelere uydurulması amacıyla yapılan değişiklikler karşısında, tek başına eski durum geçerliyken hizmetten faydalanmış olmak ya da o düzenlemelere göre hizmet sunmuş olmak kazanılmış hak elde etme anlamında savunulamaz.

1.2. Değişikliğin Geçmişe Uygulanma İhtimali

Hukuk kuralları statik değildir, yaşayan varlıklardır. Başka bir deyişle uygulamaya giren bir hukuk kuralı sonsuza kadar aynı şekilde yürürlükte

kalmayabilir. Gelişen ve değişen toplumun ihtiyaçlarına göre sürekli bir devinim içerisindedir. İşte hukuk kurallarının zamanla değişebilme özelliğinin olması bazen sıkıntıya yol açabilir. Çünkü hiç kimse zamanla bir hukuk kuralının değişeceği varsayımıyla hukuki bir işlem yapmaz veya kendisini hukuksal bir yükümlülük altına sokmaz. Kişi var olan hukuk kuralına göre işlemlerini yürütür ve öyle devam etmesini bekler. İşte bu durumda çözüm olarak ortaya hukukun genel ilkelerinden olan "geçmişe etkili olmama" ilkesi karşımıza çıkar[89].

Bu ilke değişen bir hukuk kuralının değişiklikten önce işlem yapan için uygulanmaması esasına dayanır[90].

Bu şekilde kuralın değişeceğini düşünemeyecek olan kişinin hakları korunmuş olur. Bu yönüyle de bu ilkenin "hukuki güvenlik ilkesi"yle de sıkı bir bağı vardır[91].

İdare değişkenlik ilkesi gereği kamu hizmetinde bir değişiklik yaparken, bunu geçmişe etkili olacak şekilde düzenleyemez ancak geleceği düzenleyebilir[92]. Geçmişe etkili olarak değişkenlik yapılamaması genel itibariyle mali hükümler söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin abonelik sözleşmelerinde yeni hizmet bedeli olarak tarifede değişikliğe giderse bu değişikliği geçmişe etkili olarak

---

89 ALTUNDİŞ, s. 60-61.

90 ZABUNOĞLU, Yahya Kazım; **İdare Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 398.

91 YILDIRIM, Turan; Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı, Amme İdaresi Dergisi, C. 26, S. 4, 1993, s. 73.

92 YILDIRIM, Turan-YASİN, Melikşah-KARAN, Nur-ÖZDEMİR, H. Eyüp- ÜSTÜN, Gül- OKAY TEKİNSOY, Özge; İdare Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 658.

uygulayamaz[93]. "Fransız Danıştay'ı 25 Haziran 1948 tarihli Société Du Journal 'l'Aurore' kararında elektrik fiyatlarına yapılan bir zammın geçmişe etkili olan kısmını iptal etmiştir[94]."

2. İdarenin Takdir Yetkisini Keyfi Kullanımı

2.1. İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırı

İdareye kanunen verilmiş olan takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu yetkinin özü, normlar hiyerarşisindeki herhangi bir normu somut olaya uygulama işini yapan idareye daha rahat hareket edebilmesi için verilmiş sınırlı alandır. Bu yetkinin sınırları meselesi tam olarak çözüme kavuşmuş olmasa da doktrinde ve içtihatlarda genel kabul gören kavramlar ve ilkeler vardır. İdareye takdir yetkisinin verilmesinin amacını Özyörük'ün şu ifadelerinden anlayabiliriz: *"...bir hukuk devletinde, bütün bu faktörler, hukuka saygı içinde mütalâa edilmek gerekince güçlükler başlamıştır. İdare, otoriteye ve kararlarında, fiillerinde sürate ve serbestçe harekete muhtaçtır. Ancak hukuka da uymak zorundadır.*[95]"

İdarenin takdir yetkisinin sınırı meselesinde, bu sınırın ne olduğu ve nasıl bir sınır çizileceği ile ilgili genel çözüm olarak, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargıya açık olduğu ve yapılan bir işlemde idarenin takdir yetkisini aştığının tespitinin yargı kararıyla yapılabileceği belirtilmiştir[96].

---

93 KARAHANOĞULLARI, s. 227; ERGÜN, s. 194.

94 GÖZLER, C. II, s. 308.

95 ÖZYÖRÜK, Mukbil; İdare Hukuku Ders Notları, 1972-1973, s. 210.

96 YAYLA, s. 192.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında kanun koyucunun da takdir yetkisini kullanırken uyması gereken ilke ve kuralları belirtmiştir. Buna göre: "…bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.[97]"

Danıştay vermiş olduğu bir kararında: *"işlemlerin kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, nesnel, adil ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, idarenin yasalarla kendisine tanınan takdir yetkisini adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçümlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir[98]"* diyerek kanunun kendisine verdiği takdir yetkisini idarenin hangi ölçü normlara uygun olarak kullanabileceğini açıklamıştır.

İdarenin takdir yetkisinin hangi konularda var olduğu noktasında somut bir örnek vermek gerekirse DMK 76'yı gösterebiliriz: *"Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler"* hükmüyle idareye memurun naklen atamasıyla ilgili takdir yetkisi vermiştir. DMK 76. maddesi idareye idari işlemin sebep unsuru yönünden takdir yetkisi vermiştir. Bu madde gereğince memurların yerinin değiştirilmesi konusunda da idarenin yetkisi sınırlıdır ve hukuki gerekçeler bağlamında yargı denetimi altındadır. İdarenin bu konudaki

---

97 AYM, E. 2014/73, K. 2014/98, K.T. 22.5.2014, (Kazancı).

98 Danıştay İdari Dava Daire Kurulu, E. 2005/270, K. 2008/1286, K.T. 17.04.2008, (UYAP Mevzuat).

takdir yetkisinin sınırı ve kapsamı Danıştay içtihatlarıyla zaman içerisinde çizilmiştir[99].

Örneğin; *"657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76. maddesiyle memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceğinin yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunduğu[100]"* belirtilerek takdir yetkisiyle memurun yerini değiştirmenin belirli kurallara ve ilkelere tabi olduğunu, bu ilke ve kuralların da idarenin değişkenlik ilkesi gereği sahip olduğu takdir yetkisinin sınırını teşkil ettiği vurgulanmıştır.

Yine başka bir kararında Danıştay; *"657 sayılı Yasanın 71. ve 76. maddesi hükümleriyle idareye tanınan takdir yetkisinin kamu yararı amacına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması zorunlu bu hususun sağlanması içinde idarenin takdir yetkisi içinde aldığı işlemlerde hukuken geçerli nedenlere dayanması gerekmektedir.[101]"*

---

99 SAĞLAM, Mehmet; **Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 1999, s. 49.

100 Danıştay İdari Dava Daire Kurulu, E. 2004/2505, K. 2007/2225, K.T. 25.10.2007, (UYAP Mevzuat). Aynı yönde karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, E. 2005/680, K. 2006/1380, K.T. 21.04.2006, (UYAP Mevzuat).

101 Danıştay 5. Dairesi, E.2000/1711, K. 2003/1421, K.T. 15.04.2003, (UYAP Mevzuat).

2.2. Değişkenlik İlkesini İdarenin Takdir Yetkisi Sınırını Aşarak Kullanması ve Bu Kapsamda Memur ve Sözleşmeli Personel

Değişkenlik ilkesi, idareye, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak için değişen ve gelişen düzene ayak uydurma hakkı ve sorumluluğu verir. İdare, kamu hizmetiyle bu ihtiyaçları giderirken hizmetin niteliğine göre bazen yeni bir hizmet alanı yaratmak durumunda kalır, bazen anayasal olarak bir hizmeti sunmak zorundadır bazen de günün ihtiyaçlarına uygun olmadığını düşündüğü için bazı hizmetlere son verebilir. Burada idarenin anayasal kamu hizmeti alanına giren hizmetleri sunma zorunluluğu dışında takdir yetkisinin varlığından söz edebiliriz.

Değişkenlik ilkesi uyarınca idarenin kamu hizmeti sisteminde veya düzeninde değişkenlik yapması sadece hizmetin içeriğinde veya işleyiş düzeninde olmaz. Kamu hizmetini kurulmasından itibaren düzeni, içeriği, faydası ve bunu sunan personel olarak bütünsel biçimde ele alabiliriz. İdare bu yetkiyi; bazen bir memurun yerini değiştirerek kullanırken bazen de modası geçmiş bir ulaşım sistemini kaldırarak kullanabilir. Bu durumda hizmetin faktörlerinden olan personel kısmında da değişiklik yapılabileceği açıktır. Bu değişikliklerin neler olabileceği konusunda sayma yoluyla bir sınırlama yapamamakla beraber asıl önemli olan, yapılan değişikliğin personeli ne ölçüde etkilediği, personelin buna vereceği tepki ve son olarak yapılan değişikliğin hukuka uygun olup olmadığıdır. Kural olarak bir kişi memur olarak herhangi bir yere atandığında, bu atama sonucu belirli bir statüye girmiş olur. Bu statüye girmiş olması, o statüyle ilgili hukuka uygun olarak yapılacak değişiklik durumunda buna katlanması gerekeceği anlamına gelir. Örneğin memur yer değişikliğinin hukuka aykırı olarak ve dolayısıyla idarenin takdir yetkisini keyfi olarak kullanmak suretiyle yapıldığını savunurken; ulaşım sistemi kaldırılan

vatandaş, sistemin hala işlediğini ve kaldırılan sistemin yerine yenisinin getirilmediğini veya kaldırılma sebebiyle vatandaşın mağdur olduğunu iddia edebilir.

Personel ile ilgili yapılan değişikliği idarenin takdir yetkisi anlamında değerlendirirken, personel rejimi içerisinde her ne kadar ayrım yapmak zamanla olanak dışı kalsa da memur ve sözleşmeli personel olarak ayrım yapmak gereklidir. Çünkü her ne kadar kategorik olarak iki rejim arasında ayrım yapmak zor olsa da[102], özellikle kamu hizmetinde değişkenlik ilkesi bağlamında bu iki rejim arasında, bu değişikliğe karşı tutumlar açısından farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

Onar da personel sisteminin karışık durumunu şu sözlerle ifade etmiştir: *"Fertle idare arasında akdedilen bu mukaveleler muhtelif şekillerde ve mevzularda da tekevvün ederler: Emanet suretiyle görülen bir hizmette veya idarenin tali ihtiyaçlarında kullanılan gündelikçilerle ve hatta bazen şifahî olarak akdedilen mukaveleler, bir amme hizmetine iştirak ve bu hizmetin mevzuunun doğrudan doğruya ifasını tazammun eden mukaveleler, teknik bir hizmetin ifası için bir mütehassısla akdedilen mukaveleler, muayyen bir müddet için veya müddetsiz olarak, daimî bir hizmetin ifası için akdedilen mukaveleler gibi.[103]"*

Türk hukukunda kamu hizmeti görevlileriyle ilgili düzenleme Anayasa'nın 128. maddesidir. Bu hükme göre: *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer*

---

102 "…sözleşmeli personel ile memur arasındaki fark giderek azalmıştır. Sözleşmeli personelin süreli olma özelliği sözleşmenin yenilenerek uzatılması ile süreklilik kazanarak memura benzemiştir. Memurların Emekli Sandığına, sözleşmelilerin de Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı olması esası, yapılan düzenlemelerle sözleşmelileri de istekleri halinde Emekli Sandığı ile ilişkilendirme olanağı tanınarak önemini yitirmiştir" GÖZÜBÜYÜK, Şeref-TAN, Turgut; **İdare Hukuku**, 8. Bası, C. 1, Ankara 2011, s. 810.

103 ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. Bası, s. 1612.

kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." Buradan çıkan sonuç, iki tür kamu görevlisinin mevzuatta düzenlendiğidir; "memurlar" ve "diğer kamu görevlileri".

Değişkenlik ilkesi gereği memurun yer değiştirmesine olanak tanıyan ve bu konuda idareye takdir yetkisi veren DMK 76. maddesinin uygulanması sırasında, hangi durumlarda idarenin yetkisini aştığına, Danıştay kararlarına bakarak değerlendirmek mümkündür.

Geçici olarak müdür başyardımcısı olarak atanan davacının asaleten atama başvurusuna karşılık olarak gerekçe göstermeksizin aynı okula sınıf öğretmeni olarak atanmasına ilişkin davada Danıştay; *"...davacı hakkında yapılan araştırma neticesinde idarecilik görevini yürütmesinin sakıncalı olduğunun saptandığı iddia edildiğinden bu iddia doğrulayan ilgili kurumlarca herhangi bir soruşturma yapılıp yapılmadığının, davacının mudi başyardımcılığı görevi için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığının, yöneticilik deneyiminin ve hizmet içi eğitim durumunun olup olmadığın sorulduğu ve aday veya adaylar hakkında düzenlenen değerlendirme formlarının ve eklerin davalı idareden istenildiği, ancak verilen cevabi yazılardan ilgili kurumlarca yapıldığı iddia edilen tahkikat ile ilgili belirli bir olay veya durum gösterilmediği gibi diğer hususlarda cevap verilmediğinin görüldüğü, bu durumda hiçbir somut olay ve sebebe dayanılmaksızın mahiyeti açıklanmayan ve hangi kurum tarafından yapıldığı belli olmayan tahkikat sonucun ulaşılan bilgiye dayanılarak ve ayrıca müdür başyardımcılığı için mevzuat ile öngörül gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığı hususları değerlendirilmeden ve hizmet gerek göz önüne alınmadan davacı hakkında tesis*

edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.[104] *"*

Yukarıda belirtilen kararlarda da görüldüğü üzere Danıştay DMK 76. madde uyarınca memurun yer değişikliği için hukuki ve somut şart aramakta ve bu şartlara uygun olmadan yapılan atamaları, idarenin takdir yetkisinin sınırlarını aştığı ve keyfi uygulamaya gittiği gerekçeleriyle hukuka aykırı bulmuştur. Bu durum da değişkenlik ilkesinin sınırı kapsamında idarenin, takdir yetkisini belirli ilke ve kurallara dayanarak kullanabileceğini ve bu yetkinin idareye keyfi davranma yetkisi vermediğinin bir örneği olarak karşımızda durmaktadır.

