

MADEN İMTİYAZ MUKAVELE VE ŞARTNAMESİLERİNİN HUKUKİ MAHİYETİ [1]

Yazan: *Kemal Galip BALKAR*

1944 yılının birinci ayında Devlet Şûrası Dördüncü Dairesinden çıkan bir karar maden imtiyaz mukavele ve şartnamelerinin idare hukuku bakımından tetkikine yol açtı.

Her şeyden önce Dördüncü Dairenin bu kararını icabettiren dâvada hukukî mesnedi teşkil eden şartname maddelerini nakledelim:

Madde 15 — Mültezim Maadin Nizamnamesi mucibince imtiyaz mukavelenamesinde tesbit edilen rüsumu nisbiye ve mukarrareden mada ayrıca Hükümete hissei temettü olarak imrar edeceği cevherin beher tonu için maktuan dokuz şilin verecektir, ve bu paranın cevherin naklinde rüsumu nisbiye ile birlikte tesviyesi meşruttur.

Madde 16 — Bent 3: İkinci sene nihayetine kadar 2500 ve müteakip senelerde 5100 ton cevher istihsal ve bunun % 10 resmi nisbisi ve işbu resmi nisbinin %6 sı nisbetinde techizatı askeriye tertibi verilerek imrar edilecek, istihsal ve imrar edilmediği takdirde işbu miktara tekabül eden resmi nisbî ve techizatı askeriye tertibi o sene nihayetinde ve defaten tedîye olunacaktır. Şu kadar ki müteakip seneler fazla istihsalât vukunda evvelki senelerin noksanları ikmâl edilecek ve bu noksan miktara mahsup edilen cevherlerin resmi nisbisi aranılmıyacaktır.

Madde 16 — Bent 7: Madenin rüsumu nisbiye ve mukarrareden ve hissei temettüden borcu olduğu takdirde teminat mektubunun tamamen mahsubu lâzımgeldikte yeniden itâ ve kısmen mahsup edilmiş ise bakıyesi () liraya iblâğ edileceği gibi taahhüdâtı vakıanın ademi ifası halinde meblâğı mezbure sureti kat'iyede irat kaydedilerek mültezimin bu bâbta bir gûna talep ve zarar ve ziyan ve saire iddiasına selâhiyeti olmıyacaktır.

Madde 18 — İşbu şartnamenin 3, 6, 7, 8, 9, 11, 12 ve 15 inci maddeleri ahkâmının tatbikinden dolayı maden idaresiyle mültezim beyninde tahaddüs edecek ihtilâfat Şûrayı Devletçe hal ve faslolunur. Fakat bidayeten üç âzadan mürekkep bir komisyon tarafından tetkik edilir.

[1] Bu makale terimler değışmeden hazırlanmıştır.

Âzadan biri İktisat Vekâletince maden mühendisleri meyanından intihap ve ikincisi mültezim tarafından nasbolunur. Bu iki âza üçüncü âzayı intihap ederler. Edemedikleri takdirde en evvel arzuhal ile müracaat edenin talebi üzerine madenin bulunduğu vilâyet valisi üçüncü âzayı tâyin eder.

İşbu komisyon teşekkülünden itibaren iki ay zarfında mütalâasını esbabı mucibeli bir lâyiha ile beyan eyliyecektir.

*
* *

Dâvanın mevzuu:

Şimdi Devlet Şûrası Dördüncü Dairesince hakkında karar verilen dâvanın teşrihine girişebiliriz. İktisat Vekâleti şartnamenin 16 nci maddesinin üçüncü bendinde yazılı miktarlarda cevher istihsal ve imrar edemiyen mültezim (imtiyaz sahibi) den imrar edemediği cevherin beher tonundan alınması lâzımgelen nisbî resim ve askerî teçizat ile birlikte aynı şartnamenin 15 inci maddesinde yazılı bulunan ton başına 9 şilin hesabiyle temettü hissesini istiyor. 2/13117 sayılı kararname ile mer'iyete konulması kabul edilen 14 sayılı koordinasyon kararı mucibince memleketimizde istihsal olunan kromların memleket dışına satılması Eti Bank tarafından tanzim ve idare edildiği için İktisat Vekâleti Eti Banka verdiği bir emirle krom satış bedelinden Banka nezdinde borçlu mültezim lehine biriken paralardan borcu kapatmağa kâfi gelecek bir meblâğın tevkif edilmesini bildirmiştir.

