

İDARİ MUKAVELELER

Marcel Waline

Poitiers Hukuk Fakültesi Profesörlerinden

Çeviren: *Hâmide UZBARK*

İdare Hukuku Asistanı

İdare hukukunda mukaveleler nazariyesi, hususi hukuktaki ile ehemmiyetli farklar arz eder. Hususi hukukta mukavele, birtakım haklar iktisap etmek isteyen kimsenin müracaat edeceği esaslı bir usul olduğu halde, âmme hukukunda, idari şahısların kullandıkları muhtelif icra vasıtalarından biri olmakla kalır.

Diğer taraftan, idari şahıslar, mukavele usulünü kullandıkları zaman dahi, bundan, alelâde âkitlerden daha üstün istifadeler temin ederler. Şüphesiz ki mukavele bağının kuruluş mekanizması hususi hukukta ne ise, âmme hukukunda da odur. Aradaki farkı, mukavelenin neticeleri meydana getirir. Esaslı fark, âkitlerin birbirlerine müsavi olmayışıdır.

Bu, niçin böyledir? Ve bir mukavele, hangi hâlde, hususi hukuktakinden farklı olan bu neticeleri husule getirmek suretiyle idari bir vasıf alır?

Üç paragraf, sırasıyla, mukavelenin idare hukukundaki mevkiine, idari mukavelelerin neticelerine, ve bir bir mukavelenin idari bir karakter taşıdığını belirtmeğe yarayan kriteriyuma tahsis edilecektir.

I. İdare hukukunda mukavelenin yeri:

Hususi hukukta mukavele hâkim bir mevki tutar: iktisadi hayata iştirak etmek istediğimiz takdirde daima hizmet veya servet mübadelesinde bulunmaklığımız lâzımdır ki bunu da mukaveleler vasıtasıyla temin ederiz: servetler için satış ve mübadele, hizmetler için de muhtelif şekiller altında icar ve tevdi mukaveleleri gibi.

İdare hukukunda ise, bilâkis, âmme ajanlarının elinde, idareye lüzumlu olan şeyleri temin için, mukaveleden başka birçok yollar daha vardır. Tek taraflı muamelelerin her nev'ini kullanırlar: istimlâk, istim-

vâl, memurların tâyini, asker toplanması, zabita makamlarının vatair-
daşlara emirler, taunatlar vermesi ve saire gibi...

razia olarak, bütün çok taraflı tasarrufların, yani meydana gel-
meleri birçok iradelerin iştirakine intiyaç gösteren bütün hukukî mu-
amelelerin mutlaka mukavele olacağını da zannetmemendir. Çünkü, mu-
amelelerin hukukî amme muellitirei mukavelelerin olduğuna taadidi bir anılamın
meydana çıkarmışlardır.

Şüphesiz ki, bir bakıma, her iki taraf için veya taraflardan biri için
vecibeler doğuran her nevi irade anlaşması, medenî kanunun 1101 inci
maddesindeki tarife göre bir mukaveledir. Fakat doktrin, pek geniş
olan bu mukavele merhumunun içinden, çok taraflı muhtelif tasarru-
fların ayrılacağını ve Roma hukukunun miras bıraktığı ananevi
mukavele merhumunun, Spondesne Spendeo mukavelelerin ana başlı-
şeyleri de tazammun ettiğini hatırlatıyor: dar mânâda, bir mukavele
mevcut olabilmesi için:

a) Taraflardan her birine tekabül eden vecibelerin karşılıklı ola-
rak birbirlerinin illetlerini teşkil etmeleri lâzımdır. Böylece, satış aktı
satıcının satılan şeye muayyen bir miktar paradan daha az değer vermesi
ve buna mukabil alıcının ise, bu şeyi, hattâ muayyen bir miktar para
fedakarlığında bulunacak kadar arzu etmesi neticesinde meydana gelir.
Biri bedel istiyor, diğeri eşya istiyor ve aşikâr ki mukavele, tarafların
arzuları birbirlerine aykırı olduğu için aktediliyor. Satıcının satılan şeyi
teslim mükellefiyeti, alıcının bedeli tediyeye mükellefiyetinin illetidir ve
mukabil halde de vaziyet böyledir.

b) Yine dar mânâda, bir mukavele mevcut olabilmesi için muka-
velelerin kuruluş usulünün, kabule takaddüm eden bir icabın teşhisine
müsait olması lâzımdır.