Yine benzer bir olayda kamu görevine atanmak için gerekli tüm sınavları kazanmış olan davacının güvenlik soruşturmasını gerekçe göstererek atamayan idarenin kararına karşı Danıştay[105]: *"Davacının atanmak istediği Milli Eğitim Bakanlığı Müfettiş Yardımcılığı için; 03.10.1993 gün ve 21717 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinin "Müfettiş Yardımcılığı Giriş Sınavına Katılacaklarda Aranan Nitelikler" başlıklı 17/c maddesinde; "sicil ile yapılacak inceleme sonucunda tutum ve davranışları yönünden müfettiş yardımcılığına atanmasına engel hali bulunmamak" kuralına yer verilmiştir. Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece "boş olan kadroya atamak veya atamamak" konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. Başka bir ifade ile idare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer.*

---

104 Danıştay 2. Dairesi, E. 2004/3266, K. 2005/831, K.T. 04.03.2005, (UYAP Mevzuat).

105 Danıştay 5. Dairesi, E. 2001/5253, K. 2003/796, K.T. 13.03.2003, (UYAP Mevzuat).

Bu sürenin sonunda artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasında "ilgilinin tutum ve davranışlarına" göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek Anayasa ve Yasa ile belirlenen özelliklerin bir yana bırakılarak, atama işlemini yetkili makamın sübjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki, bunun sınırını belirleme olanağı yoktur. Böylesine sübjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa'da ifade edilen "kanun önünde eşitlik" ilkesinin ve "kamu hizmetine girme hakkının" ihlali niteliğini taşır. Bu hukuki durum karşısında, davalı idarenin güvenlik soruşturmasına ve yine bu soruşturma sonucu elde edilen "tutum ve davranışlarıyla müfettişlik görevini olumlu bir şekilde yürütemeyeceği görüşünü kuvvetlendiren ibareler olduğu" şeklindeki somut olmayan bilgilere dayanarak davacının atamasının yapılmaması yolundaki dava konusu işleminde hukuka ve Anayasaya uyarlık bulunmadığı…"

Acaba sözleşmeli personelin çalışma hayatına ilişkin olarak idare tarafından yapılan değişikliklere karşı çıkıp çıkamayacakları memurlardan farklı olabilir mi? Sözleşmeli personel ile ilgili mevzuat Devlet Memurları Kanunu madde 4 tür. İlgili maddede sözleşmeli personel: "*Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı*

olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir." Kanun aynı maddede bazı zorunlu durumlarda da sayma usulüyle belirtilen personelin sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceğini belirtmiştir. Aynı şekilde geçici personelle ilgili düzenlemede de sözleşmeli personel rejimine göre çalıştırmanın uygun olduğunu belirtmiştir.

Sözleşmeli personelin çalışma hayatında yapılan değişikliğe karşı tutumuyla ilgili Danıştay'ın kararından bahsetmeden önce, aynı karada geçen ve sözleşmeli personel ile imzalanan sözleşmenin mahiyeti konusundaki farklı iki görüşü çalışmanın doğrudan konusu olmamasından ötürü sadece aktararak geçeceğiz. Danıştay 12. Dairesinde açılan ve Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünde 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personele yönelik 2008 yılı hizmet sözleşmesinin çalışma şartlarına ilişkin bir takım hükümlerin iptali istemiyle açılan davada Başbakanlık ve Tapu Kadastroları Genel Müdürlüğünün verdiği savunmalara bakıldığında sözleşmeli personele ilişkin "sözleşme" konusunda nasıl bir ikileme düşüldüğü görülebilir. Başbakanlık verdiği savunmada: *"Sözleşmeli personel istihdamının temelini oluşturan hukuki ilişkinin sözleşme rejimine dayandığı, sözleşme rejiminin karşılıklı irade beyanı üzerine kurgulanmış olması nedeniyle davaya konu olan madde hükümlerinin iptali talebinin hukuki dayanağının bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır."* Aynı davaya ilişkin olarak Tapu Kadastroları Genel Müdürlüğünün verdiği savunmaya göre ise: *"Sözleşmeli personel statüsünün memuriyet statüsünden farklı olduğu, memurlar gibi değerlendirilemeyeceği, tip hizmet sözleşmesinin belirlenmesinde idarelerinin takdir*

hakkının bulunmadığı, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.[106]*"* Danıştay da kararda bu konuya vurgu yapmış ve ilgili kısımda aynen: *"657 Sayılı Yasa'da, sözleşmeli personelin kamu hizmeti görevlileri olarak kabul edildiğinin açık olması karşısında; davalı idarece ileri sürüldüğü gibi sözleşme kurallarının taraf iradeleri ile sözleşme serbestisi sınırları içerisinde belirlenmediği ortadadır."*

Aynı kararın esas yönünden incelenmesi aşamasında da sözleşmeli personelin değişikliklere karşı alabileceği tavır ve değişkenlik ilkesinden bahsederken üzerinde durduğumuz ve ilkenin karakteristik özelliklerinden birisi olan ve ilkenin sınırlarını belirleyen hukuka aykırı olması durumunda değişikliğin mahkeme tarafından iptal edilebileceğinin örneği ileride incelenecektir.

"Kamu hizmetinin insan öğesinde istisnai nitelik taşıyan sözleşmeli personel kategorisinin varlık nedenini de değişkenlik ve uyum ilkesiyle açıklayabiliriz. Sözleşmeli personel, kamu hizmetinin insan unsurunun (atamayla) memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisnadır. Özel meslek bilgisine ihtiyaç duyulması ve memur tipi istihdamla karşılanamayacak olması gibi iki sınırlayıcı koşula bağlı olan bir esneklik yaratılması amaçlanmıştır. Sözleşmeli personel yöntemiyle personel yapısının, kamu hizmetlerinde istisnai ve geçici olarak görülen genişlemelere uydurulmasına çalışılmıştır.[107]"

Sözleşmeli personelin çalışma şartlarının ve dolayısıyla kamu hizmetini yerine getirme şartlarının, her ne kadar idare tarafından tek taraflı olarak hazırlansa da, sözleşme ile belirlenmesi, sözleşmeli personelin kamu hizmetinde yapılan

---

106 Danıştay 12. Dairesi, E. 2008/285 K. 2010/426, K.T. 02.02.2010. http://www.tdb.org.tr/tdb/admin/mevzuat/userfiles/4B_normal_calisma_gunleri_disinda_ucret.pdf Erişim Tarihi: 12.08.2014.

107 KARAHANOĞULLARI, s. 228.

değişkenliğe karşı çıkabilme durumu memurlardan biraz daha farklı olabilir mi sorusunu akıllara getirmektedir.

Sözleşmeli personelin çalışma koşullarında (örneğin çalışma saatleri veya çalıştığı yer veya çalıştığı yerdeki bulunduğu konum itibariyle) yapılan değişikliklere memurlardan farklı olarak karşı çıkabileceği ve yapılan değişiklik karşısında örneğin özlük haklarına dair bir iyileştirme veya çalışma koşullarında meydana gelen ağırlaşma sebebiyle bir tazminat isteyebileceğini öne sürenler vardır[108].

Danıştay 12. Dairesinin, özetle, sözleşmeli personelin ekstra ücret ödenmeksizin fazla çalıştırılabileceği hususu düzenlenmiş bulunan hizmet şartlarına ilişkin sözleşmenin ilgili maddelerinin iptali için açılan davada verdiği kararda[109] sözleşmeli personelin fazla çalışma yükünün bir şekilde telafi edilmesinin zorunlu olduğu, 657 sayılı yasada kurumların personelin fazla çalışmasının karşılığının verildiğini, ayrıca kurumların fazla çalışma karşılığında fazladan ücret ödemeyi tercih etmemesi durumunda bunu izin ile telafi ettiği belirtilmiş; ayrıca zaruri ve kamu yararının gerektirdiği durumlar hariç zorla çalıştırılma yapılmasının yasak olduğunun evrensel ve ulusal hukuk kaideleriyle hüküm altına alındığı belirtildikten sonra, Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esasların 4. paragrafında yer alan *"Sözleşmeli personele normal çalışma saatleri dışında veya tatil günlerinde yapacakları çalışmaları karşılığında herhangi bir ek ücret ödenmez"* ibaresinin üst norm durumunda bulunan 657 sayılı Kanunun, zaruri ve kamu yararının gerektirdiği

---

108 CHAPUS, **Droit Administratif Général**, op. cit., c. 1, s. 607. Aktaran: GÖZLER, c. II., s. 309.

109 Danıştay 12. Dairesi, E. 2008/285 K. 2010/426, K.T. 02.02.2010. http://www.tdb.org.tr/tdb/admin/mevzuat/userfiles/4B_normal_calisma_gunleri_disinda_ucret.pdf Erişim Tarihi: 12.08.2014.

durumlar hariç zorla çalıştırılma yapılmasının yasak olduğunun evrensel ilkesini gerekçe göstererek iptal etmiştir. Aynı kararda, yukarıda belirtilen Bakanlar Kurulu kararının bir uygulama işlemi niteliğinde olan *"sözleşmeli personele yönelik hizmet sözleşmesinin çalışma şartlarına ilişkin"* 3. maddesinin 2. Fıkrasında yer alan; *"ilgili kendisine verilen işleri bitirene kadar, normal çalışma saatleri dışında da çalışmak zorundadır. Normal çalışma saatleri dışında veya tatil günlerinde yapacağı çalışmalar karşılığında ilgiliye herhangi bir ek ücret ödenmez"* ibaresi de yine aynı gerekçe ile iptal edilmiştir.

Danıştay'ın vermiş olduğu bu karara göre ilk husus, sözleşmeli personel, çalışma şartlarına ilişkin değişiklik yapılması işlemlerine, memurlardan farklı olarak karşı çıkabilmektedir. İkinci husus ise, değişkenlik ilkesinin sınırını teşkil eden ölçütlerden birisi olan değişikliğin hukuka aykırı olması durumunda mahkemece bu değişikliğin iptal edilebileceği konusunda örnek teşkil etmesidir. Daha önce de vurgulandığı üzere, idare takdir yetkisinin sınırını aşarak hizmetin içeriğinde veya personelin çalışma şartlarında değişiklik yapamaz. Yapacağı değişikliğin öncelikli sınırı hukuka uygun olmasıdır.

Ayrıca devlet mekanizmasının tarihsel devinim süreçlerinden etkilenen ve aynı zamanda benimsediği ekonomik ve siyasal politikalar sebebiyle farklı personel statülerine imkân vermesi göz önünde tutulduğunda, sözleşmeli personel rejiminin tamamen idarenin kamu hizmetlerinde değişkenlik ilkesi uyarınca oluşturulmuş bir rejim olduğu da savunulmuştur[110]. Nitekim ömür boyu çalışma (emeklilik sonrası verilen maaş dâhil) ya da çalıştığı süre boyunca kanunda belirlenen hükümler dışında meslek garantisi bulunan memur rejimi yerine tamamen mesleğinde gösterdiği

[110] KARAHANOĞULLARI, s. 228.

performansa ve gelişime dayalı olan sözleşmeli personel rejiminin benimsenmesi, bu ilkenin sonucudur diyebiliriz.

Fakat sözleşmeli personel rejiminde yaşanan tarihsel değişime baktığımız da gerek kamuoyunun bakışı gerekse mevzuatta yapılan düzenlemeler, sözleşmeli personeli özlük hakları ve meslek garantileri bakımından memur rejimine oldukça yakınlaştırmıştır. Bu açıdan bakıldığında da her ne kadar kalite ve performansa dayalı olan ve salt idari yönden faydacı bakış açısıyla mantıklı görünen bu rejimin bahsedilen özelliklerinden uzaklaştığını da özellikle belirtmek gerekir.

Sonuç olarak, idare, değişkenlik ilkesi gereği hizmetin içeriğinde yapacağı yenilikler veya değişiklikler bakımından takdir yetkisini belirli ölçü ve kurallar dâhilinde yapmak zorundadır. Bunun somut örneği olan memurların yer değiştirmesi konusunda sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken hukuka uygun gerekçeler öne sürmeli ve keyfi uygulama sonucunu doğuracak işlemlerden kaçınmalıdır. Aksi takdirde her işlem ve eylemde söz konusu olduğu üzere, idarenin bu işlemleri yargı denetiminde iptal sonucunu doğurabilecektir. Sözleşmeli personelin çalışma şartlarında yapılacak değişiklikler konusunda, sözleşmeli personelin, memurlar karşısında personel rejimi gereği daha olumlu bir pozisyonda olduğunu ve bu değişikliklere karşı çıkabileceklerini ifade etmek gerekir.

3. Değişiklik Sebebiyle Kullanıcının Zarara Uğraması

"Hizmetin değiştirilmesi, idarenin herhangi bir kusuru olmamasına rağmen kullanıcı için zarar doğurmuşsa, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine dayanılarak idarenin sorumluluğuna gidilebilir.[111]"

[111] KARAHANOĞULLARI, s. 224.

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine, idarenin hizmetle ilgili değişiklik yapabilmesi ve bu sebeple kullanıcının zarara uğraması durumunda bu zararın nasıl karşılanacağı anlamında kısaca değinecek olursak, idare kamu hizmetiyle toplumun genel bir ihtiyacını karşılamaktadır. İdare eğer bu hizmetle ilgili değişiklik yaparsa kullanıcı zarara uğrayabilir. Bu durumda tüm toplum tarafından kullanılan bir hizmet sebebiyle sadece menfaati ihlal edilen kullanıcının/kullanıcıların sıkıntı çekmesi hakkaniyet ve nesafetle bağdaşmaz. Nimetinden herkesin faydalandığı bir kamu hizmeti sebebiyle oluşan zarara da herkes katlanmalıdır. Bu sebeple devlete vergi ödemekle kamu hizmetine katkı sağlayan her bireyin ödediği vergiyle bu zararın karşılanması halinde her birey bu zarara ortak olmuş olur. Kamu külfetlerinde eşitlik ilkesinin esası budur[112].

Kamu külfetleri karşısında eşitlik prensibi gereği idarenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve risk sorumluluğu yanında tamamlayıcı bir sorumluluk türüdür. Yani eğer idarenin, bir işlem veya eyleminden ötürü kusursuz sorumluluk ve risk sorumluluğu gereği sorumluluğuna gidilemiyorsa, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği sorumluluğuna gidilir[113].

Danıştay vermiş olduğu bir kararda bu ilkeyi açıklarken:[114] *"Yürütülen kamu hizmetinin işleyişinden kaynaklanan bir olay sonucu… hizmet kusuru olmasa bile, kusursuz sorumluluk ilkesine göre hizmetin sahibi idarenin tazmin sorumluluğunu*

---

112 GÖZLER–KAPLAN, s. 771-772.

113 GÖZLER, C. II, s. 1243.

114 Danıştay 10. Dairesi, E. 1990/3968, K. 1992/1573, K.T. 22.04.1992, (UYAP Mevzuat).

doğurur… uğradıkları olağandışı zararın hizmetin sahibi idarece karşılanmak suretiyle kamuya pay edilmesi, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri gereğidir."

Kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine bir örnek olarak, idare şehirlerarası karayolu yapımı nedeniyle yolun üzerinde geçeceği tarlaya ihtiyaç duyar. Bu işte kamu yararı olduğu ve bu tarlaya idarenin bedel ödemeden el atabileceği, tarla sahibinin kamu yararına yönelik bu işleme katlanması gerektiği savunulabilir. Ancak yapılacak yoldan sadece tarla sahibi değil, herkes geçecektir. Yani yolun nimetinden herkes yararlanacak, külfeti ise bir kişinin üzerinde bırakılacaktır. İşte bu durum hakkaniyet ve nesafetle bağdaştırılamaz ve kişinin zararı idarece karşılanır[115].

İdarenin, değişkenlik ilkesi gereği hizmeti yeni gelişmelere uydururken, kullanıcıya zarar verebileceğine dair örnek olarak bir Danıştay kararında, *"Dâva, Beyazıt Meydanı ile Aksaray arasındaki Ordu Caddesinin yeniden düzenlenmesi sırasında yolun yükseltilmesi üzerine davacıya ait apartmanın kapısının yol seviyesine nazaran aşağıya düşmüş olması, zemin katının kısmen bodrum katma inkilâbetmiş olması sebepleriyle maruz kaldığı … zararın Risque esasına göre tanzim edilmesi dileğinden ibarettir. Amme mükellefiyetleri karşısında fertlerin eşitliği, idare hukukunun esaslarındandır. Bayındırlık işlerinin ifası neticesinde meydana gelen tesis ve eserler, topluluğun faydalandığı bir iktisap teşkil ettiğine göre bu yüzden ferdin zarara uğraması halinde bu zarar, topluluğun menfaatine katlanılmış bir fedakârlık niteliğini taşıdığı cihetle amme mükellefiyetleri karşısında eşitliği sağlamak için devamlı ve istisnaî karakteri olan ferdî zararları telâfi etmek hakkaniyet ve nesafetin bir icabıdır. Hadisede Ordu Caddesinin seviyesinin yükseltilmesi neticesinde davacıya ait apartmanın değerinde bir artış olmakla*

---

115 GÖZLER, C. II, s. 1242.

beraber aynı binanın değerinde bir düşme de husule geldiği ve ayrıca apartmanın kapısının yeniden tanzim edilebilmesi için davacının bir takım masraflara katılması gerektiği bilirkişi tetkikatından anlaşılmıştır. Bu zararın kıymet artışı ile mahsubu düşünülemez[116]*"* diyerek kullanıcının zararının karşılanmasına hükmetmiştir.

Bir başka kararda, sel yüzünden kısmi hasar gören köprünün tamiri için suyun çevrilmesi sonucu tarlasının zarar gördüğünü iddia eden davacının bu zararının karşılanması isteğiyle açtığı davada Danıştay, *"Dava Ardeşen - Pazar Karayolu üzerindeki Bodosari köprüsünün sel yüzünden hasara uğrayan kısmının tamiri için yapılan çalışmalar sırasında dere yatağının değiştirilmesi nedeniyle davacının tarlasında meydana gelen toplam… liranın davalı idarece tazmini istemiyle açılmıştır. İdare, üstlendiği kamu hizmetini yerine getirirken kişilere verdiği zararları hizmet kusuru bulunmasa bile gidermekle yükümlüdür. Davalı idare köprü tamiratı şeklinde yürüttüğü kamu hizmetinin görülmesi sırasında davacının taşınmazına zarar vermiştir. İdarenin eyleminden doğan bu zararın bir kişi üzerinde bırakılmayıp kamuya maledilmesi hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 114 üncü maddesine göre idare eylem ve işlemlerinden doğan zararları gidermek zorundadır… belirtilen nedenlerle davalı idarenin objektif sorumluluğu ilkesine dayanılarak… lira zararın dava tarihi olan… tarihinden itibaren işleyecek yasal ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine…*[117]*"* yönünde karar vermiştir.

---

116 Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 1960/177, K. 1962/108, K.T. 16.02.1962, **Danıştay Kararları Dergisi**, S. 87-88, s. 77.

117 Danıştay 12. Dairesi, E. 1978/472, K. 1980/3236, K.T. 11.09.1980, DD, S. 42-43, s. 338.

Davanın görüldüğü dönemdeki teknoloji göz önüne alınarak, idarenin yeni teknoloji ve imkânlara ayak uydurmak amacıyla yaptığı sulama barajı inşaatı esnasında, davacıya ait alabalık üretme tesislerindeki balıklarının zarar gördüğünden bahisle açılan davada Danıştay, *"Bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelen zararın belirli bir veya birkaç kişiye yükletilmesine olanak bulunmadığı gibi, ortaya çıkan zararın kamuca yüklenilmesi de idare hukukunun hak, adalet ve eşitlik ilkeleri gereğidir. Mahkeme kararında da belirtildiği gibi baraj inşaatının dolgu ve hafriyat çalışmaları sonucu suyun kirlenmesi nedeniyle davacıya ait alabalık üretme tesisindeki balıkların ölümü üzerine meydana gelen zararın idarece tazmini gerekmektedir…"* yönünde karar vermiş ve değişkenlik ve uyum ilkesi gereği bir hizmetin sunulması için yapılan çalışmalarda zarar gören kullanıcının zararının kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereği idarece tazminine karar vermiştir.

Aynı yönde, *"Baraj inşası sebebiyle davacının bahçesine su götüren arkın kuruması sonunda davacıya ait mahsullerin zarara uğraması, bir amme hizmetinin görülmesi sırasında meydana geldiği ve amme hizmetlerinin ifası sırasında husule gelen zararların, kusuru olmayan bir veya birkaç kişiye yüklenmemesi hakkaniyet esaslarından bulunduğu cihetle talep edilen miktardan, mücadele, budama, sulama belleme masrafları indirilmek suretiyle bulunacak miktarda tazminatın da idarece ödenmesine hükmolunmuştur*[118]*"*

Danıştay'ın aksi yönde verdiği kararlar da mevcuttur. Örneğin, *"Davacı, benzin istasyonunun önünden geçen yolun gidiş geliş kısımlarının ayrılması neticesinde yoldan geçen vasıtaların bir kısmının istasyonuna uğrayamadığını iddia*

---

[118] Danıştay 12. Dairesi, E. 1965/3570, K. 1967/1705, K.T. 27.10.1967, **Danıştay On ikinci Daire Kararları**, Birinci Kitap, C. II, s. 260.

ile bu yüzden maruz kaldığı zararın tazminini istemekte ise de, kamu idarelerinin sorumluluklarının, ifa ile mükellef oldukları hizmetlerin noksan, kifayetsiz ve kusurlu bir şekilde yürütmeleri halinde mevzuu bahis olmasına, hadisede ise seyrüseferin tanzimi için gidiş geliş yollarının ayrılmasında idareye atfı kabil bir kusur bulunmamakla davanın reddine…[119]" yönünde karar vermiştir. Bir başka kararda *"Olayda Derme suyunun arazileri sulamakta kullanılmasından doğan toplum yararı ile suyu değirmene tahsis etmekten doğan yarar kıyaslandığında, birinci durum lehine büyük farklar bulunduğu anlaşılmaktadır. Tabiî bir kaynak durumunda olan suyun arazi sahiplerinin istifadesine ayrılmasının toplum yararı yönünden de öncelik taşımadığı açık olduğuna göre, davacının değirmeninin su üzerinde kadim istifade hakkı bulunduğundan bahsedilemez"* yönünde karar veren Danıştay davacının zararının tazmini talebini kabul etmemiştir[120].

Sonuç olarak, kararlarda da görüldüğü üzere, idarenin değişkenlik ilkesi gereğince sunmuş olduğu hizmette değişiklik yaparken ya da yeni bir kamu hizmetini kurarken, kullanıcının zarar görmesi halinde, bu zarar kusursuz sorumluluk türlerinden olan kamu külfetlerinde eşitlik ilkesi gereği karşılanabilir. Tüm toplumun faydalanacağı bir değişikliğin yapılması nedeniyle, bir ya da birden fazla kişinin hizmetin inşası ya da uyarlanması aşamasında zarar görmesini haklı görmek mümkün değildir. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri bağlamında, hizmeti sözleşme yoluyla sunan imtiyaz sahibinin değişkenlik ilkesi nedeniyle hizmette yapılacak

---

119 Danıştay 12. Dairesi, E. 1965/3393, K. 1966/2783, K.T. 11.10.1966, **Danıştay On ikinci Daire Kararları**, s. 270.

120 Konu hakkında daha fazla karar ve karar eleştirisi için bkz. GÖZLER, C. II, s. 1255.

değişiklikler sebebiyle zarara uğrama ihtimalinde ise bu zararın nasıl karşılanabileceği farklılık arz ettiğinden ötürü ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

4. İdarenin Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yetkisi ve İmtiyaz Sahibinin Durumu

Kamu hizmeti, toplumun geneline yönelmiş ihtiyaçları yerine getirmek için, idarenin kendiliğinden ya da gözetim ve denetimi altında bir özel kişiye vereceği yetki vasıtasıyla[121] yapmış olduğu faaliyetlerdir.

İdare, bu faaliyeti bir özel kişi aracılığıyla yerine getirebilir. Bunun için özel kişiyle idare arasında bir ilişki (bir sözleşme ya da izin verme gibi[122]) doğar. Sözleşme çoğu zaman idari sözleşme olacağı gibi bazen de özel hukuk sözleşmesi olur. İdarenin, sözleşme ilişki içerisinde hizmeti özel kişiye gördürmesi, hizmetin mahiyetinde bir değişikliğe yol açmaz; hizmet yine de kamu hizmetidir ve idarenin denetleme yetkisi mevcuttur[123].

Onar, *"...teşkilâta dâhil olanların veya bundan istifade eden bir kısım fertlerin hususî durumları, menfaatleri, hatta hakları, hizmetin teşkilâtında ve işlemesinde umumî menfaatler bakımından yapılması lâzım gelen değişikliğin ifasına mâni olamaz[124]"* diyerek idarenin değişkenlik ilkesi gereğince yapacağı değişikliklerde, teşkilata mensup kişilerin yani personelin ya da bundan istifade edenlerin yani vatandaşın haklarının ihlal ediliyor olmasının bu değişikliğe engel

---

121 GÖZLER, C. II, s. 392.

122 GÖZLER, C. II, s. 392-399.

123 KARAHANOĞULLARI, s. 224.

124 ONAR, C. I, s. 21.

teşkil etmeyeceğini; çünkü burada korunan menfaatin kamu menfaati olduğunu ve kamu menfaati söz konusu olduğunda, bireysel menfaatin göz ardı edilebileceğini ifade etmiştir. Öte yandan bu durumu imtiyaz sözleşmeleri bağlamında, idarenin sözleşmede tek yanlı olarak değişiklik yapabilme yetkisini kullanabilmesinin altyapısı olarak da değerlendirebiliriz. Ancak imtiyaz sözleşmelerinde idarenin tek yanlı değişiklik yetkisi kapsamında yapacağı değişiklikler karşısında imtiyaz sahibinin zararının giderilmesi farklı usullerle belirlenmiştir. Bu konuya daha sonra detaylı olarak değinilecektir.

Şunu öncelikle belirtelim ki, bu çalışmada idari sözleşme üzerinde detaylı bir inceleme yapmayacağız. Amacımız idarenin idari sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme yetkisini incelerken, genel olarak idari sözleşme ve idarenin, idari sözleşmedeki hak ve yetkileri konularına değinmektir.

4.1. Özel Hukukta Sözleşmenin Değiştirilmesi-Uyarlanması

Özel hukukta, sözleşme ilişkisi içinde bulunan taraflardan birisi diğerinin rızası olmadan sözleşmedeki şartları değiştiremez ya da ağırlaştıramaz. Bunun sebebi olarak, sözleşmenin, tarafların "anayasası" olarak görülmesi özelliği gösterilir[125].

Özel hukukta sözleşmenin taraflardan birisi tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesinin mümkün olmamasının temeli olarak "pacta sunt servanda" yani "ahde vefa" ilkesi gösterilir. Bu ilkeye göre borçlu, sözleşmedeki sorumluluklarına bağlı kalmalı, ahde vefa göstermeli ve şartlar kendi aleyhine ne kadar değişse de

[125] EREN, Fikret**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 480 vd., OĞUZMAN, Kemal-ÖZ, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 203 vd., RUHİ, Ahmet Cemal; **Sözleşmeler Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 78.

edimini aynen ifaya devam etmelidir[126]. Bu ilkeyi her durumda borçluyu ifaya zorlaması yönünden dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesine aykırı bulan ve farklı bir ilkeyi öne süren görüşlere göre mantıklı olan ilke "clausula rebus sic stantibus"dur. Bu ilkeye göre ise borçlu taraf ancak şartları önemli ölçüde ağırlaşmadığı takdirde ifaya mecburdur. Şartların ağırlaşması ihtimalinde borçlunun edim yükümlülüğü yeni duruma göre uyarlanmalıdır[127]. Romalı hukukçunun ifadesiyle "Her şey taahhüt altına girdiğim zamanda olduğu gibi aynen baki kalmış olmalıdır ki, müteahhit olarak beni sözümle bağlayabilsin.[128]"

Sözleşmenin yeni duruma uyarlanabilmesi için gerekli şartların başında "işlem temelinin çökmesi" gösterilmektedir. "İşlem temelinden anlaşılması gereken "sözleşmenin asıl içeriğine dâhil olmamakla birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan ve işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin ortak tasavvurlar"dır.[129]"

Doktrin, yargı içtihatları ve Türk Borçlar Kanunu da yeni duruma göre sözleşmenin uyarlanması fikrini benimsemiştir. Nitekim TBK m. 138 ve m. 480 düzenlemeleri bunlara örnektir. TBK m. 138'e göre: *"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum,*

---

126 EREN, s. 481.

127 EREN, s. 481-482.

128 Serbesco, Effet de la guerre sur l'execution des contrats, Revue trimestrielle de droit çivil, 1917, S. 352. Aktaran: FEYZİOĞLU, Turan; **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Hal Meselesi)**, Ankara 1947, s. 8.

