

«HENRİ CAPİTANT» DERNEĞİNİN İSTANBUL TOPLANTISI
ve
İDARİ MUKAVELELER

Prof. Dr. İsmet GİRİTLİ

I

20 - 23 Mayıs 1964 tarihleri arasında Fakültemizde düzenlenen Henri Capitant Derneğinin toplantısında İdare Hukuku ile ilgili olarak ele alınan ve tartışılan konu «İdarî Mukavelelerin İcra edilmesinin müeyyideleri» konusu olmuştur.

Bu konuda Fakültemiz öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Lûtfi Duran da bir rapor vererek Türk Hukukunda ve bilhassa Türk İdare Hukuk Doktrin ve İçtihadında İdarî Mukavele ve müeyyideler bahislerini ana hatlarla özetlemiştir.

Sayın Duran bu raporunda ¹ Devlet Ormanlarının işletme imtiyazına sahip olan Zingal T.A.Ş. ile Orman Umum Müdürlüğü arasında, âkidin borçlarını yerine getirmemesi sebebiyle çıkan bir uyuşmazlığı çözümlleyen Danıştay 5 inci Dairesinin 1944 tarihli kararında; «Âmme Hukuku esaslarına göre idare, Âmme hizmetinin işlemede âmme kudretine dayandığından kararların icraî bir mahiyet alması için bir mahkemeye başvurmak mevkiinde olamaz. Keza idarenin hizmetin ifasını deruhte eden tarafa bir kusur atfı mümkün olmıyan hallerde bile tazmin vecibesini tekabül ve tahammül etmek şartile ve hizmetin muntazaman ve müstemiren ve âmme menfaatlerine uygun bir şekilde cereyanını teminle her türlü tedbir almak serbestisi derkârdır» diyen hükümden hareketle bu Danıştay İçtihadınca; İmtiyaz sahibinin kusurlu olması halinde âkid idarenin onun hakkında her türlü tedbir ve bu meyanda mukavelenin feshi veya imtiyazın iskatı (decheance) kararını evleviyetle ve resen alabileceğini belirtmekte ve fakat bu yanlış içtihadın Türk Doktrini-

1) *Lûtfi Duran*: Les Sanctions de l'Inexécution des Contrats Administratifs en Droit Turc, rapport présenté aux journées d'Istanbul (20 - 23 Mai 1964) de Association Henci Capitant.

nin, Fransız İdare Hukukunun yanlış ve kifayetsiz yorumunun bir sonucu olduğunu iddia ederek örnek olarak Sayın Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar'ın İdare Hukuku Umumî Esaslarının 1952 ve 1960 da yayınlanan I ve II. basılarının bazı sayfelerini zikretmektedir. (1952, s. 1148 - 1149) (1960, s. 1216 - 1217).

Oysa Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı esnasında, Prof Duran'ın raporu üzerindeki konuşmamızda da kısaca işaret ettiğimiz gibi, 1944 tarihindeki içtihadın sorumluluğunu 1952 ve 1960 yıllarında yayınlanmış olan bir esere yüklemenin imkânsızlığı aşikâr olmakla beraber, Sayın Ord. Prof. Onar'ın sözü geçen eserlerinin tetkiki, kendisinin, imtiyazın iskatına idarenin resen hükmedebileceği görüşünü hiç bir zaman ileri sürmediğini göstermektedir.

Gerçekten Sayın Onar adı geçen eserin 1. ve 2. basılarında «İdarî Mukavelelerin müeyyideleri ve sona ermeleri» bahsinde «İmtiyazın iskatı - Decheance», başlığı altında «Muvakkat el koyma - Mise sous sequestre» ile «İmtiyazın iskatı - la Decheance» ı karşılaştırırken aynen şunları söylemektedir; «Elkoyma müeyyidesi daima icraî bir kararla ve resen hareket yolu ile tatbik edilebilir. Fakat imtiyazın iskatı müeyyidesinin tatbiki hususunda imtiyaz şartname ve mukavelesi nazara alınmak icap eder; Eğer şartname ve mukavelede bu müeyyidenin resen hareket yolu ile tatbik edilebileceğine dair bir sarahat yoksa, yani sarih bir metin, idareye iskat müeyyidesinin resen hareket yolu ile tatbikine selâhiyet vermiyorsa İdarenin bu müeyyideyi ancak İdarî mukavelelerin hâkimi olan İdare Mahkemesinin kararı ile tatbik edebileceği kabul edilmektedir»².