Binaenaleyh, mukavelelerin tarifini tamamlamak için bu iki unsura
1101 inci maddedeki unsurların da ilâvesi kabul edildiği takdirde, dar
mânâda mukavele tâbiri; tarafların birbirlerine aykırı değil de bilâkis
tamamen müşabih maksatlar takip ettikleri tasarruflara tatbik edilemez.
Keza tasarrufların muteber olması için iradelerinin birleşmesi zaruri olan
şahıslardan birinin bir icabı kabul ile bağılı telakkî edilmediği tasarruf-
lara da tatbik edilemeyeceği gibi.

Böyle mukavelevi mahiyette olmayan çok taraflı tasarruflara amme
hukukunda, hususiyle idare hukukunda çok raslanır. İşte bir iki misâl:

A. 1901 Kanununa göre bir cemiyet kurmak, yahut, sarahatle
idare hukukuna dahil olan bir misâl almış olmak için, 21. 7. 1865 kanuna
göre idare edilecek sendikal bir cemiyet kurmak hususunda birçok şahıs-

lar mutabık kaldıkları zaman, âmmecilerin verdikleri manâya göre bir mukavele yapmış olmuyorlar. Çünkü bu şahısların taahhüt ettikleri şeyler birbirlerinin karşılığı değildir. Birbirlerini tamamlayıcı şeyler istemekten uzak olarak, burada herkes aynı şeyi istemektedir. Meselâ: bir bataklığın kurutulması ki bu da müşterek menfaatleri icabıdır. Bu gibi akitleri tavsif için Alman hukuçuları (Vereinbarung birlik) tâbirini kullanıyorlar. Duguit'den sonra Fransız hukuçuları bu kelimeyi (acte-union), (birlik-tasarruf) diye tercüme ediyorlar.

B. Âmme hukukunda Haurio'nun (usulî) dediği muamelelere raslanır. Meselâ, kanunların hazırlanması gibi. Bedihidir ki, mebusan meclisi tarafından bir kanun projesine rey verilmesi, bu meclisin âyan meclisine karşı bir icapta bulunması demek değildir. Keza iki meclisin kanuna rey vermeleri, bu suretle Cümhurreisine karşı bir icapta bulunmaları demek değildir. Kanunun neşri, Parlamento ile Cümhur Reisi arasında, bir siparişin imalâtçı veya satıcı tarafından, vaki olacak kabulünün müşteri ile yapılan satış mukavelesini tekemmül ettirmesi tarzında, bir mukavele tekemmül ettirmiş olmaz.

Aynı vecchiyle, idare hukukunda, bir kararnamenin Devlet Şûrası mütaleasına uygun olması gerekiyorsa, Cümhurreisi tarafından Devlet Şûrasına teklif edilen metin, Şûranın kabulü ile tekemmül edecek bir mukavele projesi değildir. Vilâyet veya Belediye Meclisi kararlarının vesayet [1] otoritesi tarafından tasviplerinin de bir mukavele mahiyetinde sayılmıyacağı gibi:

Bununla beraber, bu iki otoritenin mutabakatı, yani kanun için parlamento ile Cümhurreisinin; Devlet Şûrası mütalâasına uygun nizamnameler için Cümhurreisi ile Devlet Şûrasının; tasvibe tâbi hallerde de Belediye Meclisi ile valinin mutabık kalmaları, tabiatıyla, karar ve tasarrufun muteber olması için zaruridir.

