

# İDARİ İŞLEMDEN SORUMLULUK

## İptal Dâvası — Tam Yargı Dâvası

Prof. Dr. Lûtfi DURAN

### Giriş

Kanun Koyucunun, süre aşımı noktasından sırf ilgililer lehine olmak üzere, 521 numaralı yeni Danıştay Kanununun 71 inci maddesi ile tanıdığı bir imkânı veya hakkı, Beşinci Daire, mezkûr hükümü hiç akla gelmiyecek bir şekilde yorumlayıp uygulayarak, dâvacıların tamamen aleyhine bir içtihadla sınırlama ve kısıtlama yoluna girmiş, daha doğrusu idarî işlemlerden zarar görenleri tazminat isteyebilmek için, mutlaka bir iptal dâvası açmağa mecbur kılmıştır.

Bilindiği gibi, idarî fiil ve kararlardan dolayı hakları muhtel olanlar, tazminat talebiyle, Danıştay'da tam - yargı dâvası açabilirler. Mevzuatımızın öteden beri kabul ettiği bu tazminat dâvası hakkı, bir idarî karara ilişkin bulunduğu takdirde (1); 1965 yılından önce, Danıştay'ın bir İçtihadı Birleştirme kararına göre (2), süre aşımına uğramamak için, iptal dâvası ile birlikte yahut onun süresi içinde kullanılmak gerekirdi. Diğer bir ifade ile, tam - yargı dâva-

---

(1) Bu konunun, 21.12.1938 tarihli ve 3546 numaralı Devlet Şûrası Kanununun yürürlüğü sırasında Türk Hukukundaki ve 1945 yılına kadar Fransız Hukukundaki durumu hakkında bak.: R. Sarıca, **İdarî Kararlardan dolayı İdare aleyhine açılan tam-kaza davaları**, İst. Huk. Fak. Mec. 1944, cilt 10, Sayı: 3-4, s. 486-514 ve **İdarî Kaza**, cilt I, **İdarî davalar**, İstanbul 1949, s. 222 ve devamı s. 341 ve devamı; R. Sarıca, **İptal davasıyla tam kaza (tam yargı) davası arasındaki ilgi**, İst. Huk. Fak. Mec. 1945, cilt XI, sayı: 1-2, s. 101-153.

(2) Dâva Daireleri Genel Kurulu, 2 Temmuz 1946, Esas No. 46/11 - Karar No. 46/35; A. Şeref Hocaoğlu, **Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları 1933 - 1948**, I. Ankara, 1948, s. 103-104; D. Kararlar Dergisi, Sayı: 33, Eylül 1946, s. 11.



sının ikamesi için, önce idarî karar aleyhine iptal dâvası açılmasına lüzum olmadığı gibi; mevcut böyle bir dâvanın sonucunu beklemeğe de yer ve imkân bırakılmıyordu, zira bu arada (90) günlük süre aşımının gerçekleşeceği kabul ediliyordu.

İşte kanun koyucu, Danıştay Kanununu çıkarırken, ilgililer aleyhindeki bu içtihad ve tatbikatı bertaraf etmek maksadiyle, 71 inci maddeye şöyle yeni bir hüküm sevk etmiştir:

«İlgililer, haklarını da ihlâl eden bir idarî işlem dolayısıyla Danıştayda iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal dâvası açarak bu dâva üzerine işlemin iptali halinde bu husustaki kararın tebliği tarihinden itibaren doksan gün içinde tam yargı dâvası açabilirler. Bu halde de ilgililerin yukarıki madde (müratebe ve istit'af yolu ile idarî itiraz) uyarınca idareye başvurmak hakları saklıdır».

Bu madde hükmü, Danıştay Kanunu Tasarısının gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır :

«Halen uygulanan içtihada göre, iptali istenen bir işlem ferdin hakkını da ihlâl etmiş ise, tam yargı yani tazminat dâvasının iptal dâvası ile birlikte açılması icap eylemektedir. İtiraz olunan işlemin Danıştay'ca iptaline karar verildikten sonra bu karara dayanılarak açılan tam yargı dâvası süre aşımından reddolunmaktadır. *Bu içtihadı bilmeyen fertler mağdur olmaktadır.* Halbuki işlemin iptal edilip edilemeyeceği henüz meçhul iken mutlaka iptal edilecekmiş gibi tazminat davası açmak ve bunun için harç ödemek mantikî ve pratik bir yol değildir. Kaldı ki, işlem iptal edildikten sonra, ilgilinin idareye başvurarak tazminat istemesi mümkün ve idarenin yeniden bir dâvaya muhatap olmamak için bu isteği yerine getirmesi de vârittir. *Bu düşüncelerle, 70 (71) inci maddede iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılması yolu açık bırakıldığı gibi, iptal karardan sonra tam yargı davasının açılmasına mesaj verilmiş ve bu davanın açılmasından önce tazminat verilmesi hakkında, 69 (70) uncu madde hükmü dairesinde idareye başvurma hakkı saklı tutulmuştur.»*

Yabancı bir devlet nezdinde görevli iken merkeze dâvet edilen bir büyükelçi, Ankara'da bulunduğu sırada kendisine dâhildeki maaş esaslarına göre ödenen bir aylığı ile hariçteki tutarı arasındaki farkın tazminat olarak tediye edilmesi isteğiyle Danıştay'da bir tam - yargı dâvası açmıştır.



Beşinci Daire, bu talep hakkında, aşağıdaki 27 Nisan 1966 tarihli İLKİN kararını vermiştir:

«Hakkını da ihlâl eden bir işlem sebebiyle ilgililer tarafından Danıştay'da iptal ve tam yargı davaları birlikte açılabileceği gibi, önce iptal davası açılıp hüküm alındıktan sonra ayrıca tam yargı davası açılması mümkün ise de; iptal davasına konu olması gerekli bir hususta böyle bir dava açılmadan tam yargı davası açılması hukuken tecviz edilemez. Diğer taraftan, 521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesinde yer alan ve müstakilen tam yargı davası açılmasını öngören hüküm ancak ilgililerin hukukunu ihlâl eden idarî eylemler hakkında uygulanabilir.

Dâvacının aylığının yurt içi maası üzerinden ödenmesine dair karar bir idarî işlem ibaret olduğundan bu muamelelerin kendisine tebliğinden kanunla belli 90 günlük süre içinde iptal davası veya onunla birlikte tam yargı davası açılması halinde tetkiki mümkün olabilirdi. Kendisi hakkında uygulanan işlem ortada dururken onun sonucu olarak doğduğu iddia olunan zararın tazmini için açılan tam yargı dâvasının tetkiki mümkün değildir.

Belirtilen sebeplerle davanın reddine... oybirliğiyle karar verildi» (3).

Bu Danıştay içtihadının, sadece yukarıdaki olaya uygulanmakla kalmadığı, 521 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 1965 yılı başından bugüne kadar diğer birçok ihtilâfa tatbik edildiği ve edilmekte olduğu İLKİN ilâmının Kanun Sözcüsü ile Raportörün düşünceleri kısmında aynı yolda mütalâa serdedilmiş olmasından ve yine Beşinci Daire'ye ait 10 Nisan 1967 tarihli ve 67/2700 Karar numaralı bir hüküm fıkrasından (4) anlaşılmaktadır (5). Bu itibarla söz konusu içtihat, Danıştay içinde oldukça genel ve yaygın bir şekilde benimsenmiş görünmektedir. Biz de, Beşinci Dairenin kararından ziyade, Danıştay'ın İLKİN içtihadı, yani kararın prensip noktası üzerinde durarak, mütalâada bulunacağız.