Sayın Ord. Prof. Onar'ın hiçbir tereddüde mahal bırakmaması gereken bu sarih ifadesine rağmen ve Henry Capitant toplantısında esasen bizim belirttiğimiz bu gerçeğe cevaben Sayın Duran, yayınladığı yeni bir makalede bu kere de şunları söylemektedir: Burada kullanılan «kabul edilmektedir» ibaresinden muhterem Profesörün Şartname ve mukavelede sarahat olmıyan hallerde imtiyazın iskatı (Decheance) müeyyidesinin ancak hâkimin müsaade ve kararı ile tatbik edilebileceğine dair olan esas ve usulü benimsemediği, sadece böyle bir prensibin mevcudiyetini işaret etmek istediği anlaşılır»³.

2) S. S. Onar : İdare Hukukunun Umumî Esasları, I. baskı 1952, s. 1171 - 1772, 2. baskı 1960, s. 1257 - 1258.

3) L. Duran : Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler, İ.Ü.H.F.M. Cilt XXX, sayı: 1 - 2, s. 443.

Halbuki Sayın Onar'ın yukarıda naklettiğimiz sözleri, hem sayın Duran'ın raporundaki iddiasının hilâfına, Sayın Onar'ın, Fransız Doktrinini doğru bir şekilde anladığını ve anlattığını gösterdikten maada bu sözlerde esas ve usulu benimsemediğini gösteren bir tek kelimeye dahi rastlamak mümkün değildir ve bu suretle rapordaki suçlamanın yersizlik ve mesnetsizliği bir kere daha ve açıkça ortaya çıkmaktadır.

Bu suretle Sayın Onar'ın 1952 ve 1960 yıllarında yayınlanmış olan eserlerinde, raporunda ortaya attığı «soyut» iddiasını ispat etmek için hiç bir dayanak bulamıyan Prof. Duran, bu kere makalesinde, Sayın Ord. Prof. Onar'ın 1933 ve 1942 yıllarında yayınladığı İdare Hukuku ders notları ile ders kitaplarının «Resen hareket salâhiyeti» bahislerinin satırlarından medet umarak, Milletlerarası bir toplantıda ortaya attığı «soyut» iddiaya dayanak bulmak için boşu boşuna olağanüstü bir çaba sarfetmektedir.

Oysa Sayın Onar bu eserlerinde, 1952 ve 1960 tarihli kitaplarından farklı olarak, İdarî mukaveleler bahsini bütünü ile tetkik etmediği ve ezcümle «idarî mukavelelerin âmme menfaati ile feshi - resiliation dans l'İnteret du service» ile «âkidin kusurlu olması halinde uygulanan bir müeyyide olan (resiliation - sanction) u karşılaştırmadığı için, tabiatile ikincinin ne yargıcsız ne de idare yargıcının tavassutu ile yapılabileceğine dair herhangi bir sarahate yer vermemiştir.

Görülüyor ki: Sayın Duran, kendisinin çok iyi bilmesi gereken Fransız İdare Hukuku eserlerinde fesih ile iskatın karıştırılmaması gerektiği tavsiyesini dahi unutarak⁴ bu iki müesseseyi birbirine karıştırmış veya karıştırmak işine gelmiştir.

Kaldı ki, Türk Doktrininin Fransız İdare Hukukunu yanlış ve kifayetsiz şekilde yorumlamasının sonucu olarak Zingal Dâvasının yanlış bir karara bağlandığını iddia eden Sayın Profesörün çok iyi bildiği üzere; bu dâvada Sayın Duran'ın son makalesini ithaf ettiği Sayın Prof. Ragıp Sarıca ve tanınmış Fransız İdare Hukuku üstadı Prof. Marcel Waline de ilmî görüş ve mütalâalarını bildirmişler, imtiyaz iskatının resen olamayacağı noktası üzerinde ısrarla durmuşlardır.