129 CASHİN-Ritaine Eleanor : **Emprevizyon, Hardship Ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda Ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar**, Çeviren: Başak Baysal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2005, C.63, S. 1-2, s.321-342, s. 321.

borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır."

Yine TBK m. 480/2'ye göre: *"Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir."*

Onar bu konuya açıklık getirirken özel hukukun farkını ortaya koymaya çalışmış ve özel hukuk hükümlerine göre düzenlenen sözleşmelerle kamu hizmeti görmenin mümkün olmadığını, özel hukuk sözleşmelerinde taraflardan birinin tek taraflı olarak sözleşmelerde değişikliğe gidemeyeceğini belirtmiştir. Bir tarafın sözleşme gereği yükümlülüğü ne kadar çok olursa olsun değişikliğin iki tarafın anlaşması suretiyle yapılabileceğini belirtmiştir[130].

Görüldüğü üzere özel hukukta asıl olan, sözleşmenin süresi boyunca tarafların borç yükümlülüklerini aynen ifa etmeye devam etmeleri gerektiğidir.

---

130 ONAR, C.I., s. 22.

Yukarıda bahsedilen sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması istisnai durumlarda uygulama alanı bulmaktadır. Bu istisnai durumlar genellikle uzun süreli ifa yükümlülüğünün olduğu kira ve hizmet sözleşmelerinde söz konusu olmaktadır[131].

4.2. Kamu Hukukunda Sözleşme

İdarenin yapmış olduğu sözleşmeler, bağlı olduğu hukuk düzeni açısından ikiye ayrılır; idarenin idari sözleşmeleri ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri. Kimileri bu ayrımı gözeterek kavramsal olarak konuyu idarenin sözleşmeleri olarak ele almaktadır[132]. İdari sözleşme, idarenin idare hukuku kurallarına dayanarak yapmış olduğu ve uyuşmazlığın çözüm yerinin (tahkim şartının öngörüldüğü imtiyaz sözleşmeleri hariç) idari yargı olduğu sözleşmelerdir[133].

Kavramsal olarak her ne kadar farklı yaklaşımlar olsa da idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin ayrımı, sözleşmenin bağlı olduğu hukuk alanının farklılaşması noktasındadır. Ve biz kavram olarak yaygın biçimde kullanılan "idari sözleşme"yi kullanacağız.

İdari sözleşmenin sözleşme olduğu konusunda tartışmalar vardır. İdarenin yapmış olduğu sözleşmelerde, idarenin üstün yetkilerle donatılmış olması ve bazı istisnai hükümler hariç matbu bir metnin karşı tarafın kabulüyle sözleşmenin yapılıyor olması bu tartışmaların temel noktasını oluşturmaktadır[134].

---

131 EREN, s. 481.

132 ODYAKMAZ, s. 3.

133 ODYAKMAZ, Zehra; **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1998, C.2, S.1-2 s. 5.

134 Daha detaylı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, s.6 vd.

İdarenin, kamu hizmetini özel kişiye gördürmesi için yaptığı sözleşmeler çeşitlidir. Bunlar, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi[135], müşterek emanet sözleşmesi[136], malî iltizam sözleşmesi[137], kamu istikraz sözleşmesi[138], idarî hizmet

---

135 Genel olarak idarenin, bir kamu hizmetini yerine getirmesi için bir özel kişiye imtiyaz vermek suretiyle yaptığı sözleşmedir. Daha detaylı bilgi için bkz. AZRAK, Ali Ülkü**: İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, İHFM., C.XXIX, S.1-2, 1963, s. 523 vd.

136 "Müşterek emanet sözleşmesi; bir kamu hizmetinin, hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesi için yapılan sözleşmedir. Müşterek emanet usulünde sermaye idareye aittir. Özel hukuk kişisi ise emeği ve bilgisi ile hizmeti yürütmektedir. Masraflar hizmetten yararlananlardan alınan bedelin bir kısmı ile karşılanır. Arta kalan kısım sözleşmeye göre paylaşılır." ODYAKMAZ, s.12.

137 Mali iltizam sözleşmesi, özel kişinin idareye belli bir bedel ödeyerek, kâr ve zararı kendisine ait olmak üzere bir kamu hizmetini icra etmek için idareyle yapmış olduğu sözleşme çeşididir. GÖZLER, C. II, s. 73.

138 "Devlet ve öteki kamu tüzel kişileri tarafından tahvil bono vb. gibi adlarla çıkarılan senetler karşılığında halktan borç para alınmasını sağlayan idari sözleşme çeşididir." GÜNDAY, s. 171.

sözleşmesi[139], maden işletme imtiyazı sözleşmesi[140], orman işletme sözleşmesi[141], Yap-İşlet-Devret[142] sözleşmesidir.

İdarenin, idari sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma hak ve yetkisini kullandığı sözleşme tipi genel olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir[143].

4.3. İdari Sözleşmede İdarenin Hak ve Yetkileri

Günümüz hukuk düzeninde her sözleşmede karşılıklı tarafların hak ve yetkileri vardır. İdari sözleşmelerde ise, sözleşmenin özelliği gereği, idarenin sahip olduğu hak ve yetkiler normal bir özel hukuk sözleşmesinde tarafların sahip olduğu hak ve yetkilerden daha geniştir. Bunun nedeni, idarenin sözleşme yaparken özel hukuku aşan birtakım yetkiler kullanıyor olması ve ayrıca idarenin sözleşme yapma amacını taşıyan kamu yararı ilkesidir.

---

139 Genel olarak devletin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetinin yerine getirilmesi için idarenin bireylerle imzaladığı ve işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerini kapsayan sözleşmelere denir. GÜNDAY, s. 192-193; GÖZÜBÜYÜK,-TAN, s. 493.

140 Anayasa'nın 168. Maddesine göre hüküm ve tasarrufu devlete ait olan yer altı ve üstü kaynaklarının belli sürelerle özel kişilere devredilmesini öngören sözleşmelere denir. GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 492.

141 İdarenin ormanların işletilmesi için özel kişilere belli yetkileri verdiği sözleşme tipidir. Ancak anayasal düzenlemelerle artık böyle bir sözleşme yapmak mümkün değildir. GÜNDAY, s. 176; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 492.

142 3996 sayılı kanun gereği kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesini öngören sözleşmelerdir. Detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, C. II., s. 84 vd.; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 502 vd.

143 GÖZLER, C. II. s. 169.

Genel olarak idarenin idari sözleşmedeki hak ve yetkilerine bakacak olursak, bunlar; denetim yetkisi, tek taraflı değişiklik yapma yetkisi, yaptırım uygulama yetkisi, fesih yetkisidir[144].

Denetim yetkisi, idarenin sözleşmenin her aşamasında sözleşmeciden bilgi ve belge talep edebileceği anlamına gelir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için sözleşmede ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur[145].

Yaptırım uygulama yetkisi, idarenin denetim yetkisinin bir devamı niteliğindedir. İdarenin yapmış olduğu denetimler sonucu herhangi bir olumsuzluğa rastlanılması durumunda yaptırım uygulama yetkisi söz konusu olabilecektir[146].

Yaptırım uygulama yetkisinin içerisinde sözleşmede belirlenen parasal yaptırımların yanı sıra idarenin veya kamunun uğradığı zararın karşılanması yer alabilir. Ayrıca sözleşmenin idare tarafından tek taraflı sona erdirilmesi de yaptırımlar arasında sayılabilir[147].

Fesih yetkisi, idare tarafından sözleşmenin sona erdirilmesidir. Ancak idari sözleşmenin idarece feshi ikiye ayrılmaktadır. Birincisi, *"yaptırım niteliğinde fesih"*tir[148]. Burada idare sözleşmecinin ağır kusuru sebebiyle fesih söz konusudur. Sözleşmede sözleşmecinin ağır kusuru sebebiyle idarenin fesih yetkisi açıkça

---

144 GÜNDAY, s. 346 vd; GİRİTLİ, İsmet-BİLGEN, Pertev-AKGÜNER, Tayfun-BERK Kahraman; **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 1165 vd.

145 GÜNDAY, s. 347.

146 YILDIRIM-YASİN-KARAN-ÖZDEMİR- ÜSTÜN-OKAY TEKİNSOY, s. 671.

147 GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 532-533. Detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, C. II, s. 162 vd.; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 532-533.

148 GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 533.

düzenlenebilir. Bu durumda idare tek taraflı olarak fesih hakkını kullanabilir. Sözleşmede düzenlenmemişse, idare fesih yetkisini tek taraflı olarak kullanamaz. Mahkemeye başvurmak zorundadır[149].

Yukarıda idare tarafından kullanılabilecek iki tür fesih yetkisinden söz etmiştik. İlki *"yaptırım niteliğinde fesih"* idi. İkincisi ise, idarenin kamu yararını sağlamakla görevli olmasından kaynaklanan fesih yetkisidir. Bu yetkinin de sözleşmede ayrıca düzenlenmesi gerekmez. Bu yetki, idarenin, kamu gücünü kullanarak kamu hizmetini sunma görevini yerine getirirken kamu yararını göz önünde tutma yükümlülüğünden kaynaklanan bir yetkisidir[150].

4.4. İdarenin Hak ve Yetkilerinden Olan Sözleşmenin Tek Taraflı Değiştirilmesi

Özel hukukta sözleşme ilişkisi ve bu ilişkideki değişiklik yapma şartlarına değinilmişti. İdare hukukunda ise durum özel hukuktan farklıdır. Kamu yararını sağlamakla görevli olan idare, kamu menfaatini özel menfaate üstün tutmakla mükelleftir. Onar: *"Amme hizmetlerinde cemiyetin bütününün menfaati, diğer tabirle umumî menfaat bahis mevzuudur. Gereken değişikliğin yapılmaması sadece bir ferdin veya bir zümrenin değil, bütün cemiyetin hayat ve menfaati üzerinde bir tesir husule getirecek, cemiyetin, dolayısıyla alâkalı ferdin de faaliyetlerinin durmasını veya aksamasını intaç edecektir"* diyerek kamu yararının özel yarardan üstün tutulması gerektiğini belirttikten sonra; *"Bu vaziyet karşısında umumî menfaati*

---

149 GÖZLER, C. II, s. 167.

150 ZABUNOĞLU, Yahya**; İdare Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 491-492.

hususî menfaate tercih etmek, umumî menfaatin icaplarını yerine getirmek, ancak ihlâl edilecek hususî menfaati adilane bir surette tanzim ve telâfi ederek hususî menfaatle umumî menfaati telif etmek zarureti vardır" hususunun altını çizmekte ve kamu yararının üstün tutulması ihtimalinde özel menfaati zedelenenlerin zararlarının bir şekilde telafi edilmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Daha sonra konuya kamu hizmetleri perspektifinden bakan yazar söz konusu kamu hizmeti olduğunda kamu menfaatinin özel menfaate üstün tutulmasının gerekliliğinin üzerinde durmuş ve eşitlerin hukuku yerine üstün olan ve tek taraflı değişiklik yapma yetkisini de içeren objektif bir hukukun var olmasının makul olduğuna işaret etmiştir: *"Binaenaleyh kolektif ihtiyaçların, amme menfaatinin, dolayısıyla cemiyetin hayatının bahis mevzuu olduğu amme hizmetleri sahasında hususî hukukun istinat ettiği hak ve menfaat eşitliği esası ve bunun neticesi olan irade muhtariyeti ve sübjektif hukuk durumları bahis mevzuu olamaz. Burada umumi menfaatlerin hususî menfaatlere üstünlüğü, hususî menfaatlerin umumî menfaatlere tabiliği ve ona uymak mecburiyeti, hukukî durumun da, eşit iradelere dayanacak sübjektif kaidelere değil, üstün bir iradenin mahsulü olan ve binaenaleyh tek taraflı olarak değişebilecek bulunan objektif bir hukukî durum olması lâzım gelir.*[151]"

Kamu hizmetini görmekle yükümlendirilmiş idare, gelişen teknoloji ve çoğalan talepler karşısında, kamu hizmetlerinin tamamını kendisi görmek yerine, bir özel hukuk kişisiyle sözleşme yaparak kamu hizmetlerini görme yolunu tercih etmektedir. Yap-İşlet-Devret gibi idarenin özel hukuk sözleşmeleriyle kamu hizmetini özel hukuk kişisine gördürebileceği gerçeğini bir kenara bırakırsak, idarenin idari sözleşmeyle hizmeti özel hukuk kişisi eliyle gördürmesi usullerinde,

151 ONAR, C. I, s. 23.

sözleşmenin içeriği özel hukuk sözleşmelerinden farklılaşan özellikler barındırmaktadır. Bu farklılaşma, idarenin, kamu hizmetini görürken kamu yararını gözetmekle yükümlü olması ve bu sebeple üstün ayrıcalıklardan faydalanması dolayısıyla gerçekleşmekte ve idareye bir takım üstün hak ve yetkiler sağlamaktadır.

İdarenin, idari sözleşmelerde sahip olduğu yetkilerden belki de en önemlisi sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilmesidir. *"İdare, uygulama sırasında karşı tarafın ödev ve yükümlülüklerini tek yanlı iradesiyle arttırıp azaltabilir, yani sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklikler yapabilir.*[152]*"* Bu yetki, kamu hizmetinde değişkenlik ilkesinin, idari sözleşmelerde görünen yüzüdür.

Danıştay'a göre de[153]: *"Bir idari sözleşme türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendirdiği için bu hizmeti görmek ve bu menfaati korumakla görevli olan idare imtiyaz sözleşmesinin düzenleyici hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Zira bu hükümler, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine, sözleşme konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin şartlardır."*

Uyuşmazlık Mahkemesi de verdiği kararda, *"İdari sözleşme, idarenin kanunsal yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir. Bu nitelikte olmayan diğer sözleşmeler ise, genelde,*

---

152 DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, 1982 İstanbul, s. 439.

153 Danıştay İdari Dava Daire Kurulu, E. 2009/1533, K. 2009/1729, K.T. 16.09.2009, (UYAP Mevzuat).

özel hukuk alanında, özel hukuk kurallarına göre düzenlenir[154]*"* diyerek idarenin tek yanlı değişiklik yetkisinin varlığına vurgu yapmıştır.

Geniş anlamda bakıldığında idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerinden ayıran kıstasların en başında kamu yararı gereğince sözleşmenin idare tarafından fesih yetkisi ve idarenin değişkenlik ilkesi gereğince kamu hizmetinin görülmesi amacıyla imzalanmış olan sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi gelir.