Kanımızca, İLKİN içtihadı çeşitli sebeplerden hatalı olduğu gibi, çok sakıncalı ve zararlı sonuçlara da yol açacak niteliktedir.

---

(3) Esas No. 1965/3644 - Karar No. 1966/1685, Danıştay Kararlar Dergisi, sayı: 103-106, s. 253-255.

(4) Amme İdaresi Bülteni, Ağustos 1967, sayı: 13, s. 6, No. 3.

(5) İlerde söz konusu edilecek Danıştay Sekizinci Dairesinin 18 Nisan 1967 tarihli ve 67/1435 numaralı Kararı da (Amme İdaresi Bülteni, Ekim 1967, sayı: 14, s. 5, No. 3), Fransız Devlet Şûrasının 30 Ekim 1953 tarihli «Sorgniard», Recueil, p. 462, kararı ile yakınlaştırılırsa, İLKİN içtihadının bir sonucu ve uygulama şekli olduğu kabul edilebilir.



## I

Bu içtihat, *dâva açma süresini* düzenleyen bir madde hükmü ile *dâva hakkı meselesini* çözümlenmeğe girişmekle, daha hareket noktasında yanlış bir davranış teşkil etmiştir.

Gerçekten mezkûr kararda yer alan «*iptal dâvasına konu olması gerekli bir hususta*» ve «*müstakillen tam yargı dâvası açılmasını ön-gören hüküm*» ibareleri, Danıştay'ın «*dâva hakkı*» nı, «*dâva süresi*» içinde veya açısından mütâlâa ettiğini göstermektedir.

Oysa 521 sayılı kanunun 71 ve 72 nci maddeleri Danıştay'da *dâva açmak hakkını* değil, *bu hakkın kullanılabileceği süreleri* tayin ve tanzim etmektedir. Danıştay önündeki *dâva hakkının* türlü şekillerini, aynı kanunun 30 uncu maddesi târif, tadat ve tesbit etmekte ve fakat bunlardan hiçbirinin diğeriyle «*combiné*» veya «*accouplé*» olarak kullanılmasını derpiş ve emretmemektedir. Bu maddede, beş bend halinde ayrı ayrı zikredilen idarî *dâva çeşitlerinden* iptal, tam - yargı, sözleşme, merci tâyini ve yorum davalarının herbiri yekdiğerinden bağımsız olarak mütâlâa edildiği gibi; (B) bendinde yer alan tam - yargı *dâvalarının*, iptal *dâvasından* farklı surette, gerek idarî eylem, gerek idarî işlem dolayısıyla söz konusu olabileceği kabul edilmiştir.

Nitekim, Danıştay Kanununun idarî *dâva açma süresine* ilişkin 67 nci maddesine düzenleyici ve genel işlemler hakkında konulan yeni ve özel hüküm Gerekçede açıklanırken, aynen «*bu tasarrufların ilgililere uygulanmasından sonra da iptal veya tam yargı dâvası açmak haklarının saklı bulunduğu*» ifade edilmekle, bu iki davanın, idarî işlemde doğan zararın tazmini hususunda da, birbirinden tamamen bağımsız mütâlâa ve kabul olunduğu açıklanmıştır. Esasen Anayasanın 114 üncü maddesinin son fıkrasında, İdarenin bir yanda eylemlerinden, öte yanda işlemlerinden doğan zararların tazmini prensibi konmuş bulunduğu; Danıştay Kanununun 30 uncu maddesi (B) bendinin başka türlü anlaşılması ve uygulanması hukuken caiz ve mümkün değildir.

Öte yandan, 521 numaralı Danıştay Kanununun ve özellikle *dâva açma süresine* ilişkin hükümlerinin «*İdare hukuku prensiplerine uygun olarak*» hazırlandığı Gerekçesinde sık sık belirtildiğine göre, bu prensipleri ifade ve tesbit eden Fransız Devlet Şurasının bu bapta içtihatlarına kısaca değinmekte fayda vardır. Şöyle ki, Fransız Yüksek İdare Mahkemesi, 31 Mart 1911 tarihli «*Blanc*,



*Argeing et Bezie*» kararından itibaren, idarî işlemden mutazar-  
 rır olanların, tazminat talep ve dâva etmeden önce, bir iptal davası  
 açarak bunun butlanını hüküm altına aldırmağa mecbur olmadık-  
 larını, iptal davası süresi geçtikten sonra da bunun hukuka aykırılı-  
 ğını ileri sürerek sadece tam yargı davası ikame edebileceklerini  
 içtihad etmiş ve bu içtihadı müstemiren muhafaza ve tatbik ede-  
 gelmiştir: 30 Kasım 1962 tarihli «*Tedeshi*» kararı, Recueil p. 651.  
 Aynı içtihadın bir sonucu ve gereği olarak, daha önce açılmış bir  
 iptal davasının kabule şayan görülmeyip reddedilmiş bulunmasının  
 da, bu idarî işlemin sakatlığı dolayısıyla maruz kalınan zararın  
 tazmini talebiyle bilâhare bir tam yargı davası ikamesine mâni teş-  
 kil etmiyeceği kabul olunmaktadır: 30 Ekim 1953 tarihli «*Sorgniard*»  
 kararı, Recueil, p. 462. Şu kadar ki, kesinleşmiş ferdî bir işlemin  
 hukuka aykırılığına binaen ileri sürülecek tazminat talepleri, ancak  
 önceki iptal davasında iddia edilen sakatlık sebebine istinad etme-  
 mek ve pratik olarak iptal davasının sonuçlarını doğurmamak ka-  
 yıt ve şartı bir arada bulunmadığı takdirde, sonradan açılacak tam  
 yargı davasında kabul edilebilir. Bidayette memuriyet ihtilâfları  
 vesilesiyle ortaya çıkan bu son içtihat (8 Ocak 1954, *Lefevre*, R. p.  
 17, 2 Mayıs 1959, *Lafon*, R. P. 282; 26 Ekim 1960, *Bara*, R. p. 1089)  
 bilâhare, bütün konulara teşmil ve tatbik edilmiştir (17 Mart 1961,  
*Rouquette*, Rp. 192, 2 Temmuz 1965, *Delobel*). Bununla beraber,  
 tazminat davası süresini idarenin yazılı bildiriminden başlatan 7  
 Haziran 1956 tarihli kanunun yürürlüğe girmesinden önce, zımnî  
 red kararına da uygulanan bu içtihadın, artık İdarenin sükûtu ha-  
 line kabili tatbik olmadığı sanılmaktadır: 5 Ocak 1966 tarihli «*Ga-  
 con*» kararı, *Actualité Juridique*, 1966, p. 53. Fakat her halükârda  
 yukarıda izah edilen sebep ayniyeti ve sonuç eşdeğerliği şartları  
 gerçekleşmedikçe, iptal davasının reddinden sonra dahi aynı konu-  
 da tazminat davası açılması mümkündür: 14 Ekim 1960 tarihli  
 «*Laplace*» kararı Recueil, p. 541, 30 Kasım 1962 tarihli «*Tedeshi*» ka-  
 rarı, Recueil, p. 651 (6).

Yeni Danıştay Kanununu hazırlıyanlara kaynak veya dayanak  
 olan İdare Hukuku prensiplerinin belirlediği Fransız Devlet Şûrası-  
 nın İçtihadı da, iptal davası ile tam yargı davasının yekdiğerinden  
 tamamen müstakil olduğunu ve İdarî işlem dolayısıyla iptal hük-

(6) R. Odent (Fransız Devlet Şûrası Deavi Dairesi Başkanı), *Con-  
 tentieux Administratif*, 1965-1966, Les Cours de Droit, Paris 1966, p. 893-894.



mü istenmeden ve alınmadan tazminat talep edilebileceğini açıkça göstermektedir.