Bir devlet organının iradesini meydana koyabilmesi için, bu organ karmaşık (mudil) bir yapıda olduğu zaman, muhtelif iradele-

[1] Âmme hukukunun hususi hukuktan çok sonra işlemeğe başlanmış olması dotayısıyla eski âmmeciler, birtakım icapsız olduğu kadar yanlış telâklülere de yol açabilecek mahiyette teşbih ve istiarelere kabılmaktan kendilerini alamamışlar, âmme hukuku prensiplerini ve müesseselerini hususi hukuk müesseseleri ile izaha kalkmışlardır. Bunlar, kamusal memurların tâbirlerini «mukavele» mahiyetinde telâkki etmişler, vilâyet ve belediye idareleri üzerinde merkezi idarenin kanuni murakabe haklarını hususi hukuktaki «vesayet» tâbirleriyle ifade etmişlerdir. Merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki murakabe salâhiyetlerinin vesayet mahiyetinde olmadığı şüphesiz ise de, Fransızcada bu yanlış tâbir galatı meşhur hükümünü almış bulunduğundan aslına sadık kalmak için tercümesinde aynen muhafaza olunmuştur. (Mütercim)

rin birleşmesi zaruridir. Meselâ, iki meclisi ve Cümhurreisini ihtiva eden teşriî organ karmaşıktır. Bazı kararlar almak hususunda kanuni salâhiyeti haiz organ, muayyen hallerde, Cümhurreisini, mesul vekili ve Devlet Şûrasını da ihtiva etmesi hasebiyle karmaşıktır.

Ademi merkezîyet rejimine tâbi şahısların muayyen tasarruflarını muteber kılmak için vesayet otoritelerinin müdahalesini izah etmek daha nazik bir iştir. Âşikârdır ki vesayet otoritesi bu tasarrufları tasvip ederken merkeze tâbi olmayan camianın değil, devletin mümessili sıfatıyla hareket etmektedir. Meselâ vali, bir belediye meclisi kararını tasvip ederken, komün'ün değil, devletin bir uzvu sıfatıyla hareket eder. Bu tasvip keyfiyeti ile, devlet komün'e karşı mukavelevi bir taahhüt altına mı giriyor demektir? Hiç şüphesiz, hayır. Bana öyle geliyor ki tasvip fiilinin en doğru tahlili bunun bir mucip muamelesi olarak anlaşılmasıdır ki bu olmadığı takdirde belediye kararları icraî olmak kuvvetini ihraz edemez. Vasayet otoritesinin tasvibi, belediye kararının tatkine ve bunu millî bir hukuk nizamı olarak tanımağa devletin muvafakat etmesi demektir.

Bütün bu anlattıklarımızdan şu netice çıkıyor ki ister (birlik-tasarruflar) a, ister idari bir şahsın iradesinin karmaşık bir uzuv marifetiyle belirtilmesine, ister devletin ademi merkezîyet rejimine tâbi şahısların kararlarına icra kabiliyeti verdiği vesayet otoritesi muamelelerine taallük etsin, her halde, idare hukukunda hiçbir mukavelevi vasfı bulunmayan çok taraflı birçok tasarruflar mevcuttur.

Böylece, idare hukuku; idari şahıslara ve bunların mümessillerine, hem hususi hukukta bilinmeyen tek taraflı faaliyet usullerini hem de hususi hukuktakinden daha fazla istimal edilen ve mukavelevi mahiyette olmayan çok taraflı faaliyet usullerini kullanmak imkânını vermiştir. Öyleki, bugüne kadar hususi şahısların hak iktisab etmek için kullandıkları esaslı bir vasıta olarak kalan mukavele usulü, bu yüzden idare hukukunda ehemmiyetinden çok şey kaybetmiş ve diğer birçok hukuki usullerden biri olmaktan öteye geçmemiştir.

2. *İdare hukukunda mukavelelerin ameli neticeleri:*

Ortada bir mukavele mevcut olduğu zaman bile, yani kuruluş me-nizması hususi hukuktaki gibi, birbirine zıt ve böylelikle birbirini tamamlayıcı maksatlar takip eden iradelerin teatisinden ibaret bir mukavele mevcut olduğu zaman dahi bunun pratik neticeleri yine hususi hukuktakinin aynı değildir.