4) *G. Vedel*: Droit Administratif, Troisieme Edition refondue, Paris, 1964, p. 628, ayrıca A. de Laubadere Traité Elementaire de Droit Administratif, 3 e ed. 1963, T. I. No. 560.

Türk İdare Hukuku Doktrini Sayın Onar'ın ders kitaplarından ibaret olmadığına ve olamayacağına her türlü ilmî görüş ve reyler de doktrin içinde mütalâa edilmesi gerektiğine göre, bu noktanın da göz önünde tutulması ve yanlış Mahkeme İçtihadlarından dolayı kabahatin sadece doktrine yüklenmemesi lâzımdır.

II

Sayın Prof. Duran, Henri Capitant toplantısına sunduğu aynı raporunda ⁵ Danıştay 8. Dairesinin 15 Ocak 1964 tarihinde verdiği ve yayınlanmamış olan bir kararında (Kutucuoğlu Kararı) hizmetin kiralanması mukavelelerini bu kararına ithal etmek suretiyle, sözü geçen Dairenin, İdarî Mukaveleler kategorisini genişlettiğini ileri sürmekte, daha sonra da Fakülte Mecmuasında yayınladığı ve yukarıda bahsettiğimiz ve esas itibarile bu kararın tahliline tahsis ettiği makalesinde Danıştayın bu kararı ile Devlet Tiyatrosunun faaliyetlerini âmme hizmeti telâkki ettiğini ve Devlet Tiyatrosu ile sanatkârlar arasındaki sözleşmeleri İdarî mukavele olarak kabul ettiğini etraflı bir şekilde anlatmaktadır ⁶.

Oysa, «Henri Capitant» toplantısı esnasında da işaret ettiğimiz gibi, aynı Devlet Tiyatrosunun kuruluşu hakkındaki 5441 Sayılı Kanuna istinaden Danıştay 5 inci Dairesinin 1954 yılında verdiği ve yayınlanmış olan «Altınok» kararında ⁷ 5441 Sayılı Kanunun bir âmme hizmetinin tanzimine mütedair olduğu, tiyatro idaresi ile sanatkârlar arasındaki münasebetin idarî bir mukavele olduğu açıkça belirtilmiş bulunduğuna göre, her iki karar arasında, diğer hüküm farkları ne olursa olsun bu bakımdan hiçbir fark yoktur.

Bu itibarla Devlet tiyatrosu faaliyetlerini âmme hizmeti olarak kabul eden ve Devlet Tiyatrosu ile sanatkârları arasındaki sözleşmeleri idarî mukavele olarak telâkki etmek suretiyle Türkiyede İdarî Mukavele Kategorisini genişleten birinci kararın 1964 teki 8 inci Daire kararı değil, 1954 teki 5 inci Daire kararı olduğu kabul edilmek gerekir.

Henri Capitant toplantısında yaptığımız «İntervention» da bu basit gerçeğe de işaret ettiğimiz halde Sayın müellif, mufassal makalesinde «İddia» olarak adlandırdığı bu noktaya da cevap verdiği-

5) *L. Duran* : s.g. rapor, s. 9.

6) *Duran* : s.g.m., s. 420 - 431.

7) Danıştay Kararları Dergisi, Sayı 64 - 65, s. 190 - 191.

ne göre, görüşlerimizi burada kısaca yazılı olarak belirtmek mecburiyetinde kaldık.

Son olarak işaret etmek istediğimiz nokta şudur: Fransız İdare Hukukunda da öteden beri kabul edildiği gibi: İki Kaza sistemini kabul etmiş olan memleketlerde Mahkeme İctihadlarının yönünü gösteren kararlar yalnız başına ne Yargıtay ve ne de Danıştay kararları olmayıp İki Kaza manzumesini bağliyan Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları olduğuna göre ⁸ kendine başlık olarak (Türk Hukukunda İdarî Mukaveleler) adını seçen bir rapor ve makalede Danıştayın bir kararının bu derecede önemle yer almasının «rasyonel» nedenini anlamak mümkün değildir.

8) *Jacques Moreau* : Police Administrative et police judiciaire, Recherche d'une critère de Distinction, l'Actualite juridique, Droit Adm., 20 Fevr, 1963 p. 69.