Bu itibarla ilgililer, haklarını ihlâl eden bir idarî işlemde dolayı yalnız tam - yargı davası açabilecekleri gibi, dilerlerse sadece bir iptal dâvası ikame edebilir, yahut her iki davayı da açabilirler. Çünkü dâva açmak, bir ödev veya yüküm değil, ilgilinin yararlanıp yararlanmamakta serbest ve muhayyer olduğu bir Anayasa hakkıdır. Her ne kadar kanun koyucunun, bu hakkı kamu yararı veya kamu düzeni mülâhazası ile sınırlayabileceği hatıra gelirse de; bunu açık ve seçik olarak ilgili maddede yapması gerekli olduktan başka; fertleri dâva açmağa zorlamanın kamu yararına ve düzenine ne gibi hizmette bulunacağı cayı sualdir. Kaldı ki, Anayasanın yukarıda belirtilen 114 üncü maddesinin 3 üncü ve son fıkrası hükmü, bu yolda bir sınırlamaya ve düzenlemeye elverişli değildir. Bununla beraber, idarî işlemde dolayı açılacak tam - yargı dâvasının mutlaka iptal davası ile «combiné» veya «accouplé» olması gerektiğine işaret ve delâlet eden herhangi bir ifade ve kayıt, 521 sayılı kanunun, ne dâva hakkını tesbit eden 30 uncu maddesinde, ne de bu hakkın kullanılmasını süre bakımından düzenleyen 71 inci maddesinde vardır. Bilâkis, mezkûr 71 inci madde hükmü, ilgilileri bu kabil ahvalde açılacak dâvaları birleştirmekte veya ayırmakta muhayyer bırakmakla, yukarıda açıklanan 30 uncu maddenin tanıdığı «dâva hakkı»nın kullanılmasındaki anayasal serbestlik ilkesini teyid etmektedir.

Binaenaleyh ilgililer, idarî işlemde doğan zararlarını, iptal davası açmadan da, münhasıran bir tam - yargı davası ile tazmin ettirebilirler.

## II

Danıştay'ın İLKİN içtihadının dayandığı esas, idarî işlemlerden neş'et eden zararların, ancak bunların hukuka aykırılığı sebebiyle ve iptal edilmeleri halinde kabul edilebilecek «hizmet kusuru»na binaen tazmininin mümkün ve caiz olduğudur. Filhakika inceleme konusu karar, 71 inci maddenin «işlemin iptali halinde» kaydına müvazi olarak, «hüküm alındıktan sonra» şeklinde ibaresi ile, idarî işlemlerden dolayı İdarenin sorumlu tutulabilmesi ve tazminata mahkûm edilebilmesi için, bunların batıl olması ve ayrıca butlanın



hükme bağlanmış bulunması gerektiğini ifade eder görünmektedir.

Halbuki İdarenin sorumluluğu konusunda, böyle bir İdare Hukuku esası bulunmadığı gibi; Anayasamızda ve kanunlarımızda bu yolda bir hüküm de mevcut değildir. Aksine Anayasanın 114 üncü maddesinin son fıkrasındaki, «İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür» hükmü ile genel ve adetâ objektif sorumluluk ilkesi kabul edilmiş, 521 sayılı kanunun 30 uncu maddesinin (B) bendinde, iptal davasından farklı olarak, tam - yargı, tazminat davasının sebebi veya sebepleri gösterilmemek suretiyle, bu husus Danıştay'ın içtihadına bırakılmıştır.

Herşeyden önce, 71 inci maddedeki «işlemin iptali halinde» kaydının, idarî işlemde dolayı idarenin mes'uliyeti cihetine gidilebilmek için iptal davası açılması ve butlana hükmedilmesi lüzumuna delâlet etmediğini belirtelim. Şöyle ki, mezkûr madde, İdarenin sorumluluğu esasına değil, tam - yargı dâvasının usulüne ilişkin bir hükümdür ve Tasarı Gerekçesinde açıklandığı üzere, sırf ilgililer lehine konulmuştur ve davacıların harç ve vekâlet ücretine mahkûm edilmelerini önlemek maksadına matuftur. Aksi mülâhaza edilirse, yani 71 inci madde, idarî işlemlerden dolayı İdarenin sorumlu tutulması için iptal dâvası açılarak butlan hükmü elde edilmiş olması şartını koyan bir «esas hüküm» sayılırsa; her «işlemin iptali halinde» behemehal ve mihanikî surette İdarenin tazminata mahkûm olacağı da kabul edilmek gerekir. Oysa, özellikle Danıştayın içtihadına göre, idarî işlemlerdeki her hukuka aykırılık, iptali mucip olsa bile, İdarenin sorumluluğunu davet etmez; ancak vahim ve bariz butlan halleri «ağır hizmet kusuru» teşkil eder ve tazminata sebep olabilir.

Şu halde, bugün de iptal - tam yargı «combiné» davasında olduğu gibi, ilgililerin muhakeme masraflarına mahkûmiyeti göze alarak, iptal dâvası açmadan, idarî işlemde dolayı tam yargı davası ikame etmelerine engel olan kanunî bir hüküm sözkonusu değildir. Zira, şimdi açıklanacağı üzere, İdarenin işlemlerinden dolayı sorumluluğu, her zaman ve mutlaka bunların butlanı sebebine ve iptal hükmünün mevcudiyetine müpteni olmayıp, objektif esaslara binaen de tahakkuk edebilir, veya işlem hukuka uygun olmakla beraber, yapılması başka sebeplerle hizmet kusuru sayılarak, yahut işlemin butlanı tam yargı davası zımında tesbit olunarak «hizmet kusuru» esasına göre tazminata hükmedilebilir.

Gerçekten bu üç halde işlemde doğan zararın tazmini cihetine



gidilebilmesi için, önce bir iptal dâvası açılmasına ihtiyaç ve lüzum yoktur. Çünkü,

A — İdare, bazı hallerde ve şartlarla, Hukuka uygun olan işlemlerinden dolayı, «*kamu külfetleri karşısında eşitlik*» «*muhatarâ*» (risque) veya «*sebepsiz iktisap*» gibi, objektif esaslara göre, kusursuz surette malî mesuliyete muhatap olabilir.

Örneğin, mevzuata uygun bulunan bir yönetmelik belli bir veya birkaç kişiye zarar iras etmiş olsa, Devletin zabıta kuvveti bir mahkeme kararının infazı için haklı bir sebeple yardımını reddetse; bir evin usulü dairesinde istimval edilmesinden sahibi bir zarar görse veya Hükümetin sahih ve muteber bir emri gereğince muharebe bölgesindeki görev yerini terketmemesi yüzünden bir konsolos zarara uğrasa; İdare, ağır ve özel sonuçlar doğuran bu durumlarda tazminata mahkûm edilebilir (7).