Evvelce mütalâa edilmiş bir idari mukavelevi misâl olarak almak için, şayanı dikkat hususiyetler arz eden nafıa işleri mukavelesini tetkik

edelim: tevsik edilmesi için hiçbir noterin müdabelesine ihtiyacı yoktur. Müteahhit, münakasaya iştirak istidasının tevdiî ânından itibaren, hattâ ihale komisyonunun buna ittılândan evvel, bir taahhüt altına girmiş, bağlanmış demektir, halbuki idari şahıs ancak ihalenin tasdikinden sonra taahhüt altına girmiş olur. Müteahhit, işlerin icrası sırasında âmme hizmeti mümessilleri tarafından kendisine verilecek olan bütün emirlere, bu yüzden evvelce kararlaştırılmış olan icra şartları ne kadar tadil edilirse edilsin, riayetle mükelleftir. Akti kusur halinde mukabil âkide mahkemeye müracaat hakkı veren ve medenî kanunun 1184 üçüncü maddesiyle vaz edilmiş olan kaideye muhalif olarak, müteahhit, idarenin vereceği tek taraflı emirlere maruz kalır. Buna mukabil, müteahhidi fesih talebine mezun kılan sarîh şartlar haricinde, kendisinin idareden olan hakları hukuken tazmin ile neticelenir. Fakat diğer bakımlardan, onun vaziyeti, alelâde bir hususi şahıs ile mukavele yapan bir müteahhitten daha müsaittir. Mahkeme içtihatları ona muayyen hallerde bir umulmadık hal (imprévision) tazminatı tanımaktadır.

Elhasıl, her şey, iradelerden biri diğerinden üstün ve daha hürmete lâyık imiş gibi cereyan eder. Âkitlerin müsavilîği hakkındaki esaslı prensip altüst olmuştur. İşlerin en muvafık şekilde yapılması için idare her şeyi talep edebilecek kudrettedir: müteahhidin ise, yalnız, mukavelesinin malî muvazenesini talep etmek vardır.

Bununla beraber, yine bir iradenin hodbehod diğerine üstün olması da tecviz edilemez: bütün beşeri iradeler birbirlerine müsavidirler.

Şu halde idari mukavelelerin bu hususiyetlerini izaha çalışmak lâzımdır ki, bu da idari mukavelelerin Criterium'unu aramağa müncer olacaktır. Zira, idarenin bu imtiyazları ne sebeple kullandığı bilindiği takdirde, bunları ne zaman istimâl ettiği de bilinmiş olur.

3. *İdari mukavelelerin Criterium'u:*

Hususi hukukta ve âmme hukukunda, mukavelenin kuruluş mekânizması daima aynıdır. Bu, daima, kabul ile neticelenen bir icap şekli altında tahakkuk eden ve birbirini tamamlayıcı maksatlar gütmekle belirlenen bir iradeler anlaşmasıdır. Aynı tasarrufun, mukavelenin âdi veya idari olmasına göre, birbirinden farklı neticeler husule getirmesi nasıl izah edilir? Hakikatte, idari mukaveleler, hususi hukukta meçhûl olan pratik neticeleri doğrudan doğruya değil, ancak dolayısıyla husule getirmektedirler. İdari veya âdi bütün mukavelelerin bu esaslı neticesi, âkitlerin leh ve aleyhlerine olarak, bazı kanuni hükümlerin, kanuni bir statünün tatzbikini mucip olmalarıdır. Kanun bazı vecibeleri derpiş ettiği içindir ki âkitler mükellefiyet altına girerler. Meselâ satıcı ve alı-

cının vecibeleri, satış mukavelesinin, bunlar hakkında Medeni Kanunun 1582 inci ve müteakip maddelerinin tatbikini mucip olmasından, kiracı ile kiralyanın vecibeleri de, kira mukavelesinin, haklarında aynı kanunun 1708 ve müteakip maddeleriyle bunu tadil eden kanunların tatbikini mucip olmasından tevellüt ederler. Aynı veçhile, bir Nafia işi müvelesinin doğrudan doğruya tevhit ettiği netice, Nafia işi müteahhidinin hak ve vecibelerini tâyin eden kanuni (veya içtihadi) kaidelerin tatbikini mucip olmaktan başka bir şey değildir. Bir Nafia işi müteahhidinin hukuki durumu ile, hususi bir ev inşa eden müteahhidin durumu arasındaki bütün farklar, mukavelelerin asli mahiyetindeki bir farktan değil, bunlardan her birine ait vecibeleri tâyin eden ve bunların kanuni (veya içtihadi) statülerini meydana getiren kanuni hükümlerin arz ettikleri farklardan tevellüt eder.

