

İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLANAN SUÇ ve CEZALARA GENEL BİR BAKIŞ*

A GENERAL PERSPECTIVE ON CRIMES AND PUNISHMENTS THAT ARISE FROM ADMINISTRATIVE CONTRACTS

Hasan DURSUN**

Özet: İdari cezalar; İdarenin, norm ihlali yüzünden muhataba verdiği cezalandırıcı nitelikteki idari işlemleri olarak tanımlanabilir. Norm ihlali, kanundan veya sözleşmeden doğabilir. İdari cezalar, İdare ile cezanın muhatabı arasında önceden özel bir bağ bulunup bulunmamasına göre ikiye ayrılır. İdare ile cezanın muhatabı arasında önceden özel bir bağ bulunmayan hallerde verilen cezalar halka yönelik idari ceza olarak adlandırılırken, özel bir bağ bulunduğu hallerde verilen cezalar disiplin cezası olarak adlandırılır. İdari sözleşmeden kaynaklı olarak idare, karşı âkide ceza verirken aralarında özel bir bağ bulunduğu için bu tür cezalar disiplin cezası kategorisine girer. Türk Anayasası'nın 38. maddesinde suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken "idari suç ve ceza" ile "adli suç ve ceza" arasında bir ayrım yapılmadığına göre hangi tür suç ve ceza olursa olsun hepsinde suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması şarttır. Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinin 1. fıkrasındaki; hukuka uygun olarak yapılan bir sözleşmenin tarafların kanunu olduğu hükmü, kanunilik ilkesinin yerini tutmaz. Bu hüküm, yalnızca özel hukuk sözleşmelerinde geçerli olup idari sözleşmelerde bir geçerliliği yoktur. Bu yüzden idari sözleşmelerden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uyulması şarttır.

Anahtar Kelimeler: İdari Sözleşme, İdarenin Sözleşmeleri, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Halka Yönelik İdari Suç ve Ceza, Disiplin Suç ve Cezası

Abstract: Administrative penalties can be defined as punitive administrative acts that Administration gives to the notified party due to the infraction on norm. Norm infraction can arise from the act or contract. Administrative punishments can be divided into two according to whether there is or not ab ante a special hardship between Administration and penalty's obligator. Within that context,

* Bu makale, yazarın Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde 2014 yılında yazdığı İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Dr. (Iur.), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hasan.dursun@ozyegin.edu.tr. ORCID: 0000-0002-5506-3944, Makalenin Gönderim Tarihi: 27.05.2020, Kabul Tarihi: 27.05.2020

if there is an ab ante special affinity between Administration and penalty's obligator that punishments called publicly targeted penalties, on the contrary, if there is no ab ante a special affinity between Administration and penalty's obligator that punishments called discipline penalties. When the Administration gives the penalty to the notified party that arises from the agreement, this penalty is within the scope of the discipline penalty. Inasmuch as there is a special hardship between Administration and penalty's obligator due to the contract. Turkish Constitution Article 38 does not include a difference between "administrative crime and punishment" and "judicial crime and punishment" and covertly denotes that in every type of crimes and punishments that is necessary to apply the legality principle. French Civil Code Art.1134/1 provision denotes that agreements legally formed have the force of law over those who are the makers of them cannot fill in the legality principle. That provision is not valid in administrative contracts and is valid only in private law contracts. Therefore, it is necessary to apply legality principle on crimes and punishments that arise from the administrative contracts.

Keywords: Administrative Contract, Contracts of Administration, Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege, Publicly Targeted Crimes and Punishments, Discipline Crimes and Punishments

GİRİŞ

Sözleşme; birden fazla kişinin, ortak olarak arzu ettikleri bir hukuki ilişkiyi kurmak veya mevcut hukuki ilişkiyi değiştirmek veyahut ortadan kaldırmak şeklinde bir hukuki sonucu doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini beyan etme olarak tanımlanabilir.¹ Bu tanımlı idare hukukuna uygularsak sözleşme; belirli bir hukuki sonucu doğurmak üzere İdare ile özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklaması olarak ifade edilebilir.² Söz konusu tanımlardan, sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilecekleri sonucu çıktığına göre "ilk bakışta" (prima facie) idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı, sözleşmenin taraflarının suç ve cezaları serbestçe belirleyebilecekleri sonucu çıkartılabilir. Kanımızca çıkartılabilecek böyle bir sonuç hatalıdır ve bir "yanılsama" (illusion) oluşturmaktadır.

¹ Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Üçüncü Baskı, AÜHFY No: 479, Ankara 1984, s. 65.

² Oğuz Sancakdar ve diğerleri, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2017, s. 523.

Bu yanılsamanın doğmasında temel etkenin, “idari sözleşme” ile “idarenin sözleşmeleri” kavramının özdeş olduğu fikri olduğunu düşünmekteyiz. Gerçekten de uygulamada yaygın olarak “idari sözleşme” kavramı ile “idarenin sözleşmeleri” kavramı birbirine karıştırılmakta ve her ikisinin birbirine özdeş olduğu sonucu çıkartılmaktadır. Hâlbuki “idarenin sözleşmeleri” ile “idari sözleşme” kavramları birbirilerinden farklılık göstermektedir. Gerçekten de Günday’ın belirttiği üzere, idarenin yaptığı, bir diğer deyişle, idarenin taraf olduğu her sözleşme, idari sözleşme sayılamaz. Nitekim idarenin sözleşmelerinin bir kısmı, bütünüyle özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerdir. Gerçekten de idare, tüzelkişilik vasfından kaynaklanan hak ehliyetine dayalı olarak genel hükümler uyarınca sözleşmeler yapabilmektedir. Bu bağlamda, bir belediyenin mülkiyetinde olan bir işyerini kiraya vermesi ya da gereksinim duyduğu taşınır malları satın almak istemesi halinde, bu amaçla yapacağı sözleşmeler, taraflardan birisi idare olmasına karşın, idari sözleşme niteliğinde olmayıp, özel hukuka tabi sözleşmelerdir.³

Buna karşın, idarenin sözleşmelerinden bir kısmı özel hukuk sözleşmeleri olmayıp idare hukuku kural ve ilkelerine tabi bulunmaktadır. İdarenin idare hukuku kural ve ilkelerine tabi olan sözleşmesine “idari sözleşme” denilir.⁴ Bu bağlamda, hem Anayasa Mahkemesi ve

³ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 166, Sancakdar ve diğerleri, s. 523. Bu çerçevede “idarenin sözleşmeleri” kavramının çerçeve bir kavram olup “idarenin özel hukuk sözleşmeleri” ve “idari sözleşmeler” olarak iki gruba ayrıldığı ileri sürülebilir.

⁴ İdari sözleşmeye idare hukuku ilke ve kurallarının uygulanması, kısacası, idari sözleşmenin, kamu hukuku sözleşmesi olması, sözleşmenin tarafı olan devlet veya idarenin yaptığı sözleşmelerle bağlı olmadığı anlamını taşımaz. Nitekim Duguit’nin belirttiği üzere, günümüzde birçok ülkede “kamu hukuku sözleşmesi teorisi” adı verilen bir teori öğretilindiğini, bu teoriyle; devletin yaptığı sözleşmelerle girişmiş olduğu taahhütlerden her zaman sıyrılabileceği, devletin, taahhütlerine istediği müddetçe ve istediği ölçüde bağlı olduğu sonucuna ulaşıldığını ifade etmektedir. Yazar, bu sonucun hatalı olduğunu, “kamu hukuku sözleşmesi” adlı bir sözleşme türü olmadığını, Fransız Danıştay’ının kararlarında da böyle bir sözleşme türü olduğundan bahsedilmesinin isabetsiz olduğunu ifade etmektedir. Yazar, kamu hukuku sözleşmeleri vardır şeklinde bir tez ileri sürmenin, kamu hukuku alanında olduğumuz için “sözleşme bağı”nın zorunlu olmadığı, diğer deyişle, sözleşmenin taraflarından birisini devlet oluşturduğuna göre taahhütleriyle bağlı tutulamaz, bağlı tutulabilmesi için sözleşmenin özel kişiler arasında yapılmasının şart olduğu anlamını taşıyacağını belirtmektedir. Yazar, bununla birlikte sözleşmenin taraflarından birisi devlet olsa da sözleşmenin “sözleşme” olduğunu, sözleşmede taraf olan devletin, taahhütleriyle sıradan bir uyruğu gibi bağlı

Danıştay içtihatlarında hem de öğretide İdarenin yapmış olduğu ve karşı tarafın bir kamu hizmetinin yürütülmesini veya böyle bir hizmetin yürütülmesine katılmasını öngören sözleşmeler idari sözleşmeler sayılmaktadır.⁵ Bu ölçüt, Türk pozitif hukukunca da benimsenmiştir. Gerçekten de 6.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun, "(i)dari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birisinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların idari yargıda görüleceğinin belirtilmesi, konusu kamu hizmeti olan bir sözleşmenin, "idari sözleşme"⁶ olarak sayıldığının somut bir kanıtını oluşturur.

Yapılan bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında temel birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, idari sözleşme ile özel hukuk sözleşmesinin doğasının farklı olmasıdır. Gerçekten de idari sözleşmeler tam anlamıyla "sözleşme" niteliğini taşımamakta, "birlik" (union) veya Almanların "Vereinbarung" dedikleri "çok taraflı işlem" niteliğini taşımakta, buna karşın, özel hukuk sözleşmeleri gerçek anlamda "sözleşme" sayılmaktadır. Özel hukuk sözleşmesi çok karmaşık olmasına karşın Romalı hukukçuların üzerinde uzun yıllar çalışması sayesinde oldukça belirgin kılınmıştır. Sözleşme kurulabilmesi için iki kişi arasında veya iki insan grubu arasında karşılıklı irade uygunluğu gerekirken, sözleşmenin bir tarafını birden fazla kişi oluştursa bile daima iki tarafı bulunmakta, birisi alacaklı, öbürü ise borçlu sıfatını taşımaktadır. Sözleşmenin içeriği, sözleşmenin taraflarından birisinin iradesi ile öteki tarafın iradesinin uyumuyla belirlenmekte ve bu karşılıklı

olduğunu ve bağlı olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Léon Duguit, Kamu Hukuku Dersleri (Çeviren; Süheyye Derbil), AÜHFY, Ankara 1954, s. 157.

⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Günday, İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003, s. 88-90.