Onar kamu hizmetinin ilkelerinden olan değişkenlik ilkesinin muhtevasını doldururken, buna karşı ileri sürülebilecek hukuki mekanizmalardan bahsetmiş ve özel bir menfaatin veya hakkın varlığının değişikliğe engel olamayacağına değinmiştir. *"Amme hizmetleri kaideleri umumî ihtiyaç ve menfaatlerin değişikliğine göre devletin tek taraflı idaresi ile daima değişir. Bu değişiklik karşısında hususî hak ve menfaatlere düşen vazife, umumî menfaatlerin icaplarına ve bundan doğan değişikliklere uymak ve ancak kendisinin uğradığı zararın adilane bir surette tazmin ve telâfisini istemektir. Yoksa hususî bir menfaatin hatta hakkın mevcudiyeti umumî menfaatin icap ettirdiği değişikliklerin yapılmasına mâni olamaz.*[155]*"*

İdarenin böyle bir yetkiye sahip olmasının temelinde kamu hizmetinde değişkenlik ilkesinin olması ve bu ilkelerin *"kamu hizmetinin Anayasası"* olarak görülmesi yatmaktadır[156].

İdarenin idari sözleşmeyi tek taraflı değiştirebilmesi hususu, idare açısından bir hak ve yetki olduğu kadar bir zorunluluktur da. Daha önce idarenin kamu

---

154 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E. 1991/15, K. 1991/16, K.T. 08.07.1991, Resmi Gazete: 20.10.1991- 21027

155 ONAR, C. I, s. 23.

156 KARAHANOĞULLARI, s. 223.

hizmetlerinde değişiklik talebi karşısında takdir yetkisinden söz ederken de ifa ettiğimiz üzere eğer hizmet anayasal kamu hizmeti kapsamındaysa veya bu kapsamda olmasa dahi hizmetin sunulmaması kullanıcının yaşamını etkiliyorsa idarenin değişime kapalı olması kabul edilemez. Yani idare, gelişen ve değişen teknolojiye ve kamu hizmetinin içeriğinde veya yeni bir hizmetin kurulmasında gelişmelere arkasını dönemez[157].

"Fransız Danıştay'ı 11 Mart 1910 tarihli Compagnie générale française des Tramways Kararı ile sözleşmenin uygulanması esnasında akit idareye belli sınırlar içerisinde kalmak şartıyla her zaman için sözleşmeyi değiştirebileceğini kabul etmiştir. Söz konusu kararda şirket, devlete yapmış olduğu kamu taşımacılığı imtiyazı ile bağlıdır. Bouches-du-Rhône Valiliği tek taraflı olarak kamusal ihtiyaçları gidermek amacıyla yaz ayları süresince servisteki tren sayısının arttırılmasına karar vermiştir. Şirket o dönemde idari yargıç fonksiyonunu ifa eden İl İdare Kurulu'na başvurmuş ve akid idarenin tek taraflı olarak bu tür düzenleme yapabilme yetkisinin sözleşmenin hiçbir maddesinde öngörülmediğini, servisteki tren sayısının arttırılmasına karar vermenin ancak tarafların uzlaşması halinde mümkün olabileceğini ileri sürmüştür. İl İdare Kurulu idarenin hukuka uygun bir biçimde ve tek taraflı olarak imtiyazcıya ek yükümlülükler getirebileceğine ve bunlara uyulmanın zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Böylece Fransız Danıştay'ı sözleşmede

---

157 GİRİTLİ, İsmet-BİLGEN, Pertev; **İdare Hukuku**, C. 3, Filiz Kitabevi, İstanbul 1979, s. 202.

herhangi bir hüküm bulunmasa dahi, idareye tek taraflı olarak sözleşmenin düzenlemelerini değiştirebilme yetkisi tanımıştır.[158]*"*

4.4.1. Hak ve Yetkinin Sınırı

İdarenin, idari sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisinin olması, bu yetkiyi sınırsız ve keyfi bir biçimde kullanabileceği anlamına gelmez. Bu yetkiyi kullanırken de idarenin uyması gereken ilkeler ve kurallar vardır.

İdarenin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirirken uyması gereken söz konusu kurallar ve ilkeler doktrinde çeşitli kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu konuda *"seçilmiş olan hizmet yürütüm biçiminin sınırları içinde kalmak*[159]*"* veya *"sözleşme konusuna tamamen yabancı olmamak*[160]*"* gibi ifadelerin yanı sıra, değişikliğin sözleşmenin akdi hükümlerine ilişkin olmaması gerektiği ve değişikliğin sözleşmenin düzenleyici hükümlerinde yapılabileceği yönünde görüşler de mevcuttur[161].

Değişikliğin sınırlı olması ve sözleşmeye yabancı olmaması gerektiğinden kasıt, sözleşmecinin bu değişikliği önceden bilseydi bu sözleşmeyi imzalamayacağını söyleyebiliyorsak, bu değişikliğin olağan sınırı aştığını ve sözleşmeye yabancılaştığından bahsedebiliriz. *"İdare tarafından yapılan değişiklikler, sınırlı değişiklikler olmalı, belirli bir büyüklüğü geçmemelidir. Yapılan değişiklikler*

---

158 LACHAUME, Jean-François; **Droit administratif**, 13eme edition, Themis, LGDJ, PUF, Paris 2002, sh. 557-558. Aktaran: ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.599.

159 KARAHANOĞULLARI, s. 223.

160 KARAHANOĞULLARI, s. 223.

161 GÖZLER, C. II. s. 170.

sözleşmenin özüne dokunmamalıdır. Yapılan değişiklikler, mevcut işte nitelik ve nicelik olarak bazı değişiklikler değil de, sözleşmede öngörülmemiş yeni bir iş yapılmasına, yeni bir mal teslim edilmesine yol açıyorsa, değişikliğin belirli bir sınırı geçtiği varsayılır.[162] *"* Onar da sınırı ifade ederken, *"...idarenin bir taraflı değişiklik yapma imtiyazı dolayısıyla de malî muvazeneye tesir edemez ve mukavelenin malî hükümlerini değiştiremez.*[163] *"*

Danıştay'a göre[164]: *"Ancak idarenin sahip olduğu bu yetki sözleşmenin kamu hizmetini, kamu malını ve kamu menfaatini ilgilendiren hükümlerine ilişkin olduğundan, sözleşmenin akit karakterinin ağır bastığı örneğin, sözleşmeciye sağlanan avans, kredi teminatı, tekel hakkı, bazı vergi ve harçlardan muafiyet gibi, mali hükümlerinde idare tek yanlı değişiklik yapma yetkisine haiz değildir."*

Yine idarenin sözleşmede hangi ölçüde değişiklik yapabileceği konusunda ölçü kriterler vermeye çalışan Duran, sözleşmenin özüne ilişkin değişiklik yapılamayacağını ifade ederken *"belli bir ölçüyü aşmama"* deyimini kullanmıştır. *"...akidi kollamak ve güvenceye bağlamak için, sözleşmelerin tek yanlı olarak değiştirebilmesinde, gerçekten yeni bir durumun veya ihtiyaçların ortaya çıkmış bulunması ve değişikliklerin belli bir ölçüyü aşmaması şartları aranmaktadır.*[165] *"*

İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapmasının sınırının sözleşmenin içeriğinin boşaltılmaması olduğu ve tarafların sözleşmenin konusuna karşılıklı saygı duymak zorunda olduğu bunun yanı sıra idarenin sözleşmede yapacağı

---

162 GÖZLER, C. II. s. 170.

163 ONAR, C. III, s. 1631.

164 Danıştay İdari Dava Daire Kurulu, E. 2009/1533, K. 2009/1729, K.T. 16.09.2009, (UYAP Mevzuat).

165 DURAN, Ders Notları… s. 439.

değişikliklerde kamu yararına uygun hareket etmesi gerektiğini aksi takdirde sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeyi feshetme yetkisinin doğacağı ifade edilmiştir[166].

Türk hukukunda ihale ile ilgili 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan sözleşmeler gerek doktrinin büyük çoğunluğu[167] ve gerekse içtihadi olarak[168] özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul

---

166 ATAY, s. 600; 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun yürürlükten kaldırdığı 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu, sözleşmede yapılacak değişikliğin sınırını gösteren hüküm içermekteydi. İlgili kanunun 135. maddesindeki düzenlemeye göre, "İnşaata müteallik bir mukavelenin tatbiki sırasında tadil zarureti hasıl olduğu ve bin netice 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 lazımdır." Aynı şekilde 2886 sayılı Kamu İhale Kanununun yürürlükten kaldırdığı 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununda da benzer yönde bir hüküm bulunmaktaydı. Kanunun 19/2 maddesine göre, "Keşif ve mukavelenin dışında kalmış fakat ya-pılması ihaleden sonra kararlaştırılmış işler için katî teminat artan iş nispetinde artırılır."

167 ONAR, C. III., s. 1599; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 517.

168 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2005/16, K. 2005/36, T. 16.5.2005, (Kazancı). *"5.1.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 2. maddesinde, bu Kanun'un, Kamu İhale Kanunu'na tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsadığına işaret edilmiş; 4. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu Kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin taraflarının, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahip oldukları; ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemeyeceği ve Kanunun yorum ve uygulanmasında da bu prensibin göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmış, aynı Kanun'un 36. maddesinde de, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Anılan Yasa*

edilmektedir. Buna rağmen ve idarenin sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yetkisini asıl olarak idari sözleşmelerde yapabileceğini ifade etmemiz karşısında, Devlet İhale Kanununun 63. maddesi, hangi nispette sözleşmenin özüne dokunan bir değişikliğin ortaya çıktığına dair düzenleme içermekte ve özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmede idareye tek yanlı değişiklik yetkisi verilerek idareye ayrıcalık tanımaktadır[169]. Buna karşın, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelerle ilgili esas ve usulleri belirleyen 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda idarenin sözleşmede tek yanlı değişiklik yapmasının önüne geçilmiş ve değişikliğin karşılıklı anlaşma yoluyla yapılacağı düzenlenmiştir[170][171]. 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun ilgili kısmında (m. 63), *"Yapım işlerine ait bir sözleşmenin uygulanması sırasında keşif ve sözleşmede öngörülmeyen iş artışı veya eksilişi zorunlu hale gelirse, müteahhit, keşif bedelinin % 30 oranına kadar olan değişikliği, süre hariç, sözleşme ve şartnamesindeki hükümler dairesinde yapmakla yükümlüdür. Keşif bedeli artışının % 30'u geçmesi halinde sözleşme feshedilir…"* Bu nispeti aşan hususlarda idare ile

---

hükümlerine göre, tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı açıktır."

169 SEZER, Yasin; **İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi**, AÜEHFD, C. VIII, S. 1.2, 2004, s. 157-158.

170 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu: Madde 4/2- Bu Kanunda belirtilen haller dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez. Madde 15- Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a) İşin yapılma veya teslim yeri.

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.

171 Düzenlemeye dair eleştiri içi bkz. SEZER, s. 159.

işi üstlenen arasında, sözleşmenin özüne ilişkin bir değişiklik ortaya çıkmasından ötürü, yeniden sözleşme imzalanması gerekir. Bu düzenlemenin amacının da hükümde yer alan yüzdenin aşımı halinde işi yüklenenin mali dengesinin bozulup sözleşmenin feshi için mahkemeye müracaat etmesinin önüne geçerek, işin devamını sağlamaya yönelik olduğunu söyleyebiliriz[172].

İdarenin, idari sözleşmelerde bu yetkisini kullanabileceğini belirtmekle birlikte, özel hukuk hükümlerine göre yaptığı sözleşmelerde, (Örneğin abonelik sözleşmeleri) bu yetkisini kullanıp kullanamayacağı ya da nasıl kullanacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Karahanoğulları, abonelik sözleşmelerini iki kısma ayırarak, abonelik sözleşmesinin uygulanmasından dolayı çıkacak uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girdiğini ancak abonelik şartlarının idarece tek taraflı olarak düzenlenebileceği görüşünü savunmaktadır[173].

Ergün ise, abonelik sözleşmelerini bir bütün olarak ele almakta ve bu tür kamu hizmetlerinin özel hukuk kurallarına bağlı olduğunu ve sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin genel olarak kamu hizmetinin değişkenliği ilkesinin yanı sıra sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını savunmaktadır. Sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin idareye verilmemesi durumunda, idarenin değişiklik yapmaya yetkisi olmayacağından dolayı ve idarenin sırf değişiklik yapamıyor diye kamu hizmetini özel kişinin devam ettirmesi yönünde idare zorlanamayacağı için idarenin sadece karşı tarafın zararını karşılayarak fesih yetkisini kullanabileceğini ve bu fesih yetkisinin de kamu yararından doğan tek taraflı fesih yetkisi olmadığını (özel hukuk

---

172 29. 8. 1984 tarih, 84 /8520 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun (8.) maddesine dayanılarak hazırlanmış olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 19. Maddesinde de aynı hüküm yer almaktadır.

173 KARAHANOĞULLARI, s. 224.

sözleşmesi olduğu için) bu durumda idarenin haksız fesih hükümlerine tabi olacağını belirtmektedir. Dolayısıyla idare, hem tazminat ödemek zorunda kalacak hem de hukuka aykırı bir eylemde bulunmuş olacaktır[174].

Danıştay abonelik sözleşmeleri ile ilgili verdiği bir kararda: *"...abonman sözleşmesi süresince idare yine düzenleyici tasarruflarla, kamu hizmetinin bedelini indirir veya çıkarır; bu değişikler belirli bir süreyle akdedilmiş ve halen devam etmekte olan abonman sözleşmelerine de etki eder. Çünkü bu sözleşmeler tam anlamıyla özel hukuk sözleşmeleri olmayıp, köken bakımından imtiyaz sözleşmesine ve şartnamelere benzer. Şartnameler, tamamen düzenleyici bir tasarruf niteliğindedir, hizmeti ve dolayısıyla bu hizmeti düzenleyen sözleşmeyi objektif hukuk kuralı saymak gerekir. Bu nedenle tarifelerdeki değişiklikleri, objektif hukuk kuralında yapılan değişiklik saymak gerekir. Sözleşmenin kendisi de hizmetin objektif kaidelerini, statüsünü kapsayan kurallardır. İdare de bu objektif kurallara tabidir. Hizmetten yararlanacaklara sunulan bu kurallar aslında bir statünün kurallarıdır. İdare de bu statünün kurallarını belirlemede irade serbestliğine sahip olmayıp, kamu hukuku kuralları ile bağlıdır.[175]"* diyerek abonelik sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi karakteri izleri taşımasına rağmen, objektif bir statüyü belirleyen kurallar bütününe yararlananların katılımı şeklinde oluşan imtiyaz ve şartnamelere benzeyen bir yapısının olduğunu ifade etmiştir.