Fakat bu, meseleyi geriye götürmekten başka bir şey değildir: bu seferde de kanun veya içtihadın, idare ile akit yapan şahıslara, niçin diğer hususi şahıslarla akit yapanlardan farklı, ve açıkça daha az müsait bir statü kurduğunu bilmek lâzım gelir.

Evvelki paragrafın sonunda denildiği gibi, bu, idari şahısların veya mümessillerinin üstün bir mahiyette olmalarından dolayı değildir. Şu halde bu fark, mukavele yapan hak sahiplerinin (Sujet) şahsiyetlerine bağlı olmadığına göre, bizzarure mukavelelerin mevzuuna (objet) bağlı kalacak demektir.

Filvaki, bu görüş noktasındadır ki hukuki tahlil arada bir fark bulur: hususi şahıslar arasındaki mukavelelerin, ancak hususi menfaatleri alâkadar etmelerine mukabil, idari mukaveleler; (idari şahıs, ajanları vasıtasıyla bir âmme hizmeti görmek maksadiyle mukavele yapmış olduğundan,) bir taraftan tamamiyle hususi bir menfaati (idare ile âkit yapmanın menfaati) diğer taraftan da bir âmme menfaatini ilgilendirirler.

Şu halde idari mukaveleler, yani, idareye haklar veya ajanlarına salâhiyetler bahşeden ve hususi hukuka aykırı bir hukuk rejimine tâbi olan mukaveleler, gâveleri âmme menfaati ve daha sarîh olarak, bir âmme hizmetinin kurulması veya işletilmesi olanlardır.

Mümasil hallerde, bir mukavelelerin idare hukukunun hususi kaidelerine tâbi olup olmadığını tâyine müsait olan Criterium, mukaveleli akteden idare ajanlarının gözettileri, hususi veya umumi, gâvedir. Başlanılması gereken fikir bu gâve fikridir. Ve aranması icâbeden sevde bu gâvedir. Tatbik edilecek hukuk kaidelerinin ve neticede hangi kazanın (adli veya idari) salâhiyetli bulunduğunun bilinmesi için zaruri

olan bu araştırmayı, içtihatlar her hâdisede yapmak mecburiyetindedirler.

Fakat, nazari olarak, âkit tarafların takip ettikleri gaye, harici âlâmetlerle kendini belli etmedikçe bilinmiyen, tamamen sübjektif bir niyettir. Âkitlerin hakiki niyetlerinin keşfi daima kolay değildir. İçtihat da bu araştırmada kendisine rehberlik edebilecek kısımlardan yardım görmelidir. Gerek âkitlerin şahsiyetlerinden, gerek bizzat mukavele şartlarından çıkarılmış olsunlar, bu kıstaslar, ancak şekli olabilirler. Böylece, bir mukavelenin idare hukukuna veya hususi hukuka tâbi olmasının sebebi âkitlerin şahsiyeti olamaz: bu sebep, mukavelenin gayesinden başka bir yerde aranmamalıdır. Fakat bu sadece, bir mukavelenin âmme menfaatinden olduğunu ve dolayısıyla idare hukukuna tâbi bulunduğunu ameli olarak tefrikanen ematelerden biridir.

Filvaki, vaz edilecek ilk karine şudur: iki hususi şahıs arasında aktolunan mukavele hiçbir zaman idari olamaz. Müstakar bir içtihat, ordu mensuplarına gıda temini için alelâde şahıslar marifetiyle yapılan mukavelelerde bu fikrin tatbikatını yapmaktadır. Ancak, müstesna olarak, hâdiselerin şeraiti, hakikatte mukavelenin idari bir şahıs hesabına aktedildiğini kabul ettirecek vaziyette ise bu kaidenin dışına çıkar. (Misâl: harb esnasında bir sanayi erbabının teslihat nazırlığı hesabına Comité des Forges ile aktettiği mukavele.)