Mültezim dâva arzuhalinde İktisat Vekâletinden Eti Banka yazılan bu emirde hem nisbî resim, hem de temettü hissesi bahis mevzuu olduğunu ifade ve nisbî resim hakkındaki dâva hakkını mahfuz tutmak şartıyla temettü hissesi hakkında yapılan tahakkukla Eti Banktaki alacağından mezkûr meblâğın tevkifi hakkında ittihaz olunan kararı usul ve kanuna ve imtiyaz mukavelesine merbut şartname hükümlerine tamamen mugayir ve kendi hukukunu muhil bulmakta ve görüşünü haklı çıkaracak surette şartname hükümlerini tahlil ve tefsir ettikten sonra:

1 — Esas, maksat ve şekil cihetleri ile kanuna ve ticaret kanununun ikinci maddesi mucibince taraflar arasında hususî bir kanun hüküm ve kuvvetinde olan şartname ve muakvele hükümlerine muhalif ve mültezimin hukukunu muhil bulunan:

A — İmrar edilmeyen maden için temettü tahakkukuna mâtuf kararla fululen tahakkuk ettirilen paranın Eti Banktaki alacağından tevkifine dair kararın,

B — Ve Vekâletin emri üzerine mültezimin krom satışlarından tahakkuk eden alacaklarının tevkiğine dair Eti Bankça ittihaz edilen kararın iptaline,

2 — Zikri geçen idarî kararların iptali suretiyle vaki müdahalenin men'ine,
karar istemektedir.

*

* *

Biz burada dâvacının dayandığı hukukî sebepleri ve İktisat Vekâleti ile bu Vekâletin verdiği emri infaz eden Eti Bankın verdikleri cevapları izah edecek değiliz.

Burada tetkik edeceğimiz mevzu bakımından alâkayı çeken şey Devlet Şûrasının kararıdır. Bu kararı naklediyorum:

Hâdisenin akdî bir münasebete müstenit olduğu tezahür etmesine ve bu gibi münasebetten mütevellit dâvaların Devlet Şûrasında görülmesine imkân bulunmamasına binaen dâvanın vazife noktasından reddine ittifakla karar verildi.

*

* *

Taraflar ihtilâfın maden imtiyaz mukavelesine bağlı şartname hükümlerinin tefsir ve tatbik'nden doğduğuna itiraz etmemişlerdir. Yalnız dâvacı sebebi pek anlaşılmamakla beraber ticaert kanununun ikinci maddesi mucibince şartname ve mukavelenin taraflar arasında hususi bir kanun hüküm ve kuvvetinde olduğunu söylemiştir.

Devlet Şûrası kendisini vazifesiz addederken [1] hâdisenin akdî bir münasebete müstenit olduğunu [2] bu gibi münasebetten (yani akdî münasebetten) mütevellit dâvaların Devlet Şûrasında görülmesine imkân bulunmadığını beyan eylemektedir.

3546 sayılı Devlet Şûrası kanununun Devlet Şûrası Dâva Dairelerinde rüyet ve halled'ilecek hususları tesbit eden yirmi üçüncü maddesi B fıkrasında umumî hizmetlerden birini ifa maksadiyle aktedilen mukavelelerden dolayı âkitler arasında çıkan ihtilâfları bahis mevzuu eylemektedir.

Bu metnin sarahatine göre umumî hizmetlerden birini ifa maksadiyle aktedilen mukavelelerden dolayı âkitler arasında çıkan dâvalar Devlet Şûrasının dâva dairelerinde rüyet ve hallounmak lâzımdır.

Bu vaziyete göre yukarıda bahsi geçen kararda "akdî münasebet,, tâbirinin mutlak olarak zikredilmesi, Devlet Şûrası kanununun metnine uygun düşmemektedir. Şu halde mucip sebebin kanuna muvafık olması için ibrenin "umumî hizmetlerden birini ifa maksadiyle akdedilmiş olmıyan mukavelelerden dolayı âkitler arasında çıkan ihtilâfların halli Devlet Şûrası dâva dairelerinin vazifesi haricindedir,, şeklinde veya bu mânayı verecek başka bir tarzda yazılması ve böyle bir vazifesizlik kararının şartnamenin yukarıda kaydettiğimiz 18 inci maddesini de cevapsız bırakmaması lâzımgelirdi.