Yine aynı kararda Danıştay: *"Elektrik, su ve doğal gaz gibi bedeli karşılığında dağıtılan kamu hizmetlerinde, bu kamu hizmetlerinden yararlanmak için*

---

174 ERGÜN, Çağdaş Evrim; **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 191.

175 Danıştay 8.Dairesi, E. 1997/185, K. 1997/2229, K.T. 23.6.1997, (UYAP Mevzuat).

öngörülen koşulların idarece tek taraflı olarak düzenlenmesi, sözleşmenin uygulanması anlamına gelmeyeceğinden, uyuşmazlığın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu düşünülemez. İdarenin tek taraflı olarak kamu gücüne dayanarak belirlediği abone olma ve sözleşme koşullarından doğan uyuşmazlıkta idari yargı yerleri görevlidir.[176]" diyerek, Karahanoğulları'nın da belirttiği üzere, sözleşmenin abonelik şartlarının belirlendiği düzenleme hükümlerinde idari yargının yetkili olduğu sonucuna varmıştır.

Bu nedenle bu tür kamu hizmetlerinin ifası sırasında idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme şartlarının tek taraflı olarak idarece, sunulan kamu hizmetinin niteliği, özellikleri ve günün koşulları göz önüne alınarak belirlenmesi ve hizmete ilişkin tarifelerin düzenlenmesinde idarenin kamu gücünü kullanarak idari tasarrufta bulunduğunu kabul etmek gerekir.

4.4.2. Örnekler: Elektrik, Doğalgaz, Termik Santrali

İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapabilme yetkisini, günümüz Türk ve Avrupa hukuk sistemindeki pozitif hukuk normlarında görebilmek mümkündür.

Fransa'da, kamu hizmetinde değişkenlik ilkesi uygulamasının 20. yy başlarında elektrik piyasasındaki gelişmeler sonucu başladığını söylemek yanlış olmayacaktır[177].

Fransız Danıştay'ının 1902 yılında verdiği kararda, gaz ile sokak aydınlatması imtiyazının verildiği şirket, idarenin, elektrikle aydınlatmanın teknik

---

176 Danıştay 8.Dairesi, E. 1997/185, K. 1997/2229, K.T. 23.6.1997, (UYAP Mevzuat).

177 ERGÜN, s. 195.

olarak mümkün hale gelmesinden sonra bu hizmetin değiştirilmesini istemiş fakat şirket bu isteği kabul etmemiştir. Bunun üzerine idare elektrik enerjisiyle aydınlatma hizmetini başka bir şirkete vermiştir. Gaz ile aydınlatma işini yürüten şirket uğradığı zararın tazmini için idareye karşı dava açmış ve Danıştay verdiği kararda sözleşmede hüküm bulunmamasına rağmen, değişiklik talebine uymayan şirketin tavrı dolayısıyla idarenin yeni bir imtiyaz vermesini hukuka aykırı bulmamıştır[178].

İdare, idari sözleşmelerde, ki bu genel olarak imtiyaz sözleşmelerinde söz konusu olabilir çünkü imtiyaz sözleşmeleri genelde uzun süreli sözleşmelerdir, değişkenlik ilkesi gereği sözleşmelerde değişiklik yapma hakkını sözleşmenin içeriğinde saklı tutabilir. İmtiyaz sözleşmelerinde idare değişen teknoloji ve sosyal durumları göz önünde tutarak sözleşmeye koyacağı bir maddeyle ileriki durumları belirterek imtiyaz sahibine bazı yükümlülükler getirebilir. Bu duruma Kayseri ve Civarı Elektrik Türk Anonim Şirketi ile devlet arasında yapılan imtiyaz sözleşmesi Mukavelesi ve elektrik aydınlatma dağıtım şartnamesinin bazı hükümlerini örnek gösterebiliriz. 16. maddede iş bu mukavelenin kesinleşmesinden itibaren yirmi yıl sonra elektrik fabrikasının tesisatında ve dağıtımında yarar sağlayıcı bir yöntem keşfedilir veya yaratılırsa Bayındırlık Bakanlığı bunun uygulanmasını imtiyaz sahibinden isteyebilecektir. Yine aynı sözleşmenin Şartnamesinin 8. maddesinde elektrik dağıtım tesisleri her zaman iyi durumda bulundurulacaktır. İmtiyaz sahibi genel hizmetlerin durmasına ve düzensizliğine sebep olmamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Şartnamenin 20. maddesine göre imtiyaz sahibi, tüketim artmasına

---

178 CE, Gaz de Deville-les-Rounen, 10 Ocak 1902. Fransız Danıştay'ının internet sayfası: http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/ Aktaran: ERGÜN, s. 195.

göre merkez fabrikalarının güçlerini arttırmaya ve su kuvveti yetmediği takdirde buharlı ve gazlı makineleri bunu sağlamaya mecburdur[179].

Fransız hukukunda da, Elektrik Kamu Hizmetinin Modernizasyonu ve Geliştirilmesi Hakkında 2000-108 sayılı ve 10 Şubat 2000 tarihli Kanun'un 1. maddesi uyarınca, elektrik sektöründeki kamu hizmetlerinin yürütülmesine hakim olan ilkeler arasında, "değişkenlik" ilkesini de saymaktadır[180].

AB hukukunda da, 2003/54 sayılı Elektrik Yönergesinin 23. Maddesinin 4. bendi uyarınca, enerji alanındaki ulusal düzenleyici otoritelerin yetkileri arasında, değişen koşullara uygun olarak elektrik iletim ve dağıtım şirketlerinden tarifelerini ve hesaplanma yöntemlerini değiştirmelerini talep etme yetkisini düzenlemektedir[181].

İdareyle özel kişi arasında imzalanan sözleşmelerden olan ve konusu doğalgaz olan imtiyaz sözleşmelerine baktığımızda bu tip sözleşmelerde kamu hizmetlerinin değişkenlik ilkesine vurgu yapan hükümler bulmak mümkündür.

Bu hükümlere örnek olarak Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı ile özel bir şirket arasında imzalanan ve konusu "Kombine Çevrim Doğalgaz Santrali İşletme" olan imtiyaz sözleşmesinde değişkenlik ilkesine vurgu yapan hükümler bulmak mümkündür. İlgili sözleşmenin 17. maddesine göre, *"Ulusal elektrik sisteminin emniyeti, stabilitesi ve değişen şartlara göre üretim programlarının revizyonu*

179 YAYLA, s. 78., Dpn. 153.

180 ERGÜN, s. 198.

181 ERGÜN, s. 199.

Bakanlık denetiminde TEDAŞ tarafından yapılacaktır. Şirket, yapılacak aylık, haftalık, günlük sürelere ilişkin değişikliklere aynen uyacaktır.[182]*"*

Yukarıda adı geçen doğalgaz için yapılan imtiyaz sözleşmesinde olduğu gibi yine termik santral işletmesi sözleşmesinde de benzeri hükümlere rastlamak mümkündür.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile özel bir kişi arasında imzalanan Hidroelektrik santrali kurulması, işletilmesi ve üretilecek elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketine veya Görevli Şirkete satışı hakkındaki sözleşmede değişkenlik ilkesinin gereklerini içeren hükümlerden biri olan 17. maddesinde; "Ulusal elektrik sisteminin emniyeti, stabilitesi ve değişen şartlara göre üretim programlarının revizyonu Bakanlık denetiminde TEAŞ tarafından yapılacaktır. Şirket, yapılacak aylık, haftalık, günlük sürelere ilişkin değişikliklere aynen uyacaktır" dedikten sonra yine aynı sözleşmenin 24. maddesinde; "Şirket, sözleşme kapsamındaki tesisleri, bu sözleşme süresinin sonuna kadar, normal aşınma ve yıpranma hariç iyi ve çalışır durumda bulundurmak yükümlülüğündedir" hükmü getirilmiştir[183].

Sözleşmenin 17. maddesi açık bir şekilde revizyon ifadesini kullanarak değişkenlik ilkesine göre sözleşme süresince gerekli uyumu sağlamayı şirkete borç olarak yüklemiştir. 24. maddede ise açıkça değişkenlik ilkesinin anlamını çıkarmasak da "…tesisleri… iyi ve çalışır durumda bulundurma" yükümlülüğündeki "iyi"

---

182 ÖZDİLEK, Ali Osman – ÖZDİLEK, Beyza Banu; **A'dan Z'ye Uygulamalı Sözleşme Örnekleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 1678.

183 ÖZDİLEK, Ali Osman – ÖZDİLEK, Beyza Banu, s. 1696-1699.

durumdan yorum yoluyla o günün şartlarına göre gereken teknolojiyi ve imkanları kullanmaya özen göstermesi gerekliliğini anlamak gerekir.

4.5. Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Nedeniyle İmtiyaz Sahibinin Durumu

İdarenin sözleşmede tek taraflı değişiklik yapması sonucu imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibinin zarara uğraması söz konusu olabilir. Bu konu çoğunlukla idarenin yaptığı sözleşmeler içerisinden imtiyaz sözleşmeleri için tartışılagelmiştir. Çünkü imtiyaz sözleşmeleri uzun süreli sözleşmelerdir ve bu tür uzun süreli sözleşmelerde zamanla değişiklik yapılma ihtimali arttığından dolayı sözleşmenin karşı tarafı olan özel kişinin zarara uğrama ihtimali yükselmektedir.

İmtiyaz sahibinin zarara uğradığının belirlenmesi için mali dengesinin bozulduğunun ispat edilmesi gerekir. Mali dengesi bozulan imtiyaz sahibinin önünde sözleşmenin devam etmesi yönünde imkânlar mevcuttur. Öncelikle imtiyaz sahibi, idareden yaptığı değişiklikler sebebiyle ortaya çıkan zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bu talep imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde, mali dengesinin bozulduğunu ispat eden imtiyaz sahibi için haklı bir taleptir ve idarenin imtiyaz sahibinin zararını karşılaması gerekir. Bu zarar, koşullar çerçevesinde beklenmeyen hal nazariyesi veya fait du prince ilkesine göre tazmin edilebilir. Bu alternatiflerin koşullarına değinilecektir. Son olarak, eğer idare, mali dengesinin bozulduğunu ispat eden imtiyaz sahibinin zararının tazmin etmez ise, ağır kusur sebebiyle imtiyaz sahibi sözleşmeyi feshedebilir.

Onar imtiyaz sözleşmesinin değiştirilmesi sonucu dengenin bozulması için aranan kriterleri şöyle açıklamıştır. *"Aşağıdaki hallerde malî muvazenenin*

bozulduğundan dolayı âkit idareden bir tazminat verilmesini ve bu suretle bozulan malî muvazenenin iadesini isteyebilir:

a. *İdarenin imtiyazlarına dayanarak bir taraflı mukavelenin kaide-tasarruf ve şart-tasarruf mahiyetindeki hükümlerinde yaptığı değişikliklerin malî muvazeneye tesir etmesi ve âkidin mukavele mucibince beklediği kârı azalttığı veya külfetlerini çoğalttığı takdirde âkit bu zararının herhangi bir surette tazmini suretiyle malî muvazenenin tekrar kurulmasını isteyebilir;*
b. *İdarenin akde muhalif hareketleri, akdi kusurları, akdi mesuliyetini intaç eder ve âkide tazminat istemek salâhiyetini verir. Bu tazminat zarar ve ziyanın iki unsurunu yani damnum emergence ve lucrum cessence'i; patrimuanda fiilen husule gelen eksiltme, zarar ile kâr mahrumiyetini ihtiva eder.*
c. *İdare amme hizmetleri icaplarının ve amme menfaatlerinin zarurî kıldığını gördüğü ve âkide ifa ettirdiği munzam edimleri de ödemek mecburiyetindedir.*[184]"

İdarenin, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirmesi, sözleşmenin sınırını ihlal etmiyor olsa dahi, sırf bu değişikliği yapmasından dolayı sözleşmecinin yükü ağırlaşıyor olabilir. Bu durumda da sözleşmeci, tazminat talebinde bulunabileceği gibi sözleşmenin feshini de mahkemeden isteyebilir. Bu bir seçimlik yetki değildir. Yani imtiyaz sahibi mali dengesinin bozulduğundan hareketle, bozulan mali dengesinin düzeltilmesi ve fesih haklarından birini istediği gibi kullanamaz. Öncelikle idareden mali dengesinin düzeltilmesini talep etmek zorundadır. Bu talep karşılık bulmaz ise imtiyaz sahibi sözleşmeyi feshedebilir. İdarenin sözleşmeyi

184 ONAR, C. III, s. 1631.

değiştirmesinde kamu yararının olması, sözleşmecinin bu ağır yüke maruz bırakılacağı anlamına gelmez[185].

Mali dengesi bozulan imtiyaz sahibi, zararının tazminini koşullarına göre beklenmeyen hal nazariyesi[186] veya fait du prince[187] ilkesine göre talep edebilir.

Beklenmeyen hal nazariyesinin bir olaya uygulanabilmesi için gerekli şartları belirten Feyzioğlu'na göre[188];

- İstisnai, olağanüstü ve önceden öngörülmesi imkânsız hadiselerin mevcudiyeti,
- Tarafların bu hadiselere tamamıyla yabancı kalmış olmaları, yani hadiselerin taraflardan birinin iradesi neticesinde değil, tamamıyla hariç bir tesirden doğmuş bulunması,
- Sözleşmenin mali esaslarının, akit-dışı bir durum ve akit-dışı bir külfet doğuracak şekilde alt üst olması,
- Akidin, her şeye rağmen, sözleşme hükümlerini yerine getirmeye devam ederek hizmeti inkıtaa uğratmaması gerekir.

Beklenmeyen hal nazariyesinin uygulanma şartları da göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin değişkenlik ilkesi gereği idarenin idari sözleşmede tek yanlı değişiklik yapması nedeniyle imtiyaz sahibinin zarara uğraması durumunda, imtiyaz sahibi bozulan mali dengesinin düzeltilmesini beklenmeyen hal nazariyesini sebep göstererek idareden isteyemez. Çünkü beklenmeyen hal nazariyesinde idareye

---

185 GÖZLER, C. II. s. 171.

186 Beklenmeyen hal nazariyesi hakkında detaylı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU.

187 Fait Du Prince'in kelime anlamı ve detayı için bkz. ÖZAY, s. 253 vd.

188 FEYZİOĞLU, s. 36.

atfedilemeyecek veya idarenin dışında gelişen bazı olaylar neticesinde imtiyaz sahibinin zarara uğraması ve mali dengesinin bozulması söz konusudur.