Bu istisnadan maada, bir mukavelenin idari olması için taraflardan birinin, vazifesini icra etmekte olan idari bir ajan olması lâzımdır. Bu kaidenin hikmeti, hususi şahısların âmme menfaati için çalışmakla mükellef olmadıkları fikridir. Eğer bunu yaparlarsa, idarenin dışında ve idare hukukunun imtiyazlarını talep salâhiyeti olmadan yaparlar: meselâ, bir hususi mektebin tesis ve idaresi için gerekli olan mukaveleler gibi.

Fakat idare tarafından veya onun namına aktedilen bütün mukaveleler bilâkaydüşart idarimidirler? İfa edilmeleri, sarahatle idari işlerin icrasını teşkil eden âmme menfaati gayelerini takip etmek, idarenin normal ve mutat işi olduğundan bunların idari olduklarına hükmetmelidir.

Fakat bu karineye mukabil, muhalif delil serdedilebileceğini de kabul etmek lâzımdır. Filhâkika:

A. İdarenin mukavele aktederken tamamen malî bir gaye takip etmesi, meselâ gelir temin etmek maksadiyle hususi emlâkinin idaresini derpiş eylemesi mümkündür.

Şüphesiz ki bu gelirler, neticede âmme masraflarını karşılamaya yarayacaklardır. Fakat bunların tahsili doğrudan doğruya, derhal idari işlerin icrasını teşkil etmez.

Böylece, hususi emlâkin idaresi için veya gelir toplamak gayesiyle aktedilen bütün mukaveleler, prensip itibariyle bir hususi hukuk mukavelesidir.

B. Doğrudan doğruya bir âmme menfaati takip ettikleri zaman dahi, âmme ajanları hususi hukuk usulüne müracaat edebilirler. Terrier dâvasındaki takrirlerinde Mösyö Romieu'nin ve Hauriou'nun (gestion privé) (hususî temşit) dedikleri şey budur. Böylece kendi arzularıyla hususi hukuk şartlarına girmek onlara hiçbir vechile men edilmiş değildir: fazlaya kadir olan âza da kadirdir. Ve bu ekseriya elverişli olur. (Meselâ kırtasiye levazımı veya ehemmiyetsiz tamirler için yapılan mübayaalar gibi) Mösyö Stainoff'un şairane mukayesesine göre «Devlet, muayyen hallerde hükümlerlik cübbesini çıkarabilir ve harekâtında daha serbest olmak için sivil giyinen bir zâbit gibi, o da, sivil giyinebilir, çünkü bu, âmme hizmetinin iyi işelmesi için bazı istifadeler temin eder...»

İdarenin bir hususi hukuk mukavelesi aktetmek niyetinde olduğu, mânasıl bütün hallerde mukavelelerin hükümlerinden ve aktedildiği sıradaki şeraitten anlaşılır.

Meselâ, içtihatlar, aşağıdaki mukaveleleri hususi hukuk mukaveleleri olarak telâkki etmişlerdir:

Hazinenin mahkemede avoué'ler tarafından temsiline mütedair mukaveleler. Bu takdirde avoué'ler «Hazineye karşı olan vekâletlerini, hususi müşterilerinin vekâletleriyle aynı şartlar dahilinde ifa ederler ve idari bir âmme hizmetinin işlemesine iştirak etmezler.»

Âmme hizmetlerinin işlemesiyle alâkalı olmıyan bir gaye ile ve deniz hususi hukukuna aykırı şartları ihtiva etmeksizin bir navlun mukavelesinin devri. Hususi hukuktaki peşin paralı mübayaalardan tefrik edici şartları ihtiva etmeksizin, levazım âmirliği tarafından yapılan sifahi, saman ve kepek siparişleri.»

«Mutat olarak, donatanlarla, ticaret gemisi kaptanları arasında aktedilen mukavelelerden farklı olmaksızın, devlet ticaret filosunu işletmek için bir ticaret gemisi kaptanının hizmete alınması, ticari veya sanai hizmetlerden faydalananlarla yapılan mukaveleler prensip itibariyle hususi hukuk ile idare edilirler. Meğer ki hususi hükümler veya hizmetin işlemesine mütaallik hususi şartlar bunlara idari bir vasıf vermiş olsun.