⁶ Türkiye'de, günümüzde idari sözleşmenin uygulaması bulunan türlerini, imtiyaz sözleşmeleri ile kamu istikraz ve idari hizmet sözleşmeleri oluşturur. Bunlardan imtiyaz sözleşmesi hakkında bilgi için bkz. Hasan Dursun, "İmtiyaz Sözleşmesinin Kanuna Aykırı Hale Gelen Mali Hükümü Tazminatsız Bir Şekilde Ortadan Kalkarmı?", Terazi, Yıl: 5, Sayı: 51, Kasım 2010, s. 115-136. Kamu istikraz sözleşmeleri ile idari hizmet sözleşmeleri hakkında bilgi için bkz., Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 91-92.

belirlenmeden iki taraf arasında borçlu-alacaklı ilişkisi, diğer deyişle, sübjektif bir hukuki durum doğmaktadır. Bu unsurlardan birisi eksik olursa, belki çok tasarruflu bir işlem bulunsa da bir sözleşme doğmamaktadır. Sözleşmenin doğmadığı bir durumda ise sözleşme kurallarını uygulamak kabulü olanaksız sonuçlara ulaştırmaktadır.⁷

Birlik veya Vereinbarung denilen çok taraflı tasarruflarda ve bu bağlamda idari sözleşmelerde özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi taraflar arasında bir irade uygunluğu, bir “anlaşma” (convention) olsa da onların çıkarları ters yönde işlememekte, aynı hedef doğrultusunda işlemektedir. Üstelik idari sözleşme halinde, taraflar aralarında, alacaklı-borçlu ilişkisi, diğer deyişle, sübjektif hukuki bir durumun doğmasını istememekte, tam aksine, aralarında objektif bir hukuki durumun veya genel ve sürekli kural ve ilkelerin doğmasını istemektedirler. Bu ölçüt çerçevesinde birbirinden ayrılan idari sözleşmeye, özel hukuk sözleşmesine ilişkin genel kuralların uygulanmaya kalkışılması, yanlışlığa düşülmesi, hatta olanaksızlıklarla karşılaşılması sonucunu doğurur.⁸

Duguit, birlik işlemi niteliği taşıyan idari sözleşmenin en açık bir örneğini, kamu hizmetini yürütülmesini öngören düzenleyici hükümlerde bulunacağını ileri sürmektedir. Yazar, bir demiryolu veya tramvay işletme imtiyazı gibi kamu hizmetinin işletilmesinde, seferlerin sayısı ve hızı, yolcuların ve görevlilerin güvenliği gibi hizmetin yürütülmesinde gözetilecek şartlara ilişkin hükümlerin, idari sözleşmenin en belirgin örneklerini oluşturacağını belirtmektedir. Yazar, bu hükümlerin, kamu hizmetinin kanununu oluşturduğunu, bu yüzden, söz konusu hükümlerin, borç ve alacak durumu yaratan bir sözleşme niteliğinde değil, bir anlaşma niteliğinde olduğunu, gerçekte bunlara “anlaşma, kanun” (convention) adı verilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁹

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında ikinci temel farklılık, yukarıda kısmen değinildiği üzere “çıkar unsuru” bakımından doğmaktadır. Gerçekten de özel hukuk sözleşmelerinde taraflar, çoğunlukla birbirine zıt, diğer deyişle, birbirine çelişik menfaatler gütmekte, örneğin alım-satım sözleşmesinde alıcı malı, satıcı ise parayı

⁷ Duguit, s. 44.

⁸ A.g.e.

⁹ A.g.e., s. 44-45.

almak menfaati ile hareket etmektedir.¹⁰ Buna karşın, kamu hizmetinin yürütülmesini öngören idari bir sözleşmede örneğin imtiyaz sözleşmesinde, tarafların menfaati birbirinden farklılık göstermemekte, sözleşmenin her iki tarafı da hizmetin iyi, doğru ve düzgün bir şekilde işlemesi için gayret göstermektedir.¹¹

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında üçüncü temel farklılık, “tarafların konumu” bakımından ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde özel çıkarlar söz konusu olduğu için taraflar arasında tam bir eşitlik bulunmasına karşın, idari sözleşmede, “idarenin üstünlüğü” ilkesi geçerlidir. Zira idari sözleşme, kamu hizmetinin yürütülmesi yönünde yapılmakta, dolayısıyla kamu yararını içermekte olduğundan idarenin üstünlüğü esası geçerlidir.¹² İdari sözleşmede idarenin üstün konumda olması yüzünden, “idari sözleşme” kavramı, bazı ülkelerde sıkıntı yaratmıştır. Örneğin Almanya’da 1900’lü yılların başında “idari” ve “sözleşme” kavramlarının yan yana gelemeyeceği birçok seçkin hukukçu hatta Otto Mayer gibi dev bir hukukçu tarafından bile öne sürülmüştür. Zira özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğü veya irade özgürlüğü iki tarafın tam olarak eşitliği ilkesine dayanmaktaydı. Nitekim Almanya’da uzun yıllar boyunca, tarafların eşitliğine dayanması gereken bir sözleşmede idarenin üstünlüğünün kabul edilemeyeceği gerekçesiyle idari sözleşmenin kabulünde gecikmeler yaşanmıştır.¹³

Fransızlar, idari sözleşmede idarenin üstün konumda bulunması güçlüğüne kolaylıkla yenmişlerdir. Ancak Fransızlar, sonunda idari

¹⁰ İnan, s. 66.

¹¹ Veya bu doğrultuda gayret göstermeleri gerekir.

¹² Ancak bu tezden, idari yargının görev alanına giren idari sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıklarda idari yargı organlarının daima devleti ya da idareyi koruyacağı sonucu çıkartılmamalıdır. İdari yargı her zaman kamuyu korur. Kamu ile devlet özdeş sözcükler değildir. İdari yargı, kamuyu korurken hakları korunmamış bireylerden oluşan kamunun sağlıklı olmadığı bilinciyle hareket eder. O yüzden, idari yargı bireylerin de hakkını korur. Kısacası idari yargının “hak” koruma bilinciyle hareket etmesi gerekmekte olup bu hakkın devletin, kamunun, toplumun, bireyin hakkı olması önem taşımaz. Bkz. Mümtaz Soysal’ın Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 45.

¹³ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt, Üçüncü Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966: 1591, Ali Ülkü Azrak’ın Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 32.

sözleşmenin tipik bir sözleşme olduğunu değil, atipik bir sözleşme olduğunu kabul etmişler, Almanlar da aynı çizgiye gelmiştir. Bu bağlamda Fransızlar ve Almanlar, idari sözleşmede eşitliğin bulunmadığı esasını benimsemişlerdir zira idari sözleşme halinde kamu yararına yönelik bir faaliyet bulunduğundan, kamu yararına yapılan faaliyetin, o kamu yararını izlemesi, her zaman kamu yararına bağlı olarak yürütülmesi hususunda idarenin koruyucu bir görevinin olduğunu kabul etmişler, aksi takdirde kamu hizmetinden yararlananların baş edilmez güçlüklerle karşı karşıya kalacaklarını düşünmüşlerdir.¹⁴ Zira bir özel hukuk sözleşmesinden tarafların birisinin iradesiyle her zaman vazgeçilmesi olanaklı olmasına ve bu durum kamu açısından pek fazla bir zarar doğurmamasına karşın, idari sözleşmede kamu yararına yürütülen bir faaliyet söz konusu olduğundan hizmetin yürütülmesinde kâr edilemese bile faaliyetin yürütülmesi durdurulamaz, faaliyetin yürütülmesine devam edilmesi gerekir.¹⁵

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında dördüncü temel farklılık, “tek yanlı karar alma” unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de İdari sözleşmenin kendisi, iki taraflı bir hukuki işlem olmasına karşın, sözleşmenin uygulanmasında, idare, otoritesinden kaynaklanan nedenlerle tek yanlı idari karar almaya yetkilidir.¹⁶ İdari sözleşmede idareye bu yetkinin tanınmasının temel nedenini, idari sözleşme yapılan bir durumda, kamu yararına yürütülen bir faaliyet bulunduğu için kamu yararının korunması gerektiğinden, karşı âkidin, sözleşmeye aykırı hareket ettiği zaman, idareden gelecek ve sözleşmede öngörülen ya da öngörülmeleyen birtakım yaptırım veya zorlayıcı tedbirlerle karşılaşabileceği esasının benimsenmesi oluşturur.¹⁷ Buna karşın özel hukuk sözleşmelerinde iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bulunması şart olduğundan sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa iradesini dikte ettirebilmesi mümkün değildir.

İdari sözleşme ile özel hukuk sözleşmeleri arasında son¹⁸ temel farklılık, “uyarlama, değişkenlik” unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde kural olarak “ahde vefa” (pac-

¹⁴ Azrak, s. 32.

¹⁵ Krş. Azrak, s. 37.

¹⁶ A.g.e., s. 30.

¹⁷ A.g.e., s. 30.

¹⁸ Ancak önem açısından son değil! (Last but not least!).

ta sunt servanda) ilkesi geçerli olup “sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması” (clausula rebus sic stantibus) oldukça ayrıksıdır. Gerçekten de özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin taraflarından birisinin iradesiyle sözleşmenin uyarlanması mümkün bulunmamakta, oldukça ayrıksı hallerde, örneğin, hiper- enflasyon nedeniyle akdin temelinden çıkması gibi durumlarda tarafların anlaşması, kanun veya yargıç tarafından yapılabilmektedir.¹⁹ Buna karşın, idari sözleşme durumunda sözleşmenin yapıldığı andaki koşullara göre şartname belirlendiği için zaman içerisinde ihtiyaçların değişmesi veya teknolojinin ilerlemesi nedeniyle sözleşmede değişiklik yapmak gerekebilmekte,²⁰ idare, tek yanlı kararıyla karşı âkidi değişikliğe zorlayabilmektedir. Karşı âkit, idarenin tek yanlı kararıyla belirttiği hususlara ya rızasıyla uyacak, rıza göstermediği durumlarda idare onu zorlayacak ve yapmadığı takdirde belki de sözleşmeyi feshedecektir. Gerçekten de idari sözleşmede geçerli olan “değişkenlik kuralı” şartların değişmesi durumunda sözleşmenin değiştirilmesini gerektirir. Sözleşmede böyle bir şart öngörülme bile idare tek yanlı işlemleriyle sözleşmeyi değiştirebilme yetkisine sahiptir.²¹

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere idari sözleşme, özel hukuk sözleşmelerinden önemli ölçüde farklılık göstermekte ve atipik bir sözleşme niteliğini taşımaktadır. Bu yüzden idari sözleşmeden kaynaklı olarak idarenin ceza vermesinde kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı savı isabetli değildir. Bu savın isabetsizliğini göstermek üzere öncelikle idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezaların hangi kategori suç ve cezaya dâhil olduğu üzerinde durulması faydalı olacaktır.

1. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLANAN SUÇ VE CEZALAR İDARİ SUÇ ve CEZALARIN KAPSAMINA GİRER

Aşağıda ayrıntılarıyla görülecek olsa da burada şu hususu hemen belirtmek gerekir ki idarenin idari sözleşmeye dayalı olarak verdiği ceza, “idari ceza” tanımına girer. Zira idari ceza; yönetilenlere, idare-

¹⁹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Sevinç Matbaası, Ankara 1991, s. 575-580.

²⁰ Konu hakkında Fransa ve Türkiye’den örnekler için bkz. Azrak, s. 31 vd.

²¹ A.g.e., Krş. Onar, s. 1596-1597.

nin alanındaki hukuka, kısacası idare hukukuna aykırı davranışlarından ötürü idare tarafından cezalandırma amacıyla idari işlemle verilen ceza şeklinde tanımlanabilir.²² İdari sözleşmeye dayalı olarak İdare tarafından karşı âkide verilen ceza, idari cezanın tanımında yer alan unsurların tümüyle örtüşmektedir.²³ Zira idari sözleşmenin ihlali, idare hukuku normlarına bir aykırılık oluşturmakta, bu aykırılığa dayalı olarak idare, idari sözleşmenin karşı âkidine idari işlemle ceza tayini yoluna gitmektedir. Bu örtüşmeyi tam olarak açıklayabilmek üzere idari ceza türleri üzerinde durmak faydalı olacaktır.

İki türlü idari suç ve ceza bulunmaktadır. Bunlardan ilkin, idare ile kişi arasında izin, sözleşme, ruhsat veya idarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında herhangi bir bağ olan kişilerle ilgili suç ve cezalar, ikincisini ise İdare ile arasında herhangi bir bağ bulunmayan kişilerle ilgili suç ve cezalar oluşturur.²⁴ Bunlardan, idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadan yapılan ihlalleri “halka yönelik idari suçlar”, söz konusu ihlaller için verilen cezaları “halka yönelik

²² Bkz. Hasan Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 228.

²³ Mireille-Delmas ve Catherine-Teitgen, adli yazarlar ile Fransız Danıştay'ının idari ceza için koymuş ölçüt bakımından da idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen ceza, idari ceza kapsamına girmektedir. Zira adı geçen yazarlar ile Fransız Danıştay'ı, bir cezanın idari ceza olarak nitelendirilebilmesi için iki hususun eşzamanlı olarak bulunması gerektiğini aramaktadırlar. Bunlardan ilki; idarenin, idare hukuku, özellikle idari usul kurallarını uygulayarak cezalandırma amacıyla bir işlem yapması, ikincisi ise cezanın verilmesinin dayanağı olarak bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Bu iki unsuru eşzamanlı olarak taşımayan idari bir yaptırım kararı, idari ceza olarak adlandırılmaz. Bkz. Marty Mireille-Delmas ve Colly Catherine-Teitgen, Punir Sans Juger, Economica, Paris 1992, s. 37-38. Görüldüğü üzere idari cezanın karakteristik özelliğini söz konusu iki unsur oluşturmakta ve bu unsura birlikte sahip olan her ceza idari ceza niteliğini taşımaktadır. İdari sözleşmeden kaynaklı cezalarda da idare, idare hukukunu uygulayarak cezalandırıcı nitelikte bir işlem yapmakta ve verilen cezanın dayanağını sözleşmenin ihlali oluşturmaktadır.

²⁴ Michel Degoffe, “L’ambiguïté de la sanction administrative”, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 27. Mireille-Delmas ve Catherine-Teitgen’in ifadeleriyle; idari ceza, yalnızca kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezasını veya İdarenin iç bünyesinde uygulanan cezaları değil, bunun yanında, kamu hizmetini kullanan kimseler için öngörülen cezaları da kapsar. Yazarlar, bu kapsamda idari cezanın, idarenin bünyesinde çalışma, idari sözleşme veya ruhsat gibi İdareyle daha önceden ilişkisi bulunanlara uygulanan disiplin cezası olduğu gibi örneğin idari polis cezalarında olduğu gibi İdareyle daha önceden ilişki içerisinde olmayanlara da uygulanabilen cezaları içerdiğini belirtmektedirler. Bkz. Mireille-Delmas ve Catherine-Teitgen, s. 18, 26.

idari cezalar”, buna karşın, idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunduğu durumlarda yapılan ihlalleri “disiplin suçları”, söz konusu ihlaller için verilen cezaları ise “disiplin cezaları” olarak adlandırmayı daha uygun bulmaktayız. Halka yönelik idari suç ve ceza ile disiplin suç ve cezası birlikte idari cezayı oluşturmaktadır.

İdari sözleşme halinde idare ile sözleşmenin karşı âkidi arasında özel bir bağ bulunduğu için sözleşme ihlallerinden kaynaklı olarak idarenin karşı âkide uyguladığı ceza, “disiplin cezası” niteliğini taşır. İdari sözleşme ihlalinden dolayı uygulanan cezayı, disiplin cezası olarak kabul etmenin, kanımızca, garipsenecek bir durumu bulunmamaktadır.²⁵ Zira yukarıda belirtildiği üzere bir cezayı disiplin cezası olarak nitelendirmede temel ölçüt, idare ile kişi arasındaki özel bağ ilişkisidir.²⁶ İdari sözleşmede idare ile karşı âkidi oluşturan kişi arasında özel bir bağ kurulduğuna göre söz konusu sözleşmeden dolayı idarenin vermiş olduğu cezayı, disiplin cezası olarak nitelendirmek gerekir.²⁷ Öte yandan Moderne’in belirttiği üzere, idari suçu ve bu ara-

²⁵ Fikrimize göre garipsenecek durumun oluşmasında öğretide bazı yazarlar tarafından disiplin cezasını dar kapsamlı olarak tanımlanmasının büyük etkisi vardır. Örneğin, Sauvé, disiplin cezasını, kamu hizmetinin düzgün işlemesi için verilen ceza şeklinde tanımlamakta [Jean Marc Sauvé, “Les sanctions administratives en droit public français”, AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 17], Gölcüklü ise memurların, memuriyet görevleriyle ilgili olarak işledikleri kusurları veya memuriyet sıfatına veya görevine etki edebilecek kusurlu davranışları cezalandırmak için konulmuş bulunan müeyyideler olarak tanımlamaktadır. [Feyyaz Gölcüklü, “<İdari Ceza Hukuku> Ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C. XVIII, S.2, Haziran 1963, s. 156]. Kanımızca gerek Sauvé gerekse Gölcüklü’nün yapmış olduğu tanımlar dar kapsamlı olduğu ve disiplin cezasının karakteristik özelliklerini yansıtmadığı için kabul edilemez. Nitekim Moderne’in belirttiği gibi disiplin cezalarının nirengi noktasını, idare ile kişi arasında özel bir ilişkinin bulunması ve idareye ceza verme yetkisinin önceden tanınması oluşturur. Franck Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993, s. 159. Bu bağlamda Sauvé ve Gölcüklü’nün savlarının aksine disiplin cezaları salt kamu görevlileri hakkında uygulanmamakta, bunun yanında, mahkûm, öğrenci, asker gibi kamu hizmetini kullanan çeşitli kesimlerle idare arasında özel bir hukuki ilişki içerisinde bulunulan her durumda ve bu arada idari sözleşmelerde de uygulanmaktadır. Zira idari sözleşme durumunda idare ile kişi arasında sözleşme dolayısıyla bir bağ oluşmakta ve idarenin ceza verme yetkisi sözleşme ihlali olmadan önce tanınmaktadır.

²⁶ İdare ile kişi arasındaki özel bağın “statü” veya “sözleşme”den doğması bir farklılık oluşturmaz. Krş., İl Han Özay, İdari Yaptırımlar, İÜHFY No.: 691, İstanbul 1985, s. 107-108.

²⁷ Üstelik idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen idari cezalar, disiplin cezalarının teorik temelini oluşturabilmek bakımından da büyük önem taşımaktadır. Gerçekten de “disiplin”, “özel ilişki”, “idari sözleşme”, “izinle meslek icra eden kimselerin sorumluluğu” gibi kavramlar, disiplin cezalarının kolaylıkla kuram-

da disiplin suçunu işleyen faile göre idari cezanın tanımı değişmez. Bu bağlamda, idari sözleşmede karşı âkidi oluşturan kişi de idari sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal ederse ona karşı idari cezanın uygulanması doğaldır. Yine çağdaş bir devletin cezalandırma yetkisi bulunduğu için idarenin idari sözleşmeden kaynaklanan cezaları vermeye yetkili olması, olağan bir nitelik taşır.²⁸

Bu kısımda yapılan açıklamalar, matematiksel terimlerle; idari sözleşme ihlali nedeniyle doğan suç yüzünden idarenin karşı âkide uyguladığı ceza, idari suç ve ceza kümesinin, disiplin suç ve cezası alt kümesine²⁹ girer şeklinde özetlenebilir. Bundan sonraki kısımda, idarenin, idari sözleşmeden kaynaklı olarak karşı âkide verebileceği idari cezalar üzerinde durulacaktır.

2. İDARE İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLI OLARAK NE TÜR CEZALAR VEREBİLİR

İdari sözleşmenin karşı tarafını oluşturan özel kişi, sözleşmeye aykırı davranırsa, idare, mahkemeye gitmeden doğrudan ona ceza verebilir veya diğer idari yaptırımlar uygulayabilir.³⁰ İdarenin uyguladığı yaptırımın haksız olduğunu iddia eden karşı âkidin mahkemeye başvurarak yaptırımı durdurması gerekir, aksi takdirde, yaptırımın uygulanması durdurulamaz.³¹

sal alt yapısını oluşturmakta, kurum veya (idari sözleşmede yoğun bir şekilde görülen) kamu yararı gibi kavramlar da disiplin cezalarının teorik temelini sağlamlaştırılmasında ek gerekçeleri oluşturmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, s. 192.

²⁸ Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, s. 159.

²⁹ İdari suç ve cezanın diğer alt kümesini, yukarıda belirtildiği üzere, halka yönelik idari suç ve ceza oluşturur.