İdarenin tek yanlı işlemiyle idari sözleşmede değişiklik yapması nedeniyle imtiyaz sahibi meydana gelebilecek zararını idareden fait du prince ilkesi yoluyla isteyebilir. Fait du prince ilkesine göre, idare yapmış olduğu bir işlem ya da eylem sebebiyle karşı tarafın yükümlülüklerini ağırlaştırıcı bazı tedbirler alır ve bu durumda zararı karşılaması gerekir[189]. Fait du prince ilkesi, idari sözleşmeni tarafı olan idarenin, taraf olma sebebiyle değil başka herhangi bir sebeple sözleşmenin ifasını zorlaştıracak bazı tedbirler alması nedeniyle karşı tarafın zararını tazmin etmesini öngören bir ilkedir[190].

Fait du prince ilkesine bir örnek vermek gerekirse, bir belediye bir şehirde toplu taşımacılık hizmetini özel bir kişiye vermiş olduğunu ve daha sonradan idare aldığı kararla özel kişiye verilen tolu ulaşım hizmetinin yapıldığı yollardan bazılarını kapattığını veya bazılarını tek yön haline getirdiğini düşünelim. Bu durumda hizmeti sunan özel kişinin yollarının uzayacak olması nedeniyle bir zararı doğabilir. Bu durumda özel kişi zararını fait du prince ilkesi gereği idareden isteyebilir[191].

Fait du prince ilkesinin bir olaya uygulanabilmesi için, zararın gerçekleşmesine sebep olan değişiklik işlemini sözleşmeyi yapan idarenin yapmış olması gerekir. Aksi halde başka bir idarenin almış olduğu karar sebebiyle özel kişi zarara uğramışsa bu ilke uygulanmaz. Eğer koşulları uygunsa beklenmeyen hal

---

189 ATAY, s. 600; ÖZAY, s. 253; GÖZLER-KAPLAN, s. 509.

190 GÖZLER, C. II, s. 181.

191 Chapus, Droit Administratif Général, op. cit., c. 1, s. 837. Aktaran: GÖZLER-KAPLAN, s. 509.

nazariyesi uygulanabilir[192]. Burada beklenmeyen hal nazariyesi ile fait du prince ilkeleri arasındaki farkın fait du prince ilkesinde idareye atfedilebilecek bir hareketin veya işlemin varlığı söz konusuyken; beklenilmeyen hal nazariyesinde idareye atfedilemeyecek bir durumdan kaynaklanan bir zararın oluşmasını söyleyebiliriz[193].

Gözler, fait du prince ilkesini açıklarken, sözleşmenin mali dengesini sözleşmenin tarafı olan idarenin bozmuş olması ihtimalinde bu ilkenin uygulanmasına gerek olmadığını çünkü bu durumda zaten idarenin sözleşmede tek yanlı değişiklik yapma yetkisi nedeniyle bir zarar ortaya çıkmışsa bunun idare tarafından giderileceğini belirtmiştir[194]. Ancak idarenin sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi, kendi başına kamu hizmetinin ilkelerinden olan değişkenlik ilkesinin idari sözleşmeler açısından bir görünümüdür. Dolayısıyla tek başına idarenin idari sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yapabilme yetkisi, karşı tarafın zararını karşılamak için yetersizdir. Ki her değişiklikte karşı tarafın mali dengesinin bozulması ve zarara uğraması da söz konusu olmayabilir. Bundan dolayı sözleşmede tek yanlı değişiklik yapan idarenin karşı tarafın zararını fait du prince ilkesine göre tazmin etmesinde bir sakınca yoktur.

İmtiyaz sahibinin, idarenin imtiyaz sözleşmesinde tek yanlı değişiklik yapması dolayısıyla mali dengesinin bozulması halinde eğer idare, imtiyaz sahibinin bozulan mali dengesini eski haline getirmez ise, imtiyaz sahibinin fesih yetkisini kullanabileceği kabul edilmektedir[195]. "İmtiyazı veren idare, kamu hizmetlerinin

---

192 GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER-BERK, s.1169.

193 ODYAKMAZ, s. 33-34.

194 GÖZLER, C. II, s. 179.

195 DURAN, Ders Notları…, s. 439.

değişkenliği ve uyumu ilkesi gereği sözleşme ve şartlaşmada öngörülmemiş olsa da, imtiyaz sahibinden yenilik, genişletme ve eklemeler isteme olanağına sahiptir. İmtiyaz sahibi de mali dengenin sağlanması kaydıyla bu istekleri yerine getirmek durumundadır. Mali dengeyi sağlamadan idarenin sözleşmede tek yanlı değişiklik yapmasının, sözleşmenin idare aleyhine feshi için yeterince ağır kusur oluşturduğu kabul edilmektedir.[196]"

5. Değişkenlik ilkesinin Kullanıcı/İmtiyaz Sahibi Açısından Farklı Sonuçları

Kamu hizmetinin ilkelerinden olan değişkenlik ilkesi gereği idarenin hizmette değişikliğe gitmesi ya da değişiklik talebinin reddedilmesi, ilke gereği yapılan değişiklikten ya da değiştirmemeden etkilenen kesimlerden olan, kullanıcı, imtiyaz sahibi veya hizmeti yürüten personel açısından her zaman aynı sonuca yol açmaz. Sonuçlardan kasıt ise, olumlu veya olumsuz sonuçların söz konusu olmasıdır.

Örneğin imtiyaz sözleşmesinde hizmetin yeni gelişmelere uyum sağlaması için, imtiyaz sözleşmesinde, idarenin yetkilerinden olan tek taraflı değişiklik yapma yetkisi yoluyla hizmette değişiklik yapılması halinde, bu değişiklik kullanıcı açısından olumlu bir gelişme olmasının karşısında; imtiyaz sahibi açısından bu değişiklik olumsuz durumlara yol açabilecektir. En azından imtiyaz sahibi yeni gelişmelere ayak uydurabilmek için yeni bir külfet altına girecek yeni sisteme uygun alet vs. almak zorunda kalacaktır. Bu sebeple imtiyaz sahibinin idareden külfetlere

---

196 CE, 12 mars 1999, SA Meribel 92, concl. C. Bergeal, Bulletin Juridique des Contrats Publics, 1999, No: 5, s. 444 vd. Aktaran: GÖZÜBÜYÜK – TAN; C. I, s. 636.

katılmasını isteme hakkının olduğunu daha önceki bölümlerde detaylı olarak incelemiştik.

Aynı şekilde idarenin kullanıcının değişiklik talebini reddetmesi halinde, söz konusu imtiyaz sözleşmesi yoluyla görülen bir hizmet ise, imtiyaz sahibi aynı koşullarla hizmeti sunmaya devam edeceği için, bu imtiyaz sahibi için olumlu bir sonuç olacakken; kullanıcı yeni gelişmelerle hizmetten faydalanamayacağı için bu durum kullanıcı için olumsuz bir sonuç doğuracaktır.

Değişkenlik ilkesi gereğince hizmette değişiklik yapılmasının yukarıda sayılan çevrelerin (kullanıcı, imtiyaz sahibi, personel) kendi içerisinde bazısı için faydalı bazısı için zararlı olabileceği akla gelebilir. Bu konuda yargı kararına konu olmuş bir örnek bulmak zor olmaklar birlikte kurgusal olarak birkaç örnekle konu daha iyi anlaşılabilir. Örneğin kullanıcıyı ele aldığımızda yapılan değişiklik bazı kullanıcılar için faydalı olabilecekken bazıları için zarara sebebiyet verebilir. Bir bölgede yoğunluğun artmasından dolayı otobüs hattının çoğaltılması talebiyle bir takım kullanıcının toplu ulaşım hizmetlerinden daha etkili faydalanabileceği düşünüldüğünde, o bölgede yaşayan kullanıcılar için gürültünün artması ihtimali göz önünde bulundurulduğunda bu durum o kullanıcılar için zarara sebebiyet verecektir. Böyle bir örnek olayda idarenin değişiklik yapıp yapmama konusunda üstün kamu yararını düşünerek harekete geçmesi beklenebilir. Ulaşımın rahatlaması ve gürültü kirliliği arasında bir seçim yaparken hangisinin daha çok kamu yararına olacağını inceleyecektir.

Aynı doğrultuda bir semtteki pazar yerinin şehrin gelişmesiyle birlikte dışarda kalması ve ihtiyaca cevap veremeyecek duruma gelmesi ihtimalinde ya da tam tersine şehrin göbeğinde kalmasından dolayı trafik sıkışıklığına sebep

olmasından ötürü taşınması söz konusu olduğunda bu durum kullanıcı kategorisi içerisinde menfaat çatışmasına yol açabilecektir.

6. Değişikliğin Yargı Tarafından Denetlenmesi

Hukuk devletinde yapılan bir işlemin ya da eylemin hukuka aykırı olduğunu düşünen kişi bağımsız mahkeme önünde hakkını arayabilir. Yargı denetlemesi bağlamında kısıntı olmayan tüm konularda yargı denetimi açıktır. Yüksek Askeri Şura kararları, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, sıkıyönetim komutanının kararları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları, memura verilen uyarma ve kınama cezaları yargı denetiminin kapsamı dışındadır.

Yukarıda sayılan konular dışında her türlü işlem ve eyleme karşı yargı denetimi açıktır. Anayasanın 36. maddesinde hak arama hürriyeti kapsamında yer alan düzenlemeye göre: *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* Yine yargı yetkisinin istisnalar dışında sınırlanamayacağını öngören bir başka anayasa hükmü olan 125. maddeye göre*: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* İdarenin her türlü eylem ve işlemi Yargı denetimine açık olduğundan dolayı, değişkenlik ilkesi kapsamında idarenin yapacağı değişikliklerin hukuka aykırı olduğunu düşünen ve bu sebeple menfaati ihlal edilen herkes yargı önünde hakkını arayabilir.

Değişkenlik ilkesi kapsamında idarenin yapmış olduğu değişikliğin; idarenin takdir yetkisini keyfi kullandığı, yapılan değişikliğin geçmişe uygulandığı, değişikliğin kazanılmış haklar anlamında sorunlu olduğu veya sözleşmenin özüne

dokunan değişiklikler içerdiğinden bahisle hukuka aykırı olduğu iddia edilerek yargı önünde hukuka uygunluğu denetlenebilir. Bu konuda Danıştay'ın vermiş olduğu bir görüş kararında aynen[197]: *"İstişarî mütalâa isteminin kapsamı dışında kalmakla beraber, maden imtiyazının şartname kısmında idarenin tek taraflı değişiklik yapabilmesinin, kişinin hukukunu zedeleyeceği yolunda ortaya çıkabilecek kuşkuların kısaca karşılanması da yararlı görülmüştür. İmtiyaz sözleşmelerinde kamu yararı nedeniyle, idarece tek taraflı değişiklik yapılan hallerde, sözleşmenin diğer yandaşı olan imtiyaz sahibinin bu değişiklikten doğan zararlarının karşılanması, yani parasal dengenin sağlanması ve değişikliğin kamu yararının gerektirdiği ölçüyü aşmaması gibi konular doğal olarak Danıştay'ın denetimi kapsamında bulunmaktadır. Her ne kadar maden imtiyazlarındaki değişikliklerin yöntemi Maden Kanununda ayrıca düzenlenmemiş ise de, yine bir genel idare hukuku ilkesi olan idarî yöntem paralelliği gereğince, yapılacak değişikliklerin imtiyaz sözleşmelerinin onanması ve yürürlüğe konulması konusunda kanunda yer alan hükümlere göre yürütülmesi ve bu arada Danıştay'ın denetiminden geçmesi zorunlu bulunmaktadır. Bundan başka idarî sözleşmelerde, bu arada maden işletme imtiyazlarında idarece yapılacak tek taraflı değişiklik kararı, kamu gücüne dayanılarak alınmış olduğundan Anayasanın 114 üncü maddesi gereğince Danıştay'ın yargısal denetimine tabi olacaktır. Kullanılma şekli belli usule bağlanmamış takdir yetkisine dayalı idarî işlemlerin şekil veya yetki yönlerinden olduğu gibi maksat bakımından da yargı denetimine tabi olduğu idare hukukunun bilinen esaslarından bulunduğu cihetle imtiyaz sahibinin bu yolla da hak ve*

---

197 Danıştay Genel Kurulu, E. 1974/33, K. 1974/6224, K.T. 24.10.1974, **Danıştay İstişari Düşünceler (Cumhuriyet Dönemi 1929-1980)**, C. II, s. 63.

menfaatlerini koruma olanağı mevcuttur." Bu karardan yola çıkılarak denilebilir ki, değişkenlik ilkesi gereği sözleşmede yapılacak olan değişiklikler yargı denetimine tabidir ve sözleşmenin karşı tarafının bir zarara uğrama ihtimali ortadan kalkmıştır.

SONUÇ

Değişkenlik ilkesi, kamu hizmetlerinin dünyada yaşanan teknolojik, sosyolojik, ekonomik ve siyasal gelişmelere uyum sağlaması amacına hizmet eden kamu hizmeti ilkelerindendir. Değişkenlik ilkesi uyarınca hizmette değişiklik yapmanın amacı kamu yararını sağlamaktır. Eskimiş bir hizmetin kamunun yararına olacağını söylemek mümkün değildir. Bu ilke yoluyla idareye, hizmetin içeriğinde değişiklik yapma genelinde; imtiyaz sözleşmelerinde tek yanlı değişiklik yapabilme, personel sistemi içerisinde değişiklik yapabilme yetkisi ve sorumluluğu verilmiştir.

İdarenin kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uydurma konusunda yetkilendirilmiş olması, idarenin takdir yetkisi gereği serbest hareket etme yetkisi olduğu anlamına gelmez. Anayasada veya kanunlarda bir kamu hizmetinin kurulması veya yeni gelişmelere uyum sağlaması öngörülmüş ise, idare bu noktada hizmetler yönünden bağlı yetki sebebiyle hareket etmek zorundadır. Özellikle anayasal kamu hizmetleri söz konusuysa idarenin takdir yetkisinden bahsetmek mümkün değildir.