Fransız Devlet Şûrası, 30 Kasım 1923 tarihli meşhur «*Couitéas*» kararından beri, gerek tanzimî, gerek ferdî hukuka uygun işlemlerden mütevellit zararlardan bazan İdareyi sorumlu tutmaktadır. Bu içtihadın son ve en ilginç misâli, 22 Şubat 1963 tarihli «*Commune de Gavarnie*» kararıdır ki, Belediye Başkanının usulü dairesinde bir yolun trafik istikametini ve geçiş şeklini değiştirmiş olması sebebiyle, turistik eşya satan bir dükkân sahibinin kazancının azalması sonucu uğradığı zararın tazminini kabul etmiştir. Bunun gibi, bir belediyenin imar plân ve düzeninin mevzuata uygun şekilde tadili yüzünden, belli bir veya birkaç gayrimenkul sahibi ağır ve olağanüstü zarara maruz kaldığında, İdare bunu, külfetlerde eşitlik ilkesine göre ödemelidir. Nitekim Danıştay Altıncı Dairesi, 13 Temmuz 1965 tarihli «*Çelik ve Arkadaşları*» kararında (Esas No. 1964/4779-Karar No. 1965/1953 yayınlanmamıştır.), bu konu ile ilgili olarak ayrı ayrı açıldığı anlaşılan iptal davası ile tam yargı davasının birleştirilmesi istemini reddetmiş ve zararı müeddi olan «2 numaralı parsel üzerine yapılan bina imar plânına uygun olarak verilen ruhsatnameye dayanılarak tesis edilmiş bulunduğundan yıktırılması hakkındaki talebin kabulüne imkân» görmediği halde; İdarenin hiz-

(7) Odent, *op. cit.* p. 957-960. - A. de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 4e éd., Paris, 1967, No. 1186-1188, p. 641-642. - M. Wailine, *Traité de Droit Administratif*, 9e éd., Paris 1963, No. 1571-1574, p. 886-888, No. 1583-1586, p. 891-894 - Benoit Jeanneau, *La Responsabilité du fait des règlements légalement pris*, in *Mélanges Savatier*, Paris 1965, p. 375 - 393.



met kusurundan hiç bahsetmeden, mücerret Anayasanın 114 üncü maddesine istinaden, «*dâvacıların bina değerlerindeki azalmadan mütevellit ve İstanbul Belediyesinin işlemlerinden ileri geldiği anlaşılan zararın... tazmini icap ede*» ceği içtihadında bulunmuştur.

Bütün bu hallerde, ilgilinin hakkını ihlâl eden bir idarî işlem mevcut ise de; bunun mevzuata ve hukuka uygun olması dolayısıyla, iptali veya butianının tesbiti mümkün bulunmadığından tam - yargı tazminat davası açılabilmesi için evveleminde iptal davası ikame edilmesi şart koşulamaz.

Nitekim Danıştay 12 nci Dairesi, İdarenin önce verdiği izni «bilâhare teemmül eylediği mahzurlara mebni iptal» veya «eski tasarruflarından rücu» etmesi, yani işlemlerini geri alması, bazı hallerde ve şartlarla, Hukuka uygun olsa bile, ilgililerin bu yüzden uğradıkları zararları tazmin ile mükellef tutulabileceğini içtihad ve kabul eylemiştir (27 Ekim 1966 tarihli, Esas No: 1966/450 - Karar: No: 1966/3011; 16 Kasım 1965 tarihli, Esas No: 1965/2948 - Karar: No: 1965/1066, Dinçer, Çırakman ve Necipoğlu, *Danıştay Kararları*, 1965 - 1967, Ankara, 1967 s. 202, No. 343 ve s. 218, No. 366). Keza Danıştay Onikinci Dairesi, 23 Aralık 1966 tarihli ve «*Arçelik A.Ş.*» kararıyla, Gümrük Kanununun 5 inci maddesinin bir kanunla kaldırılması üzerine düzenlenen yeni giriş tarife cetvelindeki pozisyonlar gereğince eskiye nisbetle fazla tarh ve tahsil edilen vergiden dolayı zarara uğradığını iddia eden ve bu farkın tazminini isteyen bir firmanın tam yargı davasını, daha önce gümrük vergisi tarhiyatının itiraz ve dâva konusu yapılmamış olmasına rağmen ve muhtemelen bu noktadan ileri sürülen def'i varit görmeyerek, iptidaen kabul etmiş, uyuşmazlığın esasını incelemiş ve neticede, «kanun hükümlerinin tatbikinden doğan bu muamelelerden dolayı idare (nin) tazminatla yükümlü tutulamıyacağı» gerekçesiyle, tazminat talebini reddetmiştir (Esas No. 1965/3669 - Karar No. 1966/547, K. Dergisi, Sayı: 100 - 102, s. 401 - 403).

Onikinci Dairenin bu içtihadı, 521 sayılı Danıştay Kanununun genelliği ve eşitliği esasına sadık kalabilmek için, dava yolu ile iptal veya tazminat davası zımında butlanının tesbit edilmesi kabil olan idarî işlemlerden dolayı açılacak tam yargı davalarına da teşmil ve tatbik edilmek lâzımdır.

B — Hukuka uygun işlemlerden münbais zarar, İdarenin başka yönden «*hizmet kusuru*» sebebiyle meydana gelmiş olursa; yine



bunun iptaline imkân ve mahal bulunmadığından, doğrudan doğruya tam - yargı tazminat davası açmak zorunluğu vardır.

Şöyle ki, Danıştay Beşinci Dairesi önünde dava konusu olan bir hadisede, bir hekim, sekreteri olduğu bir dernek adına yurt dışında meslekî bir kongreye katılmak üzere, Dışişleri Bakanlığında harcırah avansı almış ve bunu sarfetmiştir. Ancak kongre dönüşünde, hekimin verdiği harcırah beyannamesi Bakanlıkça kabul edilmeyerek, kendisine ödenen avans para da geri alınmıştır. Beşinci Daire, bu idarî işlemin iptali için hekim tarafından açılan davayı, 29 Mayıs 1967 tarihli ve 1967/3267 numaralı Kararla, kongreye katılma hususunda Bakanın onayı bulunmadığı ve ilgilinin bakanlıklara veya diğer Devlet dairelerine mensup bir şahıs olmadığı mucip sebebine binaen, avansın geri alınmasında kanunsuzluk bulunmadığından, reddetmiştir (Amme İdaresi Bülteni, Ağustos 1967, Sayı: 13, s. 6, No. 4). Bu karar özeti altındaki notun anonim yazarı, İLKİN içtihadına uygun olan aynı dairenin yukarıda zikredilen 10 Nisan 1967 tarihli ve 67/2700 numaralı kararı ile bir yaklaştırma yaparak, «Ret kararını aldıktan sonra davacı, zararını doğuran bu olayda idarenin kusurlu olduğunu ileri sürerek tazminat davası açabilecek midir?» diye sormakta ve çok doğru ve yerinde bir mütalâa ile «Kanunun lafzına değil de maksadına önem verilmesi halinde, bu olayda iptal davasının reddolunmuş bulunmasına rağmen, kusura müsteniden açılacak tazminat dâvasının esastan incelenmesi gerektiği sonucuna varılabilir». demektedir.

Gerçekten, Dışişleri Bakanlığının avansı istirdat işlemi malî mevzuat bakımından belki sahih ve muteberdir, yani iptali mucip değildir; fakat aynı İdare, dâvacı hekime avans vermek suretiyle, kongreye katılması hususunda itimada şayan bir şekilde iradesini bildirmiş bulunduğuna göre; ilgilinin bu iş için ihtiyar ettiği masrafları, kongreye izam muamelelerindeki hizmet kusuru sebebiyle, tazminat olarak ödemekle yükümlü tutulmalıdır.