Fakat dâvacının arzuhalindeki ifadeye dikkat edilirse dâvacı bu mukavele ve şartnameden bahsetmekle beraber İktisat Vekâletince bu şartname hükmünün tatbiki için verilmiş bir kararın esas, maksat ve şekil bakımından kanuna mugayir olması hasebiyle iptalini istemektedir. Hâdise bu zaviyeden mütalâa edilince Devlet Şûrası dâva dairesinin dâvayı rüyete vazifeli görülmesi icabeder. Halbuki dâva dairesi kararında bu noktaya temas etmemiştir.

Devlet Şûrası kararının ittifakla verilmiş olması hâdisenin ehemmiyetini arttırmakta ve maden imtiyaz mukavele ve şartnamelerinin hukukî mahiyeti üzerinde bir araştırma aypılmasını icabettirmektedir.

Maden imtiyaz mukavele ve şartnamelerinin hukukî mahiyeti

Mevzuatımıza göre bir kimsenin bir madeni işletebilmesi için idarenin o kimseye bu maden üzerinde bir işletme hakkı vermesi lâzımdır. İşletme hakkını tanıyan hukukî vesikaya imtiyaz mukavelesi denir; bu mukavelenin bir de "şartname,, denen tamamlayıcı kısmı vardır.

Bu mukavele ve şartname lâyihası İktisat Vekâletince hazırlanır, Başvekâlete takdim edilir. Başvekâlet bu lâyihaları Devlet Şûrasına havale eder. Devlet Şûrasının Üçüncü Dairesinde ve umumî heyetinde tetkik edilen lâyihalar üzerinde lüzum görülen değişiklikler yapıldıktan sonra evrak Başvekâlete iade edilir. İcra Vekilleri Heyetinde bu vesikalar üzerinde yapılan inceleme neticesinde madenin ihalesi kabul edildiği takdirde bu husus karara bağlanır; kararname dosya ile birlikte İktisat Vekâletine gönderilir. Böyle kat'î şeklini almış olan imtiyaz mukavele ve şartnamesini İktisat Vekili ile mültezim imza ve teati ederler.

Mukavele ve şartnamenin imza ve teatisinden sonra maden mültezime teslim edilir. Teslim tarihinden itibaren mültezim gerek maden mevzuatında ve gerek mukavele ve şartnamede kendisine yükletilen

vazifeleri idarenin da'mî mürakabesi altında ifa etmeğe mecburdur. Bu vazifelerin ifasında görülecek gecikmeler, kusur ve noksanlar bazı hallerde cezaî mahiyet iktisap eden ve imtiyaz mukavelesinin feshi gibi mültezimin madenle alâkasını büsbütün kesen çeşitli müeyyidelere bağlanmış bulunmaktadır.

Bütün bu hükümlere bakarak işletme selâhiyetini veren tasarrufun bir âmme hukuku tasarrufu olduğuna inanmak lâzımgeldiği neticesine varıyoruz. Bugün dahi maden hukukumuzun ana hükümlerini toplayan 26 mart 1322 tarihli Maadin Nizamnamesinin Fransız mevzuatından geniş ölçüde istifade edilerek meydana getirilmiş olduğu marasîdür. Bir çok noktalarda Fransız maden hukuku ile bizim hukukumuz arasında ayrılıklar bulunmakla beraber bu imtiyaz bahsinde Fransız hukukunun 1919 tarihli kanun ile bizim kabul ettiğimiz esasa yaklaşmış olması hasebiyle imtiyaz mukavele ve şartnamelerinin hukukî mahiyetini araştırırken Fransız hukukşinaslarının bu mevzudaki görüşlerini de tetkik etmekte fayda vardır. Bilhassa yukarıda bahis mevzuu olan dâvanın zuhuruna sebeb olan şartnamenin 9 eylül 1919 tarihli Fransız kanununa tevfikan 21 nisan 1920 tarihli irade ile kabul edilmiş Fransız tip şartnamesinden iktibas edilmiş bulunması bu faydayı arttırmaktadır.