Kullanıcının kamu hizmetlerini yeni gelişmelere uyum sağlaması amacıyla idareden talep edebilmesi gerekir. Hizmetin son teknolojik imkânlarla sunulabilmesinin, belirli hizmet alanları dışında (anayasal kamu hizmetleri) sadece idarenin harekete geçmesiyle mümkün olduğunu kabul etmek, değişkenlik ilkesinin etkili bir şekilde amaca hizmet etmesini engelleyebilir. İdarenin kamu hizmetlerinin tümü üzerinde son teknolojik imkânlarla hizmet sunmak zorunda olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Bu noktada da sınırın, *"onurlu bir yaşam", "asgari yaşam standardı"* gibi ifade edilen ve bize göre hizmet kalitesinin alt sınırını teşkil eden sınırın üzerinde ve Anayasanın 65. maddesinde geçen "mali kaynakların

yeterliliği ölçüsünde" bir hizmet kalitesinin yakalanması sınırın çizilmesi anlamında belirleyici olacaktır. Ancak yaşam hakkı, sağlık hakkı, eğitim-öğretim hakkı, iç-dış güvenlik hakkı gibi (anayasal kamu hizmetleri alanı da diyebileceğimiz) hizmetlerin sunulduğu alanlarda alt sınırın daha yukarılara çekilerek, son teknolojik imkânların bu alanlarda uygulanması söz konusu olduğunda yukarıda ifade edilen ölçütler göz ardı edilmelidir.

Değişkenlik ilkesi uyarınca hizmette yapılan değişikliklerde kullanıcıların kazanılmış hakkının olmadığı genel olarak ifade edilmektedir. Fakat bu noktada kazanılmış hakkın genel prensibi olan ve objektif bir statü içerisinde sübjektif bir hakkı elde etmiş olanlar için kazanılmış hakkın, değişkenlik ilkesi gereği hizmette yapılan değişiklikler söz konusu olduğunda da korunacağını ifade edelim. Ayrıca hizmette yapılacak değişikliğin geçmişe yönelik değil geleceğe dönük değişiklikler olması gerekli ve zorunludur.

Kullanıcının değişiklik talebiyle idareye genel idari başvurusunun reddedilmesi ve dava açılması halinde mahkemenin vereceği iptal kararının yerindelik denetimi sayılıp sayılmayacağı tartışılmaya değer görülmüştür. Her şeyden önce bu durumda iptal edilen ret işlemidir. Bunun yanında, idarenin bir hizmet alımı nedeniyle yaptığı idari işlemin, yeni gelişmelere uygun olmadan hizmet alımı yaptığından hareketle idareye bu işlemini geri alması veya değiştirip, yeni gelişmelere uygun olarak yapmasını isteyen kullanıcının reddedilen başvurusu üzerine açılan davada verilecek iptal kararı da yine ret işleminin iptali olacaktır. Yerindelik denetimi sayılamaz. Bu yolla her ne kadar kullanıcı tam anlamıyla amacına ulaşamamış olsa da; idare de hizmet sunumunda yeni gelişmelere yönelik

olmayan işleminin reddedilmesi sebebiyle daha özenli ve etkili hizmet sunma yönünde uyarılacaktır.

İdarenin, hizmeti yeni gelişmelere göre uyarlamamasından dolayı kullanıcı zarara uğrarsa, idare duruma göre kusur veya kusursuz sorumluluk sebebiyle sorumlu tutulabilir. Örneğin eskimiş bir hizmeti sürdüren idarenin bu faaliyeti nedeniyle kullanıcı zarara uğrarsa, idare hizmetin kötü işlemesi nedeniyle sorumludur. Herhangi bir hukuk normu gereği hizmetin yenilenmesi gerekiyorsa, idarenin sorumluluğuna gidileceği kuşkusuzdur. Ancak idareyi hizmeti yenilemesi anlamında bir bağlayıcı hüküm olmaksızın, yenilememesinden sorumlu tutmak, ancak ileri demokrasi ve *"iyi idare"* anlayışının geliştiği yönetim sistemlerinde mümkün görünmektedir. Ancak yine de kullanıcının hizmetin yenilenmesi için idareyi zorlayacak mekanizmaların da olduğunu ifade edelim (genel idari başvuru veya anayasal bir kamu hizmeti söz konusuysa Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru gibi). Bunun yanında, idarenin hizmeti yeni teknolojiye uydurması sebebiyle zarara uğrayan kullanıcı da kamu külfetlerinde eşitlik sebebiyle zararını idareden talep edebilir. Hizmetin yenilenmesi, uyarlanması amacıyla idarenin bir takım işlemler yapması, zarar gören kullanıcının bu zarara katlanması anlamına gelmez.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri idari sözleşmelerdir ve idari sözleşmeleri özel hukuk sözleşmelerden ayıran ölçütlerden birisi de idarenin gerekli gördüğü hallerde idari sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yapabilmesidir. Kamu yararı gereğince, idarenin sözleşmede yapacağı değişikliklere imtiyaz sahibi katlanmak zorundadır. İdarenin tek yanlı değişiklik yapacağı imtiyaz sözleşmesi hazırlanırken hüküm altına alınabilir. Ancak bu değişikliği yapabilmek için sözleşmede hüküm bulunmasına gerek yoktur. İmtiyaz sahibi değişikliklere katlanmak zorundadır.

Ancak değişiklik sebebiyle mali dengesinin bulunduğunu ispat etmesi halinde idare bozulan bu dengeyi düzeltmelidir. İmtiyaz sahibi oluşan zararını idareden sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasa dahi, fait du prince ilkesine göre talep edebilir. Düzeltmediği takdirde imtiyaz sahibinin fesih yetkisi gündeme gelir.

İdarenin değişkenlik ilkesi uyarınca hizmeti yeni teknolojik, sosyolojik veya ekonomik gelişmelere uyarlaması, idarenin muhatabı konumunda olan kişiler (kullanıcı, imtiyaz sahibi, personel) için aynı yönde menfaatine sebep olmayabilir. Örneğin bir değişiklik, kullanıcının menfaatine olmuşken imtiyaz sahibinin aleyhine sonuç doğurabilir. Aynı şekilde idarenin muhatabı olan grupların kendi içerisinde de aynı yönde sonuçlar doğurmayabilir. Örneğin bir değişiklik veya uyarlama bazı kullanıcılar için olumlu olacakken, diğer kullanıcılar için olumsuz olabilir.

İdarenin değişkenlik ilkesi gereği hizmette yapacağı değişikliklerin sınırı vardır. Hizmetin konusun değişeceği, içinin boşaltılacağı değişiklikler yapılamaz. İmtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmede yapılacak değişiklik, hizmetin mahiyetini değiştirecek şekilde yapılamaz. Personel açısından ise, personelin yerinin ve çalışma saatinin değiştirilmesinin hukuki gerekçeleri olmalıdır. Örneğin, yargı içtihatlarında da belirtildiği üzere, personelin yer değişikliğinin hukuki bir gerekçesi yoksa değişiklik işlemi iptale maruz kalabilir. Bu anlamda idarenin her türlü eylem ve işleminde olduğu gibi, değişkenlik ilkesi gereği yaptığı değişikliklerde yargı denetimine tabidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar:

ATASAYAN, M. Gözde; **Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, On İki Levha Yayınları, 2012, İstanbul.

ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

BİLGEN, Pertev; **İdare Hukuku**, C. 3, Filiz Kitabevi, İstanbul 1979.

DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, 1982 İstanbul.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2012.

ERGÜN, Çağdaş Evrim; **Elektrik Piyasasında Kamu Hizmeti**, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.

FEYZİOĞLU, Turhan; **İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Hal Meselesi)**, Ankara 1947.

GİRİTLİ, İsmet-**BİLGEN**, Pertev-**AKGÜNER**, Tayfun-**BERK** Kahraman; **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2012.

GÖZLER, Kemal – **KAPLAN**, Gürsel; **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa Ağustos 2011.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, C. 2, Ekin Yayınları, Bursa 2009.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2013.

KARAHANOĞULLARI, Onur; **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

KARAHANOĞULLARI, Onur; **Kamu Hizmeti**, Ankara 2004.

KAYA, Cemil- **SEZGİNER**, Murat; **Türk İdare Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012.

OĞURLU, Yücel**; İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

OĞUZMAN, Kemal-**ÖZ**, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.

ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. Bası.

ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. III, 3. Bası.

ÖZAY, İl Han; **Günışığında Yönetim**, İstanbul, 2002.

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

ÖZDİLEK, Ali Osman-**ÖZDİLEK**, Beyza Banu; **A'dan Z'ye Uygulamalı Sözleşme Örnekleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

ÖZVERİ, Murat; **Sosyal Hakların Dava Yoluyla Gerçekleştirilmesi**, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, Petrol-İş Yayını-116, İstanbul 2011.

ÖZYÖRÜK, Mukbil; **İdare Hukuku Ders Notları**, 1972-1973.

RAMAZANOĞLU, Yıldırım M.; **Farklı Bir Bakışla Anayasa Gerçeği**, Ege Basım, İstanbul 2012.

RUHİ, Ahmet Cemal; **Sözleşmeler Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

SAĞLAM, Fazıl; **Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma**, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008.

SAĞLAM, Mehmet; **Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 1999

TAN, Turgut- **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **İdare Hukuku**, 8. Bası, C. 1, Ankara 2011.

TANÖR, Bülent; **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul: May Yayınları, 1978.

ULUSOY, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları:2, İstanbul.

ULUSOY, Ali; **Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları**, Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yayınları, Ankara 2001.

YAYLA, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, İstanbul 2009.

YILDIRIM, Turan-**YASİN**, Melikşah-**KARAN**, Nur-**ÖZDEMİR**, H. Eyüp-**ÜSTÜN**, Gül- **OKAY TEKİNSOY**, Özge; **İdare Hukuku**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

ZABUNOĞLU, Yahya; **İdare Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Makaleler:

ALTUNDİŞ, Mehmet; **Hukuki Güvenlik İlkesi**, Yasama Dergisi, Sayı: 10, Eylül Ekim-Kasım-Aralık 2008.

AZRAK, Ali Ülkü; **İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, İHFM., C.XXIX, S.1-2, 1963.

BALBAY, Asım-**ESEN**, Mehmet; **Yollardaki Kar ve Buzu Önleyici Sistemler**, Doğu Anadolu Bölgesi Araştırmaları; 2007.

BİLGEN, Pertev; **Kamu Hizmeti Hakkında**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1980.

CASHİN-Ritaine Eleanor: **Emprevizyon, Hardship Ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda Ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar**, Çeviren: **BAYSAL**, Başak; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2005.

DURAN, Lütfi; **İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükûtu Meselesi**, İÜHFM, C. 12, S. 1, 1946.

KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa'da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları**, Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler, 4-5-6 Kasım 2010, (Düzenleyen : Pamukkale Üniversitesi), petrol-iş yay., 113.

KABOĞLU, İbrahim; **Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)**, Anayasa Yargısı Dergisi, 8. Cilt, 1991.

ODYAKMAZ, Zehra; **Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1998, C.2, S.1-2.

ÖRÜCÜ, Esin; **Sosyal Kamu Hizmeti**, İÜHFM, c. XXXVI, sy. 1-4, 1970.

SERİM, Bülent; **Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü**, Amme İdaresi Dergisi, 1988.

SEZER, Yasin; **İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi**, AÜEHFD, C. VIII, S. 1.2, 2004.

Diğer Kaynaklar:

Optimal Devlet, TUSİAD Yayını, İstanbul, 1995

ÖZTÜRK, K. Burak; **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2000.

www.bianet.org

www.hurriyet.com.tr

www.csgb.gov.tr

www.tdb.org.tr

www.danistay.gov.tr

www.anayasa.gov.tr

ÖZET

Çalışmanın konusu kamu hizmetinin değişkenliği ilkesidir. Bu ilkeyle ilgili ulusal düzeyde daha önce detaylı bir incelemenin yapılmamış olması çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Çalışma iki bölümden oluşmakta olup ilk bölümde, değişkenlik ilkesinin ulusal ve uluslararası alandaki yeri ve önemi, değişkenlik ilkesi gereği hizmetten faydalanan kullanıcının idareden hizmetin yeni gelişmelere uyarlaması için talepte bulunabilip bulunamayacağı, talebin idari müracaatlar açısından incelenmesi, idarenin takdir yetkisinin talebin reddine etkisi, Anayasanın 65. maddesinin ilkenin uygulanmasına olan yansıması, talebin reddedilmesi halinde mahkemenin vereceği kararın yerindelik denetimi açısından sorgulanması ve idarenin değişiklik yapmaması nedeniyle kullanıcının zarara uğrama ihtimali değerlendirilmiştir.

İkinci bölümde ise, idarenin kamu hizmetinde değişiklik yapma ihtimali göz önünde bulundurularak, değişikliğin hukuki güvenlik ilkesine uygunluğu; idarenin değişiklik yaparken takdir yetkisinin sınırı ve bu sınırın aşılması ihtimali; değişiklik sebebiyle zarara uğrayan kullanıcının durumu; özellikle imtiyaz sözleşmesi olmak üzere, idarenin idari sözleşmelerde tek yanlı değişiklik yapma yetkisi ve bu yetkinin kullanılması nedeniyle imtiyaz sahibi zarara uğramışsa bunun nasıl telafi edileceği; değişikliğin muhataplar açısından farklı sonuçları ve değişiklik işlemi veya eyleminin yargı tarafından denetimi ele alınmış ve incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Değişkenlik (Uyum) İlkesi, Anayasa, Hukuki Güvenlik İlkesi, İmtiyaz Sözleşmesi, İdarenin Takdir Yetkisi, İdarenin Sorumluluğu.

SUMMARY

The subject of the study is the variability of the principles of public service. This is not yet a detailed examination before a national level about the principle is the objective of the study. Work consists of two parts and the first part, the variability of the principle of national and international importance in the field, the variability due to the beneficiary from the user administration service policy service request for new developments in the adaptation of applications whether in terms of the administrative investigation of the demand cannot have, the effect of denial of the claim of the discretion of administration, 65 of the Constitution. the implementation of the policy of rejection of the Court's demand, the reflection of the decision of the control does not change of administration in terms of querying and due to the user's probability of damage suffered was evaluated.

In the second part, considering the possibility of making changes to the administration; compliance with the legal security policy changes; when making changes to the administrative discretion of the border and the possibility of exceeding the limit; who has suffered damage due to the user's situation changes; especially the concession agreement, the authority to make unilateral changes to the administration of administrative contracts and concessions have been injured due to the use of this authority how this is compensated; judicial control by the different results in terms of change and change process or action interlocutors discussed and examined.

Keywords: Public Service, Variability (Compliance) Policy, Constitutional, Legal Security Policy, the Concession Agreement, at the discretion of the Administration, the Administration Responsibility.