Nitekim buna benzer bir olayda, Beşinci Daire, 14 Mayıs 1967 tarihli ve 1967/4844 numaralı bir kararla, «kanuna aykırı tayin yapmanın ve bu suretle eylemli olarak görev yaptığı halde aldığı ücretlerin geri alınmasına sebep olmanın tazminatı gerektirir bir hizmet kusuru olduğunu belirterek davacının maruz kaldığı zararın kendisine ödenmesine oybirliğiyle» hükmetmiştir (Amme İdaresi Bülteni, Ağustos 1967, Sayı: 13, s. 6. No. 1). Her ne kadar bu karar, «kanuna aykırı tayin yapmanın» «hizmet kusuru olduğu» gerekçesiyle İdarenin sorumluluğunu kabul etmiş görünmekte ise de, ha-



kikati halde, tazmin mükellefiyetini doğuran sebep, ilgiliye «*bu suretle eylemlî olarak görev yaptırması*» dır. Filhakika bu olayda İdarenin, D cetvelinde ücretle taşrada görevli olan davacıyı, Memur Kanununa ek 5439 sayılı kanunun 2 nci maddesi dairesinde, merkezde çalıştırmasını Sayıştay'ın uygun bulmayarak, kendisine ödenen aylıkları sorumlu saymana zimmet çıkarması ve tazmin ettirmesi üzerine, sayman Adliye mahkemesinde ilgiliye rücu ile bu tazminat borcunu asıl âhizinden tahsil etmiş, hizmetli de vâki mesaisinin karşılığını Danıştay'da Bakanlığından istemiş olduğuna göre; hükmedilen tazminat, tayin işleminin mevzuata aykırılığından ziyade, *istihdam durumunda* görülen hizmet kusuruna dayandırılmıştır.

Şayet İdare, hizmetliyi merkezde çalıştırma konusundaki tayin işlemini kendisi geri almış veya kaldırmış olsaydı da, ilgili bu son tasarrufa karşı dâva açmış bulunsaydı, Danıştay hiç şüphesiz yapılan muamele mevzuata ve hukuka uygun olduğu için, bu talebi reddedecekti ve fakat arada geçen süreye ait ücretlerin iade veya istirdadını yine kabul etmiyecekti.

Binaenaleyh, her sahîh ve muteber idarî işlemin hiçbir halde ve surette hizmet kusuruna sebebiyet vermeyeceğı ve binnetice İdarenin mes'uliyetini gerektirmeyeceğı katiyetle söylenemez.

C — Şimdi bir ileri aşamaya daha geçerek, bâtil bir idarî işlemin, iptaline dair hüküm alınmadan, hizmet kusuru ve İdarenin mesuliyetine sebep sayılıp tazminata karar verilmesi için açılan bir tam yargı davası zımında, butlanının tesbit edilip edilemiyeceğini araştıralım.

Sanırım ki, Danıştay'ı İLKİN içtihadına sevkeden en önemli ve kuvvetli etken, bu noktada belirmiştir. Şöyle ki, bir idarî işlemin sakatlığı süresi içinde müstakîl bir iptal talebi veya dâvası olmadan, sırf tam yargı dâvası dolayısıyla nasıl tesbit edilip, tazminata esas alınabilecektir ve, bu arada iptal dâvası süresi geçmiş bulunacağından, kesinleşen işlemin ve ona dayalı muamelelerin akıbeti ne olacaktır?

Bu iki yanlı meselede asıl tereddüdü mucip olan nokta, süresi içinde iptali istenmeyen işlemin, başka bir vesile ile yargı mercii tarafından tetkik ve münakaşa edilip edilemiyeceğidir. Danıştay'ın İLKİN kararında mündemiç olan içtihadı göre; böyle bir inceleme ve tartışma yapılamaz. Ancak Yüksek Mahkeme, bu içtihadının gerekçesini açıklamamıştır. Öyle sanıyorum ki, Danıştay, bir idarî



işlemin sakatlığının, ancak ve yalnız iptal dâvası yolu ile ortaya konabileceğini ve süre aşımı dolayısıyla bu yol kapandıktan sonra, artık bunun yargı mercii önünde sözkonusu dahi edilemeyeceğini düşünmektedir.

Bu görüş gerek Danıştay Kanunu hükümleri, gerek İdare Hukuku esasları karşısında doğru ve yerinde sayılamaz. Gerçekten 1965 den önce Yüksek Mahkemenin içtihadı ve o tarihten beri 521 sayılı Danıştay Kanunu (m. 67/3), hiç değilse düzenleyici ve genel tasarrufların ilânından (90) gün geçtikten, yani süre aşımı tahakkuk ettikten sonra da, uygulama işlemleri vesilesiyle sıhhat ve muteberiyetlerinin tetkik ve münakaşa edilebileceğini kabul etmekte idi ve etmektedir. Her ne kadar burada, ferdî işleme karşı açılan bir iptal dâvası içinde tanzimî tasarrufun da *iptali talebi* mevcut ise de; normal süresi geçmiş bir işlemin müstakil bir dava konusu olmadan da sakatlığının araştırılmasına cevaz ve imkân verildiği şüphesizdir.

Bunun gibi, 521 sayılı Danıştay Kanunu 30 uncu maddesinin (E) bendindeki idarî işlemin «*şumulünün*» tâyini tabiriyle, alanı biraz daha genişletilen yorum davasını, Yüksek İdare Mahkemesi bir muteberiyet dâvası (*recours en appréciation de validité*) niteliğinde kabul ve tatbik ederse; süre aşımına uğramış ferdî muamelelerin de mevzuat ve Hukuka uygunluğunu, başka konularda kendi önünde açılan dâvalar dolayısıyla pek âlâ inceleyip tartışabilir ve gerektiğinde aykırılığını tesbit ve beyan edebilir.

İşte İdare Hukukunda, «*butlanın tesbit ve beyanı*» denilen bu ameliye, özellikle tam yargı, tazminat dâvalarında yargı mercilerinin tabiî ve zarurî yetkisi içinde sayılmakta ve, iptal hükmüne müncer olmayıp, sadece, o uyuşmazlıkta ve taraflar hakkında geçerli ve etkili sayılmak üzere, tanzimî veya ferdî tasarrufun sakatlığını ortaya koymaktadır. Gerçekten, tam yargı hâkimi, önüne getirilen dâvayı çözümleyip bir karara bağlayabilmek için, tarafların ileri sürdüğü maddî ve hukukî bilcümle iddia, müdafaa, sebep ve delilleri serbestçe tetkik ve takdir etmek zorunda bulunduğundan, zarara sebebiyet veren idarî işlemin sıhhat ve muteberiyetini araştırıp tesbit ve beyan etmek yetkisine de sahip kabul edilmektedir. Hattâ tam yargı davalarının bir türü olan idarî sözleşme uyuşmazlıklarında yargı mercii, âkid tarafın, kendisi hakkında İdarece alınan tek taraflı kararlardan dolayı, bunların Hukuka ve özellikle mukaveleye aykırılığı sebebiyle açacağı davayı (müstakil bir iptal davası şeklinde mütalâa ve telâkki etmek hukuken kabil



olmadığından) hükme bağlarken, ister istemez önce bu idarî işlemlerin iptaline dahi karar verecektir (8).

Bu itibarla Danıştay, davacı ayrıca ve açıkça iptal talebinde bulunmasa bile, tam yargı davasını idarî işlemin hukuka aykırılığı sebebine dayandırdığı için, butlan iddiasını, re'sen değil, ilgilinin süresi içindeki tazminat talebi dolayısıyla inceleyip karşılamış olacaktır. Ancak Yüksek Mahkeme bu halde, idarî işlemin sadece butlanını tesbit ve beyanla yetinip, «*erga omnes*» iptali cihetine gitmeyecektir.