İlk önce H. Berthélemy'den işe başlayalım: o tip şartnamenin 31 inci maddesindeki (bazı maddeler üzerinde idare ile mültezim arasında zuhur edecek ihtilâfların idarî kaza tarafından rüyetinden evvel iki tarafı uzlaştırmaya çalışacak bir komisyonca mütalâa edileceğine dair olan) hükme temas ederek bir maden imtiyazının bir âmme hizmetinin icrası gayesini haiz bulunmadığına göre burada idarî kazanın niçin işe karıştırıldığını soruyor. [1] Bu sualden anlaşıldığına göre şartnameden doğan ihtilâfların tetkikini idarî kazaya bırakmayı kendisi doğru bulmamaktadır. Dayandığı mülâhaza maden imtiyazının tazammun ettiği faaliyetin bir âmme hizmetinin icrası mânasına gelmemesidir.

Bununla beraber Berthélemy maden imtiyazının müddetsiz olarak verilmesi usulü yerine bu imtiyazın müddetli olarak verilmesi kaidesini koyan 1919 tarihli kanun ile maden imtiyazlarının mukavele mefhumuna giren (contractuel) bir mahiyet aldığını ve şartların ve müddetin bir şartname ile tesbit edilmesinin maden imtiyazlarını bilhassa nafia imtiyazlarına (concession de travaux publics) yaklaştırdığını söylemektedir. [2].

[1] Traité Élémentaire de Droit Administratif sahife 753 onuncu basılış.

[2] Aynı Eser sahife 749.

Gaston Jèze'in fikri. — Maden imtiyazı bir idarî mukavele değildir. Taharri ruhsatnamesi gibi tek taraflı idarî bir tasarruftur. İmtiyaz sahibinin maden imtiyazının verilmesini tahrik etmiş olması bu imtiyaz mukavele haline getirmez. Bundan başka imtiyaz tasarrufu ferdî hukukî bir vaziyet ihdas etmez; imtiyaz sahibine kanunlar ve nizamnamelerle tesbit edilmiş olan hukukî hükümleri (statuts légal) tatbik eder.

Maden imtiyaznamesi kanun tarafından derpiş edilen hallerde idare tarafından istirdat edilebilir.

Şu halde idarî bir mukavele değil tek taraflı idarî bir tasarruf bahis mevzuudur; bunun tefsiri için münhasıran imtiyazı veren idarenin iradesi ile maden imtiyazına ve işletmesine dair kanunları araştırmak ve karıştırmak lâzımgelir.

Herhalde âmme hukuku rejimi tatbik edilebilir; hususî hukuk rejimi değil. İdare ile mültezim arasında imtiyaznameden doğan ihtilâfları idarî mahkemeler haledecektir. [1]

M. Hauriou'nun fikri. — 1919 tarihli kanun maden imtiyazını nafia imtiyazına yaklaştırmaktadır. [2],

Roger Bonnard'ın fikri. — Bu müellife göre âmme hizmeti ile hususî teşebbüs arasında bir sınıf teşkil eden teşebbüsler vardır. Bunlar haddi zatında hususî teşebbüslerdendir; fakat âmme menfaati ile ilgilidirler. Maden teşebbüsleri bu sınıfa girerler.

Rejim itibariyle: Hükümet bu teşebbüslere müsaade eder; bu müsaade tek taraflı basit bir müsaade değildir; şartnameli bir imtiyaz suretinde yani mukavele mahiyetinde bir tasarrufla yani âmme hizmeti imtiyazındaki şekil dahilinde bir müsaadedir.

Diğer taraftan kanun sarih olarak bu tarzda imtiyaza bağlanmış teşebbüslere âmme hizmetlerine has selâhiyetlerden bazılarını vermektedir. Bu teşebbüsler lehine istimplâk muamelesi cereyan edebilir.

Nihayet idare teşebbüsünün yalnız teşkilâtı üzerinde değil, çalışması ve işlemesi üzerinde de mürakabede bulunur; ve bu mürakabe imtiyazlı âmme hizmetlerindeki mürakabeye yaklaşıp.

Hukukî mahiyet itibariyle; İmtiyazlı âmme hizmetleriyle âmme menfaatiyle ilgili hususî teşebbüsler arasındaki şekle ait bu benzeyişler önünde bu teşebbüslerin hakikaten hususî teşebbüs mahiyetini mu-

[1] Les contrats administratifs 1927 s: 218-219.