³⁰ İdarenin sözleşmelerinden özel hukuka tabi sözleşmelerinde akde aykırılık olursa, idarenin diğer tarafa ceza veya başka bir yaptırım uygulayabilmesi olanaklı değildir. Akde aykırı davranıldığını ve bundan bir zarar gördüğünü iddia eden sözleşmenin her bir tarafı, mahkemeye başvurarak, 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "borçların ifa edilmemesinin sonuçları"nı düzenleyen 112 ve devamı maddelerine göre zararının tazminini isteyebilir. Hâlbuki İdarenin sözleşmelerinin diğer bir türünü oluşturan idari sözleşmede, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan özel kişi sözleşmeye aykırı davrandığı durumlarda İdare mahkemeye gitmeden doğrudan ona ceza verebilir veya ona diğer idari yaptırımlar uygulayabilir. İdarenin uyguladığı yaptırımın haksız olduğunu iddia eden karşı âkidin mahkemeye başvurarak yaptırımı durdurması gerekir, aksi takdirde, yaptırımın uygulanması durdurulamaz. Bkz. Jean-Michel de Forges, *Droit administratif*, Presses Universitaires de France, Paris 1991, s. 82, Ayrıca bkz. Onar, s. 1597.

³¹ de Forges, s. 82.

İdari sözleşmelerde, idare, yalnızca kanundan ya da sözleşmeden doğan nedenlerle idari ceza,³² daha somut bir deyişle, disiplin cezası vermeye yetkilidir.³³ Bu bağlamda idare, idari ceza olarak karşı âkide ancak kanun veya sözleşmeden kaynaklanan nedenlerle “idari sözleşmeyi fesih” cezası verebilir. Ancak idare, sözleşme ilişkisiyle açıklanamaz olan hallerde, bir diğer deyişle, sözleşmenin özünün yerine getirilmemesi durumlarda, örneğin, kamu yararına aykırı davranan sözleşmeci için tek taraflı olarak idari ceza vermeye yetkili olmayıp yalnızca diğer idari yaptırımlar, örneğin, idari tedbir³⁴ uygulamaya yetkilidir.³⁵

İdari sözleşmelerde idarenin karşı âkide idari ceza verebilmesi için kanun veya sözleşme ihlalinin bulunması gerekli olmasına karşın, söz konusu cezanın uygulanabilmesi için İdarenin önceden denetim ve gözetim yetkisini kullanması şart değildir. İdari sözleşmeden dolayı İdarenin uygulayabileceği cezaları; *mali, zorlayıcı ve sözleşmeyi fesih cezası* olmak üzere üçe ayırmak olanaklıdır.³⁶

Bunlardan *mali cezalar*, kanun veya sözleşmede öngörülen para cezaları olup bu cezalar sıklıkla bir zararın doğması durumunda “ken-

³² Yukarıda belirtildiği üzere idari cezadan söz edilebilmesi için idarenin, idare hukuku, özellikle idari usul kurallarını uygulayarak cezalandırma amacıyla bir işlem yapması ve cezanın verilmesinin dayanağı olarak bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir. Söz konusu yükümlülüğün kanundan veya sözleşmeden doğması bu esasta bir değişiklik oluşturmaz. Her iki durumda da verilen ceza, idari ceza niteliğindedir. Konu hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 311.

³³ Charles M. Eisenmann, “Le droit Administratif et le principe de légalité”, EDCE, 1957, s. 37. Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310. Günday, burada, idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmelerinde sözleşme ve şartnamede belirtilmemiş olsa bile İdarenin yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğunu, söz konusu yetkinin onun kamu hizmetlerinin asli sahibi ve sorumlusu olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Biz yazarın görüşüne kısmen katılıyoruz. Bu bağlamda aşağıda üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacağı üzere eğer idari sözleşmenin karşı âkidine “ceza” verilecekse bunun kanun, sözleşme veya şartnamede açıkça gösterilmiş olması gerekmekte, buna karşın, karşı âkide “tedbir” uygulanacaksa bunun sözleşme veya şartnamede açıkça gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere ceza ve tedbir ide içeren üst bir kavram olan “yaptırım” kavramını kullanırken oldukça dikkatli olunması gerekmektedir.

³⁴ İdari tedbir ve idari tedbirde kanunilik ilkesinin uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 414 vd.

³⁵ Aksi görüş için bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 159.

³⁶ Fazla bilgi için bkz. de Forges, s. 82-83, Ayrıca bkz. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Ankara 2018, s. 465-466.

diliğinden" (automatiques) uygulanır. Bununla birlikte, İdarenin para cezası³⁷ verebilmesi için zararın doğduğunu kanıtlamasına gerek yoktur. Bundan başka, İdare, para cezasını kimi durumda sözleşmecinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyerek verebileceği gibi herhangi bir denetim yapmadan, örneğin, sözleşmecinin hafif bir kusurunu gördüğünde de uygulayabilir.³⁸

İdarenin idari sözleşmeden kaynaklı olarak uygulayabileceği ikinci ceza türünü, "zorlayıcı" (coercitives) cezalar oluşturur. Gerçekten de kanun veya idari sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı idari para cezası veya sözleşmeyi fesih cezasının uygulanması gereksinimleri karşılayamamaktadır. Bu bağlamda idari sözleşmenin düzgün bir şekilde sürdürülmesinde kamu yararı bulunması nedeniyle idari para cezası dışında başka yaptırımların da uygulanması gerekmektedir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere zorlayıcı cezalar, idari sözleşmenin gereği gibi yürütülmediği durumlarda idari sözleşmenin etkin ve düzgün bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere idari para ve sözleşmeyi fesih cezaları dışında kalan cezalardır.³⁹

Kanun veya sözleşmeye dayalı bir yükümlülüğün ihlal edilmesinden dolayı idari sözleşme hakkında zorlayıcı cezanın uygulandığı durumlarda, idare işletmeye geçici olarak el koymakta ve sözleşmecinin yerine geçerek hizmeti bizzat kendisi yürütmekte veya yürütülmesini üçüncü bir şahsa bırakmaktadır.⁴⁰ Sözleşmeye el konulması yaptırımının uygulanması durumunda bütün maliyet ve riske, ilk sözleşmeci

³⁷ Aslında idarenin, idari bir sözleşmeden dolayı para cezasını uyguladığı her durumda idari ceza gerçeği ile karşılaşılır. Örneğin, idari tedbir yaptırımı olarak idari para cezasının uygulanması olanaklı değildir. Zira para cezası, hiçbir zaman bir tedbir veya önleme aracı olarak verilmez, yükümlülüğün ihlal edilmesinden dolayı verilir. Bir başka deyişle, kamu düzenin sağlanması gerekçesiyle uygulanan veya herhangi bir yükümlülüğün ihlal edilmediği durumda verilen para cezası, işin doğasına aykırıdır.

³⁸ Krş. de Forges, s. 82- 83.

³⁹ Krş. A.g.e., s. 83.

⁴⁰ Bununla birlikte, Günday, İdarenin işletmeye geçici olarak el koyması durumunda, imtiyaz sahibinin yerine geçeceğini ve hizmeti bizzat kendisinin yürüteceğini kabul etmekte, sözleşmenin üçüncü şahıs bir şahıs tarafından yürütülmesi esasını kabul etmemektedir. Bkz. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310. Kanımızca, idari sözleşmeye ve bu arada imtiyaz sözleşmesine el konulması durumunda sözleşmenin yürütülmesinin İdare tarafından üçüncü bir kişiye bırakılmasını engelleyici bir norm olmadığından yazarın görüşüne tam olarak katılamamaktayız.

katlanmak durumunda kalmaktadır. Bu yaptırım, doğası gereği oldukça ağır bir yaptırım olduğundan uygulanabilmesi için sözleşmecinin ağır kusurunun bulunması gerekmektedir.⁴¹

İdarenin, idari sözleşmeden dolayı uygulayacağı son ceza türünü, sözleşmenin sona erdirilmesi, kısacası, *sözleşmesinin feshi cezası* oluşturur. Sözleşmenin feshinin ceza niteliğini kazanabilmesi için sözleşmecinin kusurundan dolayı sözleşmenin ortadan kaldırılması gerekir. Sözleşmenin feshi iki türlü uygulanabilmektedir. Bunlardan ilki, sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasıdır. Daha sık uygulanan ikinci şekli ise sözleşmenin zarar ve riskini ortadan kaldırmak şeklindedir.⁴² İdari sözleşmenin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmesinin zararının ve riskinin ortadan kaldırılması suretiyle feshinde, sözleşmeye, başka bir sözleşmeciyle devam edileceği ortadadır.

İdari sözleşmelerde sözleşmenin feshi cezası, söz konusu sözleşmenin bir türünü oluşturan imtiyaz sözleşmesi⁴³ bakımından farklı birtakım özelliklere sahip bulunmaktadır. İmtiyaz sözleşmelerine uygulandığı zaman “imtiyazın düşürülmesi”⁴⁴ (*déchéance de concession*) ismini taşıyan sözleşmenin feshi,⁴⁵ İdare tarafından doğru-

⁴¹ de Forges, s.83.

⁴² A.g.e., s. 83.

⁴³ Aslında “imtiyaz sözleşmesi” kavramı yerine “yetkilendirme sözleşmesi” veya “yetki verme” sözleşmesi kavramının kullanılması daha isabetli olur. Bu önerinin gerekçesi için bkz. Hasan Dursun, “Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 125, Yıl: 129, Temmuz-Ağustos 2016, s. 144 dn. 125.

⁴⁴ Onar, bu cezayı “imtiyazın ıskatı” olarak adlandırırken (Onar, s. 1639), Gözler ve Kaplan “imtiyazın düşmesi” olarak adlandırmakta, (Bkz. Gözler ve Kaplan, s. 466), Ulusoy ise salt “ıskat” terimini kullanmaktadır. Yazar, ıskatın, sözleşmenin İdarece olağanüstü biçimde tek yanlı sona erdirilmesi olduğunu, bu yolun ayrık-sı bir yöntem olup ancak imtiyazcının ağır kusuruyla hizmeti yürütmeyi ciddi biçimde aksatması halinde başvurulabileceğini, ıskat halinde imtiyazcının kendi kusurunun olması nedeniyle İdarenin tazmin borcunun söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Yazar, ıskat yoluna örnek olarak, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi ile Çukurova ve Antalya bölgelerinde elektrik üretim, dağıtım ve iletim hizmetleri yürüten ÇEAŞ ve KEPEZ şirketlerine 2004 yılında el konulması ve imtiyaz sözleşmelerinin İdarece tazminatsız olarak tek yanlı feshedilmesini göstermektedir. Bkz. Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 369.