Böyle bir mekanizma ve sonuç, ne idare yargı mercii ve usulü, ne de dâvanın tarafları ve üçüncü şahıslar bakımından herhangi bir mani ve mahzuru da tazammun etmemektedir. Bilâkis, bu suretle İdare, tazminat mukabilinde işlemini iptalden ve kendisini başka mesuliyetlerden kurtarmış, davacı zararını tâmir ve telâfi ettirmiş, üçüncü şahıslar da bâtil kararlarla teessüs eden durumlarını muhafaza etmiş olurlar. Yargı merciinin, bir «*hâdis mesele*» şeklinde, herhangi bir idarî işlemin hukuka uygunluğunu takdir ve tesbit etmesi ise, yukarıda belirtildiği gibi, tabiî ve zarurî yetkileri cümlesindedir. Kaldı ki, idarî işlemler, yargı kararları gibi, dava süresinin geçmesi ile kaziyei muhkeme halini almadığı için, ilgililer ve üçüncü şahıslar aleyhine olmamak kaydıyla, İdarece her zaman düzeltilip değiştirilebileceğine göre; yargı mercileri tarafından bir uyuşmazlığın çözümlenmesi sırasında evleviyetle tetkik ve münakaşa edilip, bunların butlanı tesbit olunabilir.

Nitekim Danıştay iptal dâvası zımında da, ihtilâflı kararın çeşitli yönlerden ve özellikle şekil ve usul, yetki, sebep ve konu bakımından sakatlıklarını incelerken, bu unsurları oluşturan veya onlara mesnet teşkil eden idarî işlemlerin sıhhat ve muteberiyetini bazan resen bile araştırıp tesbit etmek mevkiindedir.

Bunun gibi, Danıştay 10 uncu Dairesi, İdarenin hizmet süresini yanlış hesaplaması veya emekliye irca işlemini geçmişten yürütmesi sebebiyle T. C. Emekli Sandığına aylık bağlanmamış olması yüzünden ilgili memurların yoksun kaldıkları maaşlarına karşılık tazminata hükmederken, daha önce gerek Kurumun, gerek Emekli Sandığının kararları aleyhine süresi içinde iptal davası açılıp but-

(8) Bittabî İdare Hukuku esasları ortada iken, Amerikayı ve yerçkimini yeniden keşfe kalkışır gibi davranmazsa: Yıldırım Uluer — **Sözleşmeli Personel — İdarî sözleşmeler**, Ank. Huk. Fak. Der., 1965-1966, cilt XXII-XXIII, sayı: 1-4, sahife 215-238.



lanın tesbit ettirilmiş bulunmasını aramamış, bu hukuka aykırılıkları tam yargı zımında kendisi tetkik, kabul ve beyan ederek hizmet kusuru saymıştır. (26 Nisan 1966 tarihli, Esas No. 1965/3572 - Karar No: 1966/972; 28 Aralık 1966 tarihli, Esas No. 1966/541 - Karar No. 1966/3490, Dinçer, Çırakman ve Necipoğlu, *Danıştay Kararları*, 1965 - 1967, Ankara, 1967, s. 206 No. 348 ve s. 209 No. 353).

Binaenaleyh, idarî işlemde dolayı açılan tam yargı, tazminat dâvasında, daha önce veya aynı zamanda iptal talebinde bulunulmamış ve bu bapta hüküm alınmamış olması, Danıştayca işlemin butlanının, sadece o uyuşmazlıkta ve yalnız taraflar hakkında geçerli ve etkili sayılmak üzere, tesbit ve beyan edilmesine gerek süre aşımı, gerek «*ultra petita*» kaidesi açısından hiçbir engel ve şakınca yoktur. Yüksek Mahkeme bu suretle, zarara sebebiyet verdiği iddia olunan idarî işlemin Hukuka aykırılığını, sakatlığını tesbit ile hizmet kusuru sayarak, tazminata hükmedebilir.

### III

Şimdi de İLKİN içtihadının uygulamada karşılaşacağı güçlükleri ve doğuracağı sakıncaları gözden geçirelim.

A — Bu içtihad, idarî işlemlerin hakları ihlâl etmesi halinde uygulanacağına göre; bu halin nasıl ve ne zaman gerçekleşmiş olacağını iyice belirlemek lâzımdır. Oysa bu iş, ilk bakışta sanıldığı kadar kolay değildir.

Çünkü çoğu kimsenin kabul ettiği gibi, idarî işlemler doğrudan doğruya hakları ihlâl etmez; ancak idare tarafından bir eylemle tatbik ve icra edilmekle zarar doğurabilir. Şu halde, bu anlayışa göre, idarî işlemlerden dolayı açılacak tam - yargı dâvaları hiçbir zaman mücerret işlemde doğan bir zararın tazmini talebi niteliğini taşımayacak, her halükârda bir idarî eylemin tevhit ettiği zararın tâmir ve telâfisini hedef tutacaktır. Böyle olunca, idarî işlemde dolayı açılacak tazminat dâvasına, Danıştay Kanununun, önce bir iptal davasının ikâmesini gerektiren İLKİN içtihadı ile kabul edilen, 71 inci maddesi değil, idarî eylemde mütevellit zarar için, bunu öngörmeyip, sadece İdareye başvurmayı zorunlu kılan 72 nci maddesi hükmü uygulanabilecek veya uygulanmak icabedecektir.



Gerçekten idarî kararların mücerret ittihaz ve işaasının nâdir ve istisnâî hallerde bir hakkı ihlâl etmesi mümkün ve muhtemel olmakla beraber; asıl ayırd edilmesi gereken ve zor olan husus, zararı doğuran idarî eylemlerin, bir idarî işlemin uygulanması sonucu olup olmadığıdır. Zira her idarî eylem, uzak veya yakın, mutlaka bir idarî işleme bağlanabileceği gibi; bir eylemin idarî niteliği, sadece idareden sâdir olmasına değil, bir idarî işleme dayandırılabilmesine vabestedir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi, İdareye ait motörlü araçların yaptığı kazalardan çıkan ihtilâflarda görevli yargı merciini tayin ederken, sürücünün bir idarî işlem gereğince hizmet ifa edip etmediğini araştırmakta ve ona göre İdare veya Adliye mahkemelerini yetkili kabul etmektedir. Bu bakımdan, idarî işlemden mücerret saf idarî eylemler, sırf idarî kararın ittihazı ve işaası dolayısıyla hakkın ihlâl edilmesi halleri kadar az ve olağanüstüdür.

Binaenaleyh, Danıştay Kanununun 71 inci maddesine uygulama alanı bulabilmek ve bunu iyice belirtmek için, ya «idarî eylem» kavramını daraltmak, ya da «idarî işlem» den dolayı zarar kavramını genişletmek gerekir. Ancak her iki yönden de bir sınırlamanın şaşmaz ve kesin bir formülle yapılması, imkânsız değilse, herhaide pek müşküldür.

Nitekim Beşinci Daire, İLKİN olayında «dâvacının aylığının yurt içi maaşı üzerinden ödenmesine dair karar bir idarî işlemden ibaret olduğundan» şeklindeki gerekçe ile, tazminat talebini Danıştay Kanununun 71 inci maddesi kapsamına sokmak için, aylık ödenmesi eylemini maaş bordrosuna sun'î olarak bağlayıp, idarî işlemden dolayı hakkın ihlâl edilmiş bulunduğunu kabul zorunda kalmıştır.

Oysa maaş bordrosu, içinde imzaları bulunan memurlara değil, parayı ödeyecek olan sorumlu muhasibe hitap eden ve onun hakkında lâzımülicra ve ittiba bir işlemdir ve Anayasanın 114/2 ile Danıştay Kanununun 67 nci maddeleri gereğince, idarî dâvaya konu ve dâva açma süresine başlangıç teşkil edebilecek ilgililere bir yazılı bildirim değildir. Bu itibarla, aylık ödenmesi ameliyesi, ilgili memurlar bakımından, bir idarî işlem olmayıp, bir idarî eylemden ibarettir, denilebilir. Fakat dâvacının talep ettiği yurt dışı ve içi aylıklar arasındaki farka tekabül eden tazminat, maaş bordrosu yahut itâ emri idarî işleminden ileri geldiği için, bu muameleye sırf idarî eylemden dolayı hakkın ihlâli nazarı ile de bakılamaz.