[2] Précis de droit administratif et de droit public 12 nci basılış 1933 s: 1058.

hafaza ettiğini veya daha ziyade imtiyazlı bir âmme hizmeti haline geldiğini düşünmek lüzumu hasıl olmuştur.

Hakikat şudur ki bu teşebbüsler güdümlü iktisat (économie dirigée) tatbikatından doğar ve hususî teşebbüsle imtiyazlı âmme hizmeti arasında hukukî hususî bir zümre vücade getirirler. [1]

Buraya kadar fikirlerini hülâsa ettiğimiz müelliflerden hiçbiri bizim maden hukukumuzun kabul ettiği esasa muhalif olarak Fransız hukukunun imtiyaz sahibine maden üzerinde mülkiyet hakkı tanımasına rağmen imtiyaz tasarrufunun âmme hukuku haricinde bir hüviyete sahip olduğunu söylemiyor. Fikirler bu tasarrufun bir mukavele mahiyetinde olduğu veya tek taraflı bir idarî muamele teşkil ettiği hususunda değişmekle beraber Fransız hukukunda 1919 taddillerinin maden imtiyazını âmme hizmeti imtiyazına yaklaştırmakta olduğunu kabule doğru gitmektedir.

Şimdi bir az da bizi bu tetkike sevkeden Devlet Şûrası Dördüncü Dairesinin verdiği vazifesizlik kararı hakkında yine Fransız hukukşinaslarının reylerini soruşturalım:

Fikirlerini yukarıda hülâsa ettiğimiz müellifler arasında yalnız G. Jèze'in sarîh olarak maden imtiyaznamelerinden doğan ihtilâfların idarî kaza mercileri tarafından haledileceği mütalââsında bulunduğunu, Berthélemy'nin ise bu görüşe muhalif bir kanaat taşıdığını tebarüz ettirmiştim.

İdarî kaza hakkında yazdığı değerli eseri ile tanınmış olan J. Appleton bu hususta kuvvetli mucip sebeplere dayanarak şu kanaatı izhar etmektedir: 1919 kanunu maden imtiyazlarını muvakkatleştirdi. Bu imtiyazlar yine gayri menkul hakları vücade getirirler ve ipotek mevzuu olurlar; binaenaleyh imtiyaz sahibi arazinin sathına malik olanlarla ve komşu imtiyaz sahipleriyle kendi arasındaki münasebetlerde adlî kazaya tâbi kalır.

Acaba imtiyazı veren makam ile olan münasebetlerinde de vaziyet aynı mıdır? Bu meseleyi halletmek için 21 nisan 1920 tarihli irade ile tasvip edilmiş maden imtiyazlarına ait tip şartnamenin nihaî maddesiyle ihticaç edilemez. Bu maddeye göre idare ile imtiyaz sahibi arasında şartnamenin tefsiri hakkında zuhur edecek ihtilâflar, idarî kaza mercii tarafından karar verilmeden evvel, uzlaştırma komisyonuna tevdi edilecektir. Filhakika kuvvetlerin ayrılığı prensibine temas eden bir madde de kaza mercilerinin vazifelerini tanzim etmek bir iradenin kâr

[1] Roger Bonnard. Précis de Droit Administratif 1943 - 4 üncü basılış S: 711-712

değildir. Lâkin, Berthélemy'ye muhalif olarak biz 9 Eylül 1919 tarihli kanunun maden işletmesini hakikî bir âmme hizmeti haline getirdiği kanaatındayız. Bu kanun madenlerin işletilmesini âmme hukukuna has şekillerde derpiş ediyor (doğrudan doğruya işletme, kazanca işti- rak suretiyle işletme, imtiyaz); imtiyaz halinde imtiyazı veren makam ile imtiyaz sahibi arasındaki münasebetleri inceden inceye tanzim eden bir şartnamenin hazırlanmasını emrediyor. Kanun imtiyazın hitamında yalnız madenin değil, madenin işletilmesine yarıyan bütün tesislerin, binaların, makinelerin ve diğer her nevî âletlerin bedelsiz olarak Dev- lete avdetini derpiş ediyor; keza devlet ile imtiyaz sahibi arasında bir kaaznç taksimini de tesbit ediyor.