⁴⁵ İdare, kanun veya sözleşmenin gereğinin yerine getirilmemesinde sözleşmecinin kusurunun bulunduğu durumlarda, bir ceza olarak idari sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Ancak İdare, sözleşmecinin herhangi bir kusuru olmasa bile hizmet ve kamu yararının gerekleri doğrultusunda sözleşmeyi tek yanlı olarak feshedebilir. Rachat “raşa diye okunur” olarak ifade edilen bu durumda İdare,

dan verilebileceği gibi idare tarafından mahkemeye başvurularak da sağlanabilir.⁴⁶ Ancak, imtiyaz sözleşmeleri bakımından sözleşmenin salt mahkeme kararıyla sona erdirilebileceği, tersine bir deyişle, idarenin doğrudan sözleşmenin feshi yoluna gidemeyeceği koşulu konulabilmesine rağmen, diğer idari sözleşmeler bakımından böyle bir koşulun öngörülmesi olanaklı değildir. Daha açık bir deyişle, imtiyaz sözleşmeleri dışındaki diğer idari sözleşmeler bakımından İdarenin sözleşmeyi feshedemeyeceği, bu feshin salt mahkeme kararıyla yapılabileceği yönündeki “şart” geçersizdir.⁴⁷ Kanımızca böyle bir sonuca idari sözleşme kavramının tanımından da ulaşılabilir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için karşı tarafın, bir başka deyişle, sözleşmecinin, kamu hizmetini doğrudan

imtiyaz sözleşmesinin süresi içerisinde imtiyazı bütün tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın almakta ve söz konusu sözleşmeye son vermektedir. Bununla birlikte idare, rachat yoluna başvurarak imtiyaz sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiği zaman imtiyazcının bütün zararını gidermek zorunda olduğu gibi onun işletmeden beklediği normal kazanç ve kârları da bütünüyle tazmin etmek zorundadır. Ancak rachat, idari ceza olarak kabul edilemez. Daha açık bir deyişle rachat yolu, idari tedbir, dolayısıyla yaptırım niteliğini taşımakta, ancak hiçbir şekilde idari ceza kavramının içerisine girmemektedir. Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 310-311. Nitekim Ulusoy, haklı olarak, “rachat” yolunun bir ceza değil, imtiyaz sözleşmesinin İdarenin tek yanlı iradesiyle “olağan” bir sona erdirmeye yolu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, imtiyaz sözleşmesinin olağan sona erdirilmesi olan rachat yönteminde, İdarenin, politika değişimi gibi bir nedenle hizmetin asli sahibi olarak artık söz konusu hizmeti bizzat kendisinin yürütmesini tercih ederek, imtiyazcudan kaynaklanmayan, bir diğer deyişle, imtiyazcının kusuru dışındaki bir nedenle sözleşmeyi sona erdirmeye karar verebileceğini ve bundan dolayı da imtiyazcının uğradığı zararı tazmin ederek sözleşmeyi ortadan kaldıracağını ifade etmektedir. Bkz. Ulusoy, s. 369. Aslında Giritli, Bilgen ve Akgüner’in belirttiği üzere rachat işlemini icrai bir işlem olarak kabul etmek gerekir. Gerçekten de yazarlar, özel kişinin hiçbir kusurunun olmadığı durumda, kamu hizmeti ya da kamu yararı gerektiriyorsa İdarenin bir icrai işlemle idari sözleşmeye son verebileceğini, bu yetkinin, İdarenin tek yanlı değişiklik yapma yetkisinin bir devamı ve görünümü olduğunu, bu bağlamda rachat’ın imtiyaz sözleşmelerinin devamı sırasında, imtiyazın tüm tesisatı ile birlikte bedeli karşılığında satın alınmak suretiyle geri alınmasına ve imtiyaz sözleşmesine son verilmesine ilişkin, İdarenin takdiri olarak vermiş olduğu bir icrai işlem olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. İsmet Giritli-Per-tev Bilgen-Tayfun Akgüner, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 860.

⁴⁶ Çeşitli defalar belirtildiği üzere, idari cezalar ile diğer cezalar arasında ancak şekli ve organik bir ölçütü ayırım yapılması yüzünden mahkeme tarafından idari sözleşmenin feshedildiği her durumda idari cezanın bulunmadığı ortadadır. Zira yine çeşitli defalar belirtildiği üzere, bir yaptırıma idari ceza denilebilmesi için “olmazsa olmaz koşul” (conditio sine qua non) cezanın İdare tarafından verilmesidir. İdare tarafından verilmeyen bir ceza nitelik itibarıyla idari cezaya benzese bile idari ceza olarak kabul edilemez.

⁴⁷ de Forges, s. 83.

doğruya ifa etmesi veya ifasına katılması gerekir. İdari sözleşmelerden imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmeci kamu hizmetini doğrudan doğruya ifa ettiğine göre⁴⁸ bu sözleşmelerde idarenin fesih yetkisinin şartla ortadan kaldırılmasının hukuksal açıdan bir sakıncası olmamasına karşın, diğer idari sözleşmelerde, örneğin, idari hizmet sözleşmelerinde idarenin fesih yetkisinin ortadan kaldırılması hukuksal açıdan oldukça sakıncalıdır. Çünkü idari hizmet sözleşmeleriyle karşı âkit, bir kamu hizmetinin yürütülmesine katılmakta, buna karşın, hizmetin asli yürütücüsü konumunda idare bulunmakta, kendisi asli olarak kamu hizmetini yürütücü konumunda bulunduğu için idareye bir takım üstünlük ve ayrıcalıklar verilmesi gerekmektedir. İdarenin, idari hizmet sözleşmesinde sözleşmeyi tek yanlı feshetmesi, söz konusu “üstünlük ve ayrıcalık” kavramının içerisine altlanabileceğinden, bunun aksinin düşünülmesi kanımızca olanaksızdır.⁴⁹

İdari sözleşmelerden kaynaklı olarak verilen ceza türleri üzerinde durduktan sonra, bundan sonraki kısımda, idari sözleşmeye dayalı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olup olmadığının irdelenmesi isabetli olacaktır. Zira Anayasa’nın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamına idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezalar giriyor ve bu suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmıyorsa ortada Anayasa-nın ilgili hükmüyle uyumsuz bir durum var demektir.

3. İDARİ SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLI OLARAK VERİLEN CEZALARDA SUÇ VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ UYGULANIR MI?

Dünyada hemen hemen bütün ülkelerde idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen cezalarda kanunilik ilkesi uygulanmamakta, bir

⁴⁸ İmtiyaz sözleşmeleri; bir kamu hizmetinin uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca, sermayesi, kârı, hasarı ve zararı kendisine ait olmak üzere özel hukuk kişilerin-ce yerine getirilmesidir. Bkz. Dursun, İmtiyaz Sözleşmesinin Kanuna Aykırı Hale Gelen Mali Hükmü Tazminatsız Bir Şekilde Ortadan Kalkar mı? s. 116. Görüldüğü üzere imtiyaz sözleşmeleri doğası gereği uzun süreli olmakta ve bu sözleşmelerin sermayesi, kârı, hasarı ve zararı sözleşmeciye ait olmakta ve onun tarafından bir kamu hizmeti kurulmakta ve/veya işletilmektedir. Bu nitelikleri dolayısıyla imtiyaz sözleşmelerinde fesih yetkisinin yalnızca mahkemeye verilmesi yönünde sözleşmeye şart konulması hukuksal açıdan olanaklıdır.

⁴⁹ Krş. Günday, İdare Hukuku, 2004, s. 169.

başka deyişle, söz konusu cezalar, önceden “kanun” ile belirlenmemektedir. Neredeyse evrensel olarak geçerli bu durum, Türkiye açısından “evleviyetle” (afortiori) geçerli bulunmaktadır. Gerçekten de Türkiye’de uygulanan üç idari sözleşme türünün hiçbirisinde kanunilik ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Bu bağlamda idari sözleşmelerin bir türünü oluşturan idari hizmet sözleşmelerinden doğan disiplin cezalarında kanunilik ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Zira 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesine göre, kamudaki dört istihdam biçiminden birisini oluşturan ve kendileriyle idari hizmet sözleşmesi yapılan “sözleşmeli personel”, özel bir mesleki bilgiye ve uzmanlığa gereksinim gösteren geçici işlerde çalıştırılabilir. İşçi niteliği taşımayan sözleşmeli kamu görevlileri ile idare arasında akdedilen sözleşmeler mahkeme içtihatlarına göre idari sözleşme sayılmaktadır.⁵⁰ Kendileri ile geçici olarak idari hizmet sözleşmesi yapılan sözleşmeli personele uygulanacak disiplin suç ve cezaları hakkında 657 sayılı Kanun veya başka bir kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığına göre söz konusu hizmet sözleşmesinin ihlalinin kaynaklı suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesine uyulmadığı açıktır.

Türkiye’de uygulaması bulunan diğer bir tür idari sözleşme türü olan “kamu istikraz sözleşmeleri”nden kaynaklı suç ve cezalar bakımından da kanunilik ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Gerçi devletin iç ve dış “borçlanması” (istikrazı), 28.03.2002 tarih ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da düzenlenmesinden dolayı kamu istikraz sözleşmelerinde kanunilik ilkesinin uygulandığı izlenimi doğabilir. Ancak bu izlenim bütünüyle bir yanılısamadan ibaret olup kamu “istikraz” (borç) sözleşmelerinin 4749 sayılı Kanun’da ismen dahi zikredilmediğini belirtmek gerekir.

İdari sözleşmelerin içerisinde en çok uygulanan “imtiyaz sözleşmeleri”ne gelince, bu sözleşmeler bakımından da kanunilik ilkesinin tam olarak uygulanmadığını belirtmek gerekir. Söz konusu sözleşmeler, idari sözleşmeler içerisinde en fazla uygulandığına⁵¹ göre konu hakkında ilave açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Türkiye’de imtiyazın yasal çerçevesini, II. Meşrutiyet döneminde çıkarılan 10.06.1910 tarih (Takvimi Vakayı, 24 Haziran 1326) ve 1326

⁵⁰ Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 92.