Kanımızca Büyükelçi İlkin, sadece 1964 Aralık ayına ait maaş



farkını tazminat olarak talep ettiğine göre; bu olayı ödeme idarî eyleminden hakkın ihlâli niteliğinde mütalâa ve kabul etmek daha doğrudur. Bu takdirde, Danıştay Kanununun 72 nci maddesi hükmünce, ilgilinin evvelâ bakanlığa başvurup bu zararının karşılanmasını istemek, talebi sarahaten veya zimnen reddedilirse tam yargı, tazminat davası açmak durumunda olduğu kabul edilerek, dilekçesinin mükaddem karara dayanmadığı gerekçesiyle iptidaen reddi cihetine gidilirdi. Ancak, ara yerde, yani Danıştay'ın red hükmü ısdar ve tebliğ edilinceye kadar, mezkûr maddedeki bir yıllık İdareye başvurma süresi geçmiş olacağından; davacı yine ihlâl edilen hakkını yargı yolu ile tamir ve telâfi ettirmek imkânından yoksun kalacaktı.

Onun için, bu kabil küçük meblâğları kapsayan zararların karşılanmasında, Fransız Devlet Şûrasının 8 Mart 1912 tarihli «Lafage» kararında beliren içtihada imtisalen, ilgililerin İdareden aldıkları ilk veya red kararları aleyhine açacakları dâvaları iptal davası niteliğinde telâkki ve intaç etmek, adalete ve hakkaniyete en uygun hal suretidir. Özellikle memur maaşlarının her ay tekerrür eden ve yenilenen bir işlemle ödenmesi dolayısıyla, ancak dava açıldığı tarihten önceki üç aylıktan fazlasının süre aşımına uğrayıp gelecek aylara ait hakları dava konusu içinde sayan Danıştay içtihadı, «Lafage» kararının bizde de genel olarak her alanda benimsenmesine imkân verecek niteliktedir.

Her ne ise önemli olan cihet, bu uyuşmazlığın çözüm şekli değil, bir hakkın ihlâlinin idarî işleminden mi, yoksa idarî eylemden mi ileri geldiğini kesinlikle teşhis ve tefrik etmek mümkün olmayan bu konudaki çetin ve nazik bir meselenin ilgililerce isabetle halledilmesini gerektiren İLKİN içtihadının büyük sakıncalar ve zararlar taşımasıdır.

B — İlgililer ile yargı merciinin, zarara sebebiyet veren şeyin idarî işlem olduğunu isabet ve katiyetle tâyin ve tesbit edebildikleri hallerde de, iptal ve tam yargı davalarının süre başlangıçlarının ekseriya aynı olması dolayısıyla, bazı güçlüklerle maruz kalınır; hakkaniyet ve adalete aykırı sonuçlara varılır.

Gerçekten, bir idarî işlemin iptal davasına konu olabilmesi için bir menfaati ihlâl etmesi yeterli ve fakat bu dâva süresinin işlemeye başlaması için, yazılı bildirim veya usulü dairelesinde ilân şarttır. Buna mukabil aynı idarî işleminden dolayı bir tam yargı davası, ancak bir hakkın zedelenmesi halinde açılabilir ve bu dava-



nın süresi zararın vukuu ile cereyan edebilir veya daha sonra başlar.

Bir işlem, ilgilinin menfaat ve hakkını aynı zamanda ihlâl eder ve kendisi bunlara yazılı bildirim ile muttali olursa; bundan dolayı açılacak iptal ve tam yargı davalarının süre başlangıçları tedahül eder ve ortaya herhangi bir mesele çıkmayabilir. Fakat bu hal, yukarıda açıklandığı üzere, nâdir ve istisnaî olup, genellikle idarî işlemin ve özellikle düzenleyici genel işlemin hakkı ihlâl etmesi, menfaata dokunmasından sonra, ancak eylem şeklinde uygulanması ile başlar ve, ya hemen biter, ya da devam eder.

Şu halde bir idarî işlemde dolayı, normal ve kaide olarak, iptal ve tam yargı davalarının «*combiné*» birlikte açılması sözkonusu olmadığı gibi; işlemin tebliğ veya ilânından (90) gün sonra tatbik ve icra edilmesi takdirinde ise, bu davaların aynı süre içinde ayrı ayrı «*accouplé*» açılması da mümkün değildir. Bu bakımdan Danıştay Kanununun 71 inci maddesiyle ilgililere tanınan birlikte veya aynı süre içinde iptal ve tam yargı dâvaları, yahut iptal hükmünden sonra tam yargı davası açmak serbestliği veya muhayyerliği işleyemeyecek ve sözde kalacak demektir. Böyle olunca, daha evvel iptal davası ikame ve butlan hükmü istihsal etmedi diye, idarî işlemin uygulanmasından zarar gören ilgilinin süresi içinde açtığı tam yargı davasını reddetmek, hakkaniyete ve adalete uygun düşmez. Bahusus ki, düzenleyici genel işlemlerin ilâmından (90) gün geçtikten sonra, araya bir yazılı bildirim girmeden, doğrudan doğruya tatbik ve icrası hallerinde, ilgilinin daha önce veya aynı zamanda iptalini isteyebileceği bir idarî işlem bulunmadığından; uygulamadan mütevellit zararların tazmini talebine dair tam yargı dâvasını iptal dâvasına ve hükmüne talik etmek yersiz ve imkânsızdır. Kaldı ki, İdarenin düzenleyici genel işlemlerini, ferdî özel işlemlerinden kesinlikle seçip ayırdedebilecek bir ölçü de henüz bulunmamıştır.

Bu itibarla açıklanan maddî ve hukukî sebeplerden dolayı, genel ve eşit bir uygulamaya elverişli olmayan iptal davası ve hükmü ön şartını, idarî işlemin hak ihlâli hallerinden hiçbirinde aramamak daha doğru olur.

Öte yandan üçüncü şahıslara ilişkin ferdî kararlar, ilân usulüne tâbi değilse, ancak uygulanma ile ilgililerin bilgisine ulaşabilir ve aynı zamanda menfaat ve haklarını ihlâl etmiş olabilir. Bu uygulama idarî işlemin kesinleşmesinden, yani (90) günlük esas dâva süresinin geçmesinden sonra vuku bulmuşsa ilgili tarafından buna karşı açılacak iptal dâvasının süre aşımı sebebiyle iptidaen ve



üçüncü şahsın müesses durumunu ihlâl bakımından intihaen kabul edilip edilemeyeceği meselesiyle karşılaşılır. Ayrıca bu kabil ferdî ve özel işlemlerin, yazılı bildirim dilekçeye eklenmeden, iptal dâvasına konu olup olamayacağı ve, İdarece değil, üçüncü şahıs tarafından uygulanmak suretiyle zarara sebebiyet vermesi hallerinde, iptal ve tam yargı davalarının gerek tedahülü, gerek süre başlangıçları bakımından ortaya çıkacak sorunlar üzerinde önemle durulmak ve düşünölmek gerekir.