Bu mülâhazaların hepsi bizi Devlet ile madenin muvakkat imti- yaz sahibi arasında zuhur eden ihtilâfların halli vazifesinin yal- nız idarî kaza mercilerine ait olduğunu düşünmeğe sevk ediyor. [1]

Appleton'un mütalâaları arasında vazife bahsine temas eden en kuvvetli nokta şartname tipinin tasvibine dair 21 Nisan 1920 tarihli iradenin adlî kaza ile idarî kaza arasında vazife taksimini temin eden hukukî bir kaynak sayılamıyacağı fikridir.

Şimdi bu müelliflerin mütalâalarını gözönünde tutarak bizim mev- zuatımıza göre maden imtiyaz mukavele ve şartnamelerinin hukukî mahiyetini araştıralım.

Maden mevzuatımız madenin içinde saklı bulunduğu toprak par- çasına malik olan kimselere bu madeni doğrudan doğruya işletmek değil, aramak hakkını bile vermemiştir. Bir madenin işletilmesi 4268 sayılı kanunun tesis ettiği işletme ruhsatnamesi rejimini bir tarafa bırakalım- imtiyaz denen bir tasarruf ile idare tarafından bu selâhiyetin veril- mesine bağlıdır. Bu tasarruf ister bazı müelliflerin reyine göre tek ta- raflı idarî bir tasarruf olsun, ister diğer müelliflerin düşündükleri gibi idarî bir mukavele teşkil etsin, herhalde idare hukuku çerçevesi içinde mütalâa edilmesi icap eden bir hâdise teşkil eylemektedir.

4268 sayılı kanunun üçüncü, beşinci, altıncı, dokuzuncu maddeleri- nin maden mevzuatımıza getirdiği yenilikler 2804 ve 2805 sayılı Ma- den Tetkik ve Arama Enstitüsü ve Eti Bank kanunlarının taşıdığı ruh ve mânâ ile bir arada mütalâa edilir ve Fransız mevzuatı ile kıyasla- nırsa bizde maden imtiyazlarının âmme hizmeti imtiyazlarına Fran- sadakinden daha çok yaklaştığını müşahede etmemek mümkün olmaz.

[1] Jean Appleton. Traité élémentaire de contentieux administratif 1927 s: 176

İmtiyaz sahibi ile imtiyaz hudutları içindeki arazi maliklerinin münasebetlerini ve imtiyaz sahibi ile üçüncü aşılar arasında işletmeden doğan münasebetleri bir tarafa bırakalım.

Maden imtiyazının bir idarî mukavele veya tek taraflı bir idarî tasarruf teşkil ettiği münakaşasına girişmiyim. Muhakkak olan ve şüpheye mahal bırakmayan bir nokta vardır ki maden imtiyazı idare ile imtiyaz sahibi arasında âmme hukuku çerçevesinde mütalâası zarurî olan bir münasebet vücutte getirir; münasebet âmme hukuku münasebeti olunca bu münasebeti tanzim eden hükümlerin tatbik ve tefsirinden çıkan ihtilâfların da idarî kaza merciince halledilmesi lâzımgelir.

İmtiyaz mukavele ve şartnamelerinin hukukî mahiyet bakımından hususî hukuk hükümleriyle alâkalı bulunmamaları ve doğrudan doğruya idare hukuku çerçevesine dahil bir müessese teşkil eylemeleri bizi Devlet Şûrası dördüncü dairesinden çıkan ve yukarıda metni verilen kararın isabetli olmadığı mütalâasına götürmektedir.

Eğer dördüncü daire hâdiseyi akdî münasebete müstenit görüyorsa, teslim etmek icap ederki bu akdî münasebet idare hukuku çerçevesi içinde mütalâa edilmesi lâzım gelen münasebettir yoksa hususî hukuk sahasında değil.

Sıtmanın ilâcı dün (kinin) di. Bugün ise (atebrin) denilen sarı haplardır. Her ikisi de sıtmalı hastaları şifaya ulaştırır. Buna herkes emin olmalıdır. Bu devaları ağızdan ve biraz su ile yutmak ve hekimlerin tavsiyesi üzerine devam etmek seni ve çocuklarını kurtarır