⁵¹ Fazla bilgi için bkz. Günday, İdare Hukuku, 2003, s. 91.

sayılı telaffuzu bile oldukça zor olan Menafii Umumiyye Mûteallik İmtiyazat Hakkında Kanun oluşturmaktadır. İmtiyaz konusunda genel bir kanun niteliğini taşıyan 1326 tarihli Kanun, imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak doğabilecek idari suç ve cezalar konusunda herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu yüzden uygulamada söz konusu suç ve cezalar, sözleşme ilişkisine dayalı olarak idare ve karşı âkit tarafından birlikte kararlaştırılmakta, böylelikle yalnızca imtiyaz sözleşmesinden doğmaktadır.⁵² Kısacası, uygulamada, imtiyaz sözleşmeden kaynaklanan idari suç ve cezaların kaynağını, salt sözleşme oluşturmaktadır.⁵³

Uygulamada görülen bu durumu olağan olarak karşılamak oldukça güçtür. Zira imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak idarenin uyguladığı disiplin cezaları, diğer idari cezalar ile aynı hukuksal sonucu taşıdığı, bir başka deyişle, her türlü cezada bir özgürlük sınırlandırması bulunduğu için imtiyaz sözleşmesi kaynaklı disiplin cezalarının da kanuna dayanması anayasal bir gerekliliktir.⁵⁴ İmtiyaz sözleşmelerinin ancak yasal sınırlar içerisinde yapılabilmesi olanaklı olduğuna⁵⁵ göre söz konusu sözleşmeden kaynaklanan disiplin cezaları da ancak kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde olanaklı olmalıdır.⁵⁶ Bu bağlam-

⁵² Franck Moderne, "La sanction administrative (éléments d'analyse comparative)", RFDA, Mai-Juin 2002, s. 486.

⁵³ Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 228.

⁵⁴ Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında "suç ve cezada kanunilik" (nulum crimen nulla poena sine lege) ilkesi düzenlenmiştir. Anayasanın bu hükümlerinde "adli suç ve cezalar" ile "idari suç ve cezalar" arasında bir ayırım yapılmadığına göre idari suç ve cezalarda da kanunilik ilkesinin uygulanması anayasal bir gereklilik oluşturmaktadır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere idari cezalar; İdare ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ olup olmasına göre halka yönelik idari ceza ve disiplin cezası olmak ikiye ayrılır. İmtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari cezalarda idare ile imtiyaz sahibi arasında özel bir bağ bulunduğu göre bu tür cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına atlanması olanaklıdır. İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 197-380. Krş. Eisenmann, s. 35.

⁵⁶ Nitekim İspanya Anayasa Mahkemesi, 21 Temmuz 1983 tarih ve 66/1983 sayılı kararında; İspanyol Anayasası'nın 25. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kanunilik ilkesinin, ceza hukuku suç ve cezalar ile tüm idari suç ve cezaları da kapsamına aldığı, buna karşın, söz konusu ilkenin özel hukuk yaptırımlarında ve özel hukuka tabi işleri kapsamına almadığı sonucuna varılmıştır. Bkz. Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, s. 197-198 ve dn. 9, 229. Bu karardan, İdarenin özel hukuka tabi sözleşmelerinden kaynaklanan yaptırımların suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi olmamasına karşın idari sözleşmelerden ve bu meydana imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların kanunilik ilkesine tabi

da imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklı idari suç ve cezalarda anayasal nitelikteki kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için kanunda veya kanunun açık yollamasıyla imtiyaz sözleşmesinde öngörülebilecek suç ve cezaların bizzat kanun tarafından tam olarak düzenlenmesi gerekir.⁵⁷ 1326 tarihli Kanun'da imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların düzenlenmesi şöyle dursun bunlardan kavramsal olarak bile bahsedilmediğine⁵⁸ göre ortada Anayasa'nın 38. maddesine bir uyumsuzluk bulunduğu aşikârdır.⁵⁹

olduğu sonucu çıkartılabilir. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere bir idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinden kaynaklanan cezaların disiplin cezalarına, dolayısıyla idari ceza üst başlığına altlanılabilir.

⁵⁷ Krş. Eisenmann, s. 37. Ancak özellik gösteren bir durumda idari sözleşmede kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Bu hal, kanunun kimi zaman kendi koyduğu koşullardan idarenin ayrılmasına izin vermesi durumudur. Bu durumda idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilemez. Krş. Eisenmann: 39. Böyle bir durumda idari sözleşmenin tarafı olan idare ile karşı âkit, karşılıklı özgür iradeleriyle idarenin ceza verebilme koşullarını belirleyebilirler. Zira kanun, kendi koyduğu koşulların aksinin sözleşme taraflarınca kararlaştırılabileceğini kabul ettiğine göre taraflarca kararlaştırılan koşullara uyulmaması durumunda idarenin uygulamış olduğu ceza, kanunilik ilkesini ihlal etmez. Daha açıkçası, böyle bir durumda, idarenin, kanunun öngördüğü koşullardan farklı olarak ceza vermesini de bizzat kanun öngörmüştür.

⁵⁸ 1326 tarihli Kanun imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı suç ve cezalardan kavramsal olarak bahsetmediği gibi gereksinimleri karşılamaktan uzak, yetersiz ve garip hükümlere de sahip bulunmaktadır. Örneğin, Kanunun 7. maddesinde; imtiyazın sözleşme ve şartnamelerinde belirli olan süreler içinde mutlaka Osmanlı kanun ve nizamlarına tabi Osmanlı anonim şirketlerine devir olunacağından bahsedilmekte, 9. maddesinde ise Meclisi Mebusan ve Meclisi Ayana sunulacak imtiyaz kanunlarının, ekinde yer alan sözleşme ve ilgili evrak ile birlikte incelenerek verilecek bir karar ile kabul veya ret veya gerekçesi belirtilerek değişiklik için iade olunacağı ifade edilmiştir. Dünyanın hiçbir ülkenin kanununda imtiyaz alacak şirketin "anonim" şirket statüsünde olması aranmamakta ayrıca bu koşul Avrupa Birliği normlarına da aykırı düşmektedir. Öte yandan imtiyaz sözleşmelerinin Meclis tarafından onaylanması koşulunun aranması da günümüz koşullarına aykırı düşmektedir. Nitekim 1924 Anayasası'nın 26. maddesinde "imtiyaz" sözleşmelerini onaylama yetkisi TBMM'ne verilmişken bu koşul, 1961 Anayasası ile birlikte günümüz koşullarına uygun düşmediği gerekçesiyle kaldırılmıştır. Öte yandan Cumhuriyet döneminde yaşanılmasına karşın, Osmanlı anonim şirketinden ve Meclisi Mebusan ile Meclisi Ayandan bahsedilen bir kanun metninin değiştirilmemesinin ne kadar bir garabet doğurduğu ortadadır. Fazla bilgi için bkz. Dursun, Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır, s. 108-109.

⁵⁹ Aslında imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı idari suç ve cezaların açık bir şekilde düzenlenmesi anayasal bir gereklilik oluşturmamasının yanında, imtiyazın konusunu oluşturan kamu hizmetinin doğru, dürüst ve düzgün bir şekilde yürütülebilmesi için de söz konusu sözleşmelerde idari cezaya yer verilmesi yaşamsal bir önem taşır. Öte yandan idari sözleşmelerden kaynaklı olarak suç ve cezalara yer vermek ahlaki bir gereklilik de oluşturmaz. Gerçekten de doğal hukuk teorisine

Anayasanın 38. maddesi bakımından bahsedilen uyumsuzluğu giderebilmek için günümüz ihtiyaçlarına da cevap vermekten oldukça uzak olan 1326 tarihli Kanun bütünüyle kaldırılarak, onun yerine, “Kamu Hizmetlerinin Özel Kişiler Tarafından Yetkilendirme Sözleşmesi ile Gördürülmesi Hakkında Kanun çıkartılmalı,⁶⁰ söz konusu kanunda “imtiyaz” (yetkilendirme) sözleşmelerinden kaynaklı olarak idarenin verebileceği tüm cezalar açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir.

SONUÇ

Bu çalışmada görüldüğü üzere idari sözleşmeden doğan suç ve cezalar bakımından tam bir düzenleme boşluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda ülkede uygulaması bulunan idari hizmet sözleşmelerinden, kamu istikraz sözleşmelerinden ve imtiyaz sözleşmelerinde ne tür suç ve cezaların doğduğu düzenlenmemiş, konu bütünüyle tarafların yapmış olduğu sözleşmelere bırakılmıştır. Bu durum temel olarak iki açıdan sakınca taşımaktadır. Bunlardan ilki, devletin borçlanması bakımından kamu “istikraz” (borçlanma) sözleşmelerinin, kamu istihdamı bakımından idari hizmet sözleşmelerinin, uygulanan özelleştirme politikaları nedeniyle imtiyaz sözleşmelerinin Türk hukuku bakımından

göre “doğa durumunda” herkes hür olup hiç kimse başka bir kimsenin egemenliği altında bulunmamaktadır. Bu bağlamda hiç kimsenin başka bir kişi üzerinde ahlaki yetkisi de bulunmamaktadır. Bu teoriye göre sosyal sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, toplum üyeleri doğal hürriyetlerinden vazgeçmişler ve egemen gücün emirlerine uymanın ahlaki bir yükümlülük olduğunu kabul etmişlerdir. Bu anlayışa göre idari sözleşme özelinde idarenin özel bir kişi üzerinde ahlaki bir yetkisi bulunmakta, bu yetkinin doğumu için iradelerin birleşmesine gereksinim bulunmaktadır. İdari sözleşme ile kişi belirli bir özgürlüğünden vazgeçmekte ve idareye kendisi ile ilgili olarak belirli bir yetki tanımaktadır. İdari sözleşme böyle bir bağlılığı belirgin bir biçimde açıklamaktadır. İdari sözleşme durumunda idarenin ve karşı akidi oluşturan özel kişinin hak, yetki ve yükümlülükleri açıklanmaktadır. Demek ki hak, yetki ve yükümlülükleri yaratan husus, iradelerin birleşmesidir. Ancak iradelerin, iradesini bağlayan kişinin dışındaki başka insanlar tarafından bilinebilecek biçimde açıklanmış olması gerekir. İdare beyanı, hukuk hayatında iradesini beyan eden kişinin kendi özgürlüğünden belirli bir fedakârlıkta bulunması anlamını taşır. Bir başka deyişle, söz vermek, bir hakkın devredilmesi olarak yorumlanmakta ve bu bağlamda idarenin ceza vermesinin sağlam bir ahlaki temeli bulunmaktadır. Krş., Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 130-131.

⁶⁰ Bu önerinin gerekçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır, s. 99-146.

büyük önemi bulunmasına rağmen söz konusu sözleşmelerin düzenlenmemesi⁶¹ ve doğal olarak bu sözleşmelerden kaynaklanan suç ve cezalara temas edilmemesi hukuki altyapı yetersizliğine yol açmıştır. Bu durum ekonomik ve hukuksal istikrarı bozucu bir nitelik taşıdığı gibi kamu istihdamında da memur güvencesi esasına aykırılık oluşturmaktadır. Ekonomik ve hukuksal güvenlik ilkeleri ile memur güvencesi ilkesine uyum sağlayabilmek için söz konusu alanlarda yeni kanunların yapılmasına büyük bir gereksinim bulunduğunu belirtmek gerekir.

İkinci olarak, idari hizmet sözleşmelerinden, kamu istikraz sözleşmelerinden ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan suç ve cezaların kanunla düzenlenmemesi, Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenen “suç ve cezada kanunilik” ilkesine uyumsuzluk oluşturmaktadır. Zira Anayasanın söz konusu fıkralarında suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken yukarıda belirtildiği üzere yalnızca ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği aranmamış, her türlü suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği ima edilmiştir. Burada idari sözleşmeden kaynaklı suç ve cezaların gerçek anlamda “suç” ve “ceza” oluşturup oluşturamayacağı sorusu akla gelebileceğinden konu hakkında ilave açıklamaların yapılması uygun olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezalar, idari suç ve cezaların kapsamına girer. İdari suç ve ceza ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve ceza arasında niceliksel veya niteliksel bir fark bulunmamakta, bahsedilen suç ve cezalar birbirinden organik ve şekli ölçütle ayrılabilir. Bu bağlamda İdare tarafından idare hukuku, özellikle idari usul kuralları uygulanarak cezalandırma amacıyla yapılan işlemler idari cezaları oluşturmakta, buna karşın, mahkeme tarafından ceza muhakemesi kuralları uygulanarak cezalandırma amacıyla verilen hükümler, ceza hukuku cezalarını oluşturur.⁶² Görüldüğü üzere idari suç ve cezalar ile ceza hukuku

⁶¹ İmtiyaz sözleşmeleri ayrık tutulursa. Bununla birlikte imtiyaz sözleşmeleri bakımından temel norm olan 1326 sayılı Kanun’un yapmış olduğu düzenlemeler; yetersiz, eksik ve hatalıdır. Kanunun yetersizlikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır, s. 97-109.

⁶² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik

suç ve cezaları ancak organik ve şekli bir ölçütle birbirinden ayrıldığına göre idari suç ve cezalar da gerçek anlamda “suç” ve “ceza”nın kapsamına girer.

Yine yukarıda belirtildiği üzere idari suç ve cezaların; halka yönelik idari suç ve cezalar ve disiplin suç ve cezaları şeklinde iki türü bulunmaktadır. Bu bağlamda idari ceza, yalnızca kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezasını, bir başka deyişle, İdarenin iç bünyesinde uygulanan cezaları değil, yalnızca kamu hizmetinden yararlanan kimseler için öngörülen cezaları da kapsar. Bu kapsamda idari ceza, örneğin; disiplin cezası olarak, idari sözleşmeden kaynaklanan ceza veya iznin iptali gibi İdareyle daha önceden ilişkisi bulunanlara uygulanabildiği gibi örneğin idari polis cezalarında olduğu gibi İdareyle daha önceden ilişki içerisinde olmayanlara da uygulanabilmektedir.⁶³

Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere idari sözleşmelerden kaynaklanan suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarının kapsamına girmektedir. Gerek Türk öğretisinde gerekse uygulamada disiplin suç ve cezalarının salt kamu görevlilerini ilgilendirdiği şeklinde bir algı bulunmaktadır. Bu algı hatalıdır. Disiplin suç ve cezaları yalnızca kamu görevlilerini ilgilendirmekle kalmamakta, bunun yanında mahkûmluk, öğrencilik, askerlik, idari sözleşme gibi kişinin idareyle arasında özel bir bağ bulunan her durumda da disiplin suç ve cezalarıyla karşılaşmaktadır.

İdari suç ve cezanın, disiplin suç ve cezası alt kümesine giren idari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanmaması, olağan olarak karşılanamaz. Zira yukarıda bahsedildiği üzere, idari sözleşmeden doğan ve idarenin uyguladığı cezalar, diğer idari cezalar ile aynı hukuksal sonucu taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, nasıl ki verilen her cezada bir özgürlük sınırlanması olgusuyla karşılaşırsa idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen idari cezalarda da özgürlük sınırlanması olgusuyla karşılaşılır. Örneğin imtiyaz sözleşmesinden kaynaklı olarak karşı âkide bir ceza uygulandığı takdirde cezanın muhatabının malvarlığı sınırlandırılmış olmakta, idari hizmet sözleşmesinin feshedilmesi durumunda kişinin çalışma özgürlüğü ortadan kaldırılmaktadır. Bu yüzden idari sözleşmelerden kaynaklı di-

İlkesi, s. 383 vd.

⁶³ Delmas ve Teitgen, s. 18, 26.

siplin cezalarının da kanuna dayanması bir gerekliliktir. Bu bağlamda idari sözleşmelerden kaynaklanan disiplin suç ve cezalarının, ancak kanun tarafından öngörüldüğü takdirde uygulanmasının olanaklı olduğunu belirtmek gerekir.⁶⁴

Burada, akla, Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen; hukuka uygun olarak yapılan bir sözleşmenin tarafların kanunu olduğunu bildiren hükmü gereği sözleşmenin taraflarınca kararlaştırılan suç ve cezaların, kanunilik ilkesinin gereğini yerine getirip getirmediği sorusu sorulabilir. Peşinen belirtmek gerekir ki Fransız Medeni Kanunu'nun söz konusu hükmü yalnızca özel hukuk sözleşmelerinde geçerli⁶⁵ olup kamu hukukunun kapsamına gi-

⁶⁴ Bazıları, idari sözleşmelerden kaynaklı suç ve cezaların, diğer idari cezalardan farklı olarak, İdarenin salt yaptırım gücüne dayalı olarak doğduğunu, dolayısıyla kanunilik ilkesine tabi tutulamayacağını ima etmektedirler. Kanımızca bu ima yerinde değildir. Zira diğer her çeşit idari ceza da İdarenin yaptırım gücünden doğmaktadır. İdarenin yaptırım gücüne sahip olması ancak kanuni dayanağının bulunması durumunda hukuki olabilir ve bir anlam ifade edebilir.

⁶⁵ Aslında Fransız Medeni Kanunu'nun "Code Napoléon" bu hükmünden, özel hukuk sözleşmelerinde yalnızca taraf iradelerinin birbirine uygunluğunun geçerli olduğu, kanun veya mahkemenin özel hukuk sözleşmelerine hiçbir şekilde müdahale etmeyeceği gibi bir sonucun çıkartılmaması gerekir. Bu sonuca ulaşmada üç gerekçe vardır. Bunlardan ilki, özel hukukta "sözleşme benzeri, akit benzeri" (quasi contract) diye adlandırılan bir takım hukuki işlemler bulunmakta ve bu işlemlere kanun veya mahkeme tarafından müdahale edilmektedir. Osmanlıca "şibh-i akit" denilen sözleşme benzeri; taraflar arasında bir anlaşmanın olmadığı durumlarda kanunun yarattığı yükümlülük anlamına gelir. Anglosakson hukukuna tabi olan ülkelerde örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde "sözleşme benzeri" kavramı; "common law" (teamüli hukuk) mahkemelerinin icat ettiği hukuksal bir faraziye olup gerçekte bir sözleşme olmadığı halde taraflar birbirine söz vermişçesine sözleşmeye dayalı olarak adaletin gerektirdiği yükümlülükleri mahkemenin sözleşmenin taraflarına yüklemesi anlamını taşımaktadır. Bu bağlamda mahkemeler, "haksız zenginleşme" (unjust enrichment) durumu ile sözleşmenin taraflarının birbirine söz vermediği ve tarafların niyeti veya iradelerinin karşılıklı olarak birbirine uyumlu olmadığı durumlarda sözleşme taraflarına birtakım zorunlu yükümlülükler öngörebilmektedir. Sözleşme benzerinin temelini, adalet ve hakkaniyet gerekleri ile haksız zenginleşme öğretisi oluşturmaktadır. Sözleşme benzeri durumunda doğan yükümlülük, sözleşmeye dayalı olarak doğmamakta, tarafların anlaşmasının yokluğu üzerine hukuk tarafından yaratılmaktadır. Örneğin, sözleşmenin tarafların birisi veya diğer bir kimse, başka bir kimsenin parası veya eşdeğer bir şeyini alıkoyarsa o kimsenin o şeyi alıkoyması, hakkaniyete ve iyi niyet kurallarına uygun düşmediğinden ona paranın veya malın iadesi mahkeme tarafından emredilmektedir. Sözleşme benzeri, daha önceleri, tarafların niyetlerini veya iradelerini göz ardı eden "hukuksal zımni akit" (contract implied in law) olarak bilinmekteydi. Sözleşme benzeri durumunda mahkemece taraflara yüklenen yükümlülük, tarafların iradelerinin aksine hatta kimi durumlarda onları düş kırıklığına uğrattıcı tarzdadır. Bkz. Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co.,

USA 1979, s. 284, 293, 1120. Sözleşme benzeri kavramı, “imalı akit, zımni akit” (implied contract) ve “pozitif akit” (constructive contract) kavramlarına benzerlik göstermektedir. Bir sözleşme türü olan pozitif akit durumunda; adaletsizliği önleyebilmek için tarafların iradelerinden doğan değil sözleşmenin uygulanması sırasında kaynaklanan yükümlülükler kastedilmektedir. Pozitif akit, kimi zaman akit benzeri veya hukuksal zımni akit olarak adlandırılmakta ve “olgusal zımni akitler”in (contracts implied in fact) tersini oluşturmaktadır. Olgusal zımni akit durumunda tarafların gerçek niyeti, onların kullandığı sözcüklerden değil de yapılan işin işleyiş tarzından çıkarılmakta ve bu akitler, gerçek akit olarak adlandırılmaktadır. Kısacası, pozitif akit durumunda, tarafların sözcüklerle veya fiilleriyle onayladıkları açıklamalara itibar edilmeyip adalet gerekçesiyle yaratılan yükümlülükler kastedilmektedir. Black’s Law Dictionary, s. 284. Zımni akit ise “açık akit” (express contract) kavramının tersini oluşturmaktadır. Açık akit durumunda, taraflar, sözlü veya yazılı olarak, sözleşmenin yapılması sırasındaki koşullar üzerinde açıkça iradelerini beyan ederek veya bildirerek tam bir anlaşma yaparlar. Buna karşın zımni akit, tarafların açık bir anlaşmasıyla yaratılmamakta veya ortaya konulmamakta, tarafların fiilleri veya davranışlardan makuliyet ve adalet gereği hukuk tarafından bir sonuç çıkartılması üzerine oluşmaktadır. Bu bağlamda, hukuki işlemin çevresini kuşatan koşulların, tarafların zımni bir anlaşmayla sözleşme yaptıklarını makul, hatta gerekli olduğunu varsaymaktadır. Zımni akitler kimi zaman “olgusal zımni akitler” ve “hukuksal zımni akitler” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Olgusal zımni akit durumunda, olgulardan bir sözleşme olduğu sonucuna varılırken, hukuksal zımni akit durumunda, tarafların açık veya örtülü anlaşma veya irade açıklamalarından değil, hatta onların iradelerine ve tasarımlarına aykırı olarak taraflara hukuk tarafından yükümlülükler konulmaktadır. Taraflara söz konusu yükümlülüğün konulmasının ana nedenini, sanki taraflar arasında bir sözleşme varmış gibi taraflar arasındaki koşulların bir tarafa hak verilmesini, buna mukabili diğer tarafa ise “yükümlülük, külfet” (obliegenheit) konulmasını gerektirmesidir. Bu tür bir yükümlülük, kişinin bir şey yapmaya söz vermiş olduğunun hukuksal açıdan varsayıldığını ve hukukun varsayımını kişinin yapmak zorunda olması esassından doğmaktadır. Bu yüzden açık sözleşme durumunda tarafların sorumluluğu sözleşmeden doğmasına karşın, hukuksal zımni akit durumunda durum tersine çevrilerek, sorumluluk yüzünden sözleşmenin zımnen var olduğu veya doğduğu anlayışı kabul edilmektedir. Ancak hukuksal zımni akit durumunda doğan yükümlülüğün sözleşmeden doğan sorumluluk olarak adlandırılması doğru değildir. Zira tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri bulunmadığından aslında ortada bir sözleşme yoktur. Bu yüzden söz konusu yükümlülüklerin “sözleşme benzeri” (quasi contract) olarak adlandırmak daha uygundur. Bkz. Black’s Law Dictionary, s. 292-293. Sözleşme benzeri kavramı, Türkiye’nin de dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde daha farklı olarak anlaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle, söz konusu hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde sözleşme benzeri; belirli konularda sözleşmenin tarafları arasında açık bir uyum veya anlaşma olmamasına karşın sözleşme ilişkisi çerçevesinde yapılan işlemlerden dolayı sözleşmenin taraflarına karşılıklı hak verilmesi ve yükümlülük yüklenmesi anlamını taşımaktadır. Yine kimi durumlarda, sözleşmenin taraflarının birbirlerine karşı, karşılıklı yükümlülük yüklediği haller ile bir kimsenin hukuki ve bütünüyle gönüllü olarak yaptığı eylemler nedeniyle üçüncü bir kişiye karşı doğan herhangi bir yükümlülüğü de sözleşme benzeri olarak adlandırılmaktadır. Black’s Law Dictionary, s. 293. İkinci olarak, sözleşme halinde hukuki sonucu yaratan hususun “kanun” olmasıdır. Gerçekten de bir hukuk işlem olan sözleşmede hukuki sonucu doğuran nedeni “kanun” (objektif hukuk) oluşturmaktadır. Nitekim Duguit, haklı olarak, sözleşmelerde bile hukuki sonucu doğuran nedenin tarafların iradesi olmayıp, objektif

ren idari sözleşmeler bakımından geçerli değildir. İdari sözleşmeden kaynaklanan suç ve cezalar bakımından kanunilik ilkesinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için idari sözleşmede ne tip suç ve cezalara yer verileceği, hangi durumlarda bu cezaların uygulanacağı ve hangi koşullarda uygulanmayacağı hususlarının kanunda tam olarak düzenlenmesi gerekir.

hukuk olduğunu belirtmektedir. Yazar, daha açık bir deyişle, beyan edilen irade ister tek taraflı isterse çok taraflı olsun hukuki sonuç doğuran nedenin daima objektif hukuk olduğunu, bunun kamu hukukunda veya özel hukukta gerçekleşmesinin bir fark yaratmayacağını savunmaktadır. Bununla birlikte yazar, günümüzde çifte doğrultuda genel bir gelişme eğiliminin doğduğunu, bu bağlamda bir yandan, özel hukukun toplumsallaşması akımının bir sonucu olarak özel hukukta hukuki sonuç doğuran tek taraflı işlemlerin sayısının arttığını, öte yandan, kamu hukuku alanında, hukuki sonucun doğması için çok taraflı irade beyanının uyumuna bağlı tutulan hallerin her geçen gün çoğaldığını, bu artışın temel nedenini egemenlik kavramının azalmasının oluşturduğunu öne sürmektedir. Duguit, s. 39, 43-44. Üçüncü olarak sözleşme halinde sübjektif bir hukuki durum bulunduğu için söz konusu durumun düzenlenmesinde kanunun azami özeni göstermesi gerekmektedir. Konu önemli olduğundan ilave birtakım açıklamaların yapılması yerinde olacaktır. Hukukta genel ve sürekli olan objektif hukuki durumların yanında özel ve geçici durumlar bulunmakta ve ancak ferden belirtilmiş bir veya birkaç kişiye karşı ileri sürülebilme ve belirli bir eda yerine getirildikten sonra ortadan kalkmaktadır. Objektif hukuki durumların tersi olan bu duruma sübjektif hukuki durumlar denilmektedir. Bu sübjektif hukuki durumların çoğu, özel hukuk veya kamu hukukunda bir sözleşmeden doğmaktadır. Yapılan bu sözleşme dolayısıyla iki kişiden birisi borç yüklenmektedir. Sözleşmenin yapılmasıyla hukuki bir durum doğmaktadır zira yüklenilen borcun yerine getirilmesi toplumsal yaptırım ile sağlanmaktadır. Ancak bu durum, yalnızca sözleşme ile bağlanan iki kişiyi ilgilendirmekte, başkaları bakımından sözleşmenin varlığı ile yokluğu arasında bir fark bulunmamaktadır. Bundan dolayı sözleşmeden kaynaklanan hukuki durum özel ve kişisel bir nitelik taşımaktadır. Bundan başka, sözleşmenin içerdiği borcun ifası ister gönüllü, isterse yaptırım ile yerine getirilsin, ifayla birlikte borç ortadan kalkmakta ve hiç sözleşme yokmuş gibi bir durum oluşmaktadır. Bundan dolayı, sözleşmeden doğan hukuki durum, sürekli olan objektif hukuki durumdan farklı olarak “geçici” bir nitelik taşımaktadır. Bkz. Duguit, s. 31. Duguit, bu sübjektif hukuki durumun çoğunun sözleşmeden doğsa bile bir kısmının “tek taraflı tasarruflar” dan (actes unilatéraux), örneğin “akit benzeri” (quasi contrat) işlemlerden doğduğunu ileri sürmektedir. Yazar, hukuki durumları objektif hukuki durumlar ve sübjektif hukuki durumlar diye ayırmanın “kanunların geçmişe uygulanması” bakımından büyük öneminin bulunduğunu, yürürlüğe giren bir kanunun objektif durumları değiştirirse de sübjektif hukuki durumu değiştiremeyeceğini, zira kamu veya özel hukuk sözleşmelerinin, yeni bir kanun ile hiçbir şekilde değiştirilmesi olanaklı olmayan sübjektif hukuki durumlar yarattığını belirtmektedir. Yazar, sözleşmenin kapsamının, tasarrufun yapıldığı anda yürürlükte olan kanun hükümleri uyarınca hukuki bir şekilde tarafların beyan ettikleri irade ile belirlenmiş olduğunu, eğer kanun koyucu yeni kanunun, sübjektif tasarruflardan, bu bağlamda sözleşmeden doğmuş bulunan durumlara da uygulanacağına karar verirse, hukukun yüce bir ilkesini, daha somut bir deyişle, “kanunların geçmişi kapsamaması” ilkesini çiğnemiş olacağını savunmaktadır. Fazla bilgi için bkz. Duguit, s. 32-33, 38.

Kaynakça

Kitaplar

- Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co., USA 1979.
- de Forges Jean-Michel, Droit administratif, Presses Universitaires de France, Paris 1991.
- Duguit Léon, Kamu Hukuku Dersleri (Çeviren; Süheyp Derbil), AÜHFY, Ankara 1954.
- Dursun Hasan, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Eisenmann M. Charles, Le droit Administratif et le principe de légalité, EDCE, 1957, s. 25-40.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Sevinç Matbaası, Ankara 1991.
- Giritli İsmet-Bilgen, Pertev-Akgüner Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2001.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Ankara 2018.
- Günday Metin, İdare Hukuku, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir 2003.
- Günday Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999.
- İnan Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Üçüncü Baskı, AÜHFY No: 479, Ankara 1984.
- Moderne Franck, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Economica, Paris 1993.
- Mireille-Delmas Marty ve Catherine-Teitgen Colly, Punir sans juger, Economica, Paris 1992.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları III. Cilt, Üçüncü Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Özay İl Han, İdari Yapıtlar, İÜHFY No.: 691, İstanbul 1985.
- Sancakdar Oğuz/Us Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Önüt Lale Burcu/Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2017.
- Ulusoy, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Makaleler, Tebliğler, Konuşmalar

- Azrak Ali Ülkü'nün Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 26-38.
- Degoffe Michel, "L'ambiguïté de la sanction administrative", AJDA, 20 Octobre 2001 spécial, s. 27-33.
- Dursun Hasan, İmtiyaz Sözleşmesinin Kanuna Aykırı Hale Gelen Mali Hükümü Tazminatsız Bir Şekilde Ortadan Kalkar mı? Terazi, Yıl: 5, Sayı: 51, Kasım 2010, s. 115-136.
- Dursun Hasan, "Yeni Bir Yetkilendirme (İmtiyaz) Sözleşmeleri Kanunu Yapılmasına Mutlak Bir Gereksinim Vardır", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 125, Yıl: 29, Temmuz-Ağustos 2016, s. 85-146.

- Gölcüklü Feyyaz, “«İdari Ceza Hukuku» Ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *AÜSBFD*, C. XVIII, S.2, Haziran 1963, s. 115-182.
- Moderne Franck, “La sanction administrative (éléments d’analyse comparative)”, *RFDA*, Mai-Juin 2002, s. 483-495.
- Sauvé Jean Marc, “Les sanctions administratives en droit public français”, *AJDA*, 20 Octobre 2001 spécial, s. 16-24.
- Soysal Mümtaz’ın Konuşması in İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim Panel, 16 Temmuz 1999, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 1999, s. 40-51.