Meselâ bir şehrin imar plânında epey önce yapılan değişikliğe dayanılarak bir arsa sahibine Belediyece verilen inşaat ruhsatı, alındıktan (90) gün sonra kullanılmaya başlasa ve bu inşaat bitişindeki binanın hava ve aydınlığını kapatmak suretiyle oturulamaz hale gelmesine sebebiyet verecek olsa; binası zarara uğrayacak kişi, ruhsatın, plân tadiline değil, mevzuata ve hukuka aykırılığı iddiası ile ihlâl edilen hakkının tâmir ve telâfisini istemek için, acaba evvelâ veya aynı zamanda tazminat davası ile plân değişikliği ve inşaat ruhsatı işlemlerine karşı iptal dâvası veya dâvaları açmak mecburiyetinde kalacak mı; buna zorlanacaksa, bu davaların süre başlangıçları ne olacaktır; esas tam yargı dâvasını idarî işleminden mi, yoksa eylemden dolayı mı; eylemden dolayı ise, kimin hangi eyleminden, belediyenin yapı yeri gösterme eyleminden veya arsa sahibinin inşaat ameliyesinden dolayı mı ikame edecektir?

Bu olayda, bina sahibinin zararına yol açan imar plânındaki değişiklik işlemi olmakla beraber, asıl hakkını ihlâl eden ve tazminat talebini meşru ve mümkün kılan, ne yalnız Belediyenin inşaat ruhsatı işlemi ve yapı yeri gösterme eylemi, ne de sadece arsa sahibinin inşaat ameliyesidir; bunların hepsinin birarada gerçekleşmiş bulunmasıdır. Filhakika, plân tadili mevzuata ve hukuka aykırı olmasına rağmen, inşaat ruhsatı verilmeseydi veya ruhsattan sonra yapı yeri gösterilmeseydi, yahut arsa sahibi ruhsatı bir yıl içinde kullanmaya başlamasaydı veya inşaattan tamamen vazgeçseydi, bina sahibinin zarara uğraması mevzuubahis ve varid değildi. Şu halde, İdarenin plân tadili ve inşaat ruhsatı işlemleri ile yapı yeri gösterme eylemi, sakat olduğu halde, hak ihlâli bakımından sadece bir «*potentiel*» e sahiptir ve ancak arsa üzerinde inşaat yapılmakla zararın tahakkukuna sebebiyet verebilir.

Binaenaleyh, bina sahibinin ancak hava ve aydınlığı kapanmaya başladığı zaman tam yargı davası hakkı doğmuş olduğundan; bu tazminat talebi zımında, zarara sebebiyet veren Belediyenin sıra-



siyle, inşaat ruhsatı ve plân tadili işlemleri ile yapı yerini gösterme eyleminin mevzuat ve Hukuka aykırılığını, süre aşımı ve iptal talebi veya davası bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, dermeyan ve ispat edebileceğini kabulden başka çıkar yol yoktur. Aksi halde, fiilî ve kanunî imkânsızlık veya engeller sebebiyle, iptal davası açılmaması ve butlan hükmü elde edilememesi sonucu olarak, aşikâr ve vahim bir hak ihlâlinin tamir ve telâfisinden imtina edilmiş olur.

İşte İLKİN içtihadı böyle karma ve karmaşık durumlarda uygulama güçlükleri ile birlikte, hakkaniyet ve adalete aykırı hükümlere müncer olacağından, sakıncalı ve tehlikelidir.

C — Nihayet İLKİN içtihadı, idarî işlemler sebebiyle menfaat ve hakları muhtel olanlardan, münhasıran bu iptal ve tam yargı davalarını Danıştay önünde açabileceklere kabili tatbik bulunduğundan, eşitlik ilkesine ve hukuk birliğine aykırı bir uygulamaya yol açacak niteliktedir.

Gerçekten, 521 numaralı kanununun 71 inci maddesi, «İlgililer, haklarını da ihlâl eden idarî işlemlerden dolayı *Danıştayda* iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu dava üzerine işlemin iptali halinde bu husustaki kararın tebliği tarihinden itibaren doksan gün içinde tam yargı davası açabilirler» dediğine göre; bu iki davanın ayrı yargı mercilerinde açılması gereken hallerde, İLKİN içtihadı uygulanamıyacak demektir. Oysa Türk Hukukunda belli idarî işlemlerden dolayı iptal veya tam yargı davalarından birinin İdare yargı yerinde, diğerinin Adalet mahkemesinde yahut Danıştaydan başka bir İdare yargı merciinde açılmasını derpiş ve kabul eden kanunî ve içtihadî kurallar vardır. Bunlara bir örnek göstermek için, İl İdare Kurulları önünde iptal davasına konu olabilecek idarî işlemlerden doğan zararların ancak Danıştay nezdinde açılacak bir tam yargı davası ile tazmin ettirilebileceğini zikredebiliriz.

İşte böyle bir halde, ilgili Danıştay Kanunu ile tanınan hiyar hakkından faydalanıp, iptal dâvası ile birlikte tam yargı davasını açmak imkânına sahip değildir; görev ve süre kaidelerine göre, idarî işlemin yazılı bildiriminden veya ilânından itibaren (91) gün içinde yetkili İl Daire Kuruluna ve zararın vukuundan itibaren de (90) gün içinde Danıştaya ayrı ayrı başvurmak zorundadır. Danıştay, bu tam yargı davasında 71 inci madde hükmünü uygulayamayacağından, İLKİN içtihadını da takip edemiyecek, ihtilâfı müstakil-



len mütalâa ve halletmek mevkiinde kalacaktır. Nitekim Fransız Devlet Şûrası, yukarıda açıklanan «Blanc, Argain et Bezie» içtihadını, hakkı ihlâl eden idarî işleme karşı açılacak iptal dâvasına bakmağa kendisi yetkili olmayıp, başka bir yargı yeri görevli bulunduğu hallere de uygulamaktadır. Bu kaidenin tek bir istisnası vardır o da, tam yargı dâvası sayılan vergi ihtilâflarında yetkili merciden mükellefin lehine bir hüküm çıkmadan açılacak bir tazminat dâvasının mesmu olmamasıdır (9).

Gerçi Yüksek İdare Mahkemesi, bir nevi hüküm uyuşmazlığına meydan ve imkân bırakmamak için, İl İdare Kurulu kararının temyiz yolu ile huzuruna getirilmesini fiilen bekleyebilir. Fakat taraflar bu kararı temyiz etmek mecburiyetinde bulunmadığı gibi; Danıştay da usulen bir tam yargı dâvasını böyle meşkûk bir müracaata tâlik edemez ve bu müracaat vâki olsa dahi birleştirilip tek bir hükme bağlayamaz. Bu takdirde Danıştay, acaba idarî işleme karşı merciinde iptal dâvası açılıp açılmadığını tahkik ve tesbit ederek, süresi içinde açılmamış veya açılıp da reddedilmiş ise, tazminat dâvasının reddi cihetine gidebilir mi? Kanımızca Yüksek Mahkeme bu yolda karar veremez; aksi halde ihkakı haktan imtina etmiş sayılır.

Her ne ise, muhakkak olan husus, bütün idarî işlemlerden dolayı açılacak iptal ve tam yargı dâvalarının yegâne görevli ve yetkili merciinin Danıştay olmadığı ve aynı süreye tâbi bulunmadığı; aksine, Adalet Mahkemeleri ile diğer idare yargı yerlerinin (ileride mahallî idare mahkemelerinin) bunlardan birini, değişik süre içinde yapılacak müracaat üzerine, rü'yet ve halledebileceğidir. Binnetice, İLKİN içtihadının, bu uyuşmazlıklara kabili tatbik olmayıp, sadece iptal ve tam yargı davalarının Danıştay önünde açılabileceği hallere inhisar etmesi, eşitlik ilkesine ve Hukuk birliğine uygun ve doğru değildir.

### S o n u ç

Bütün bu aksaklık, karışıklık, güçlük ve sakıncalar hep 521 numaralı Danıştay Kanununun, İdarenin sorumluluğunu gerektiren halleri sun'î ve noksan olarak, işlem ve eylemlere ayırıp inhisar ettirmesinden ve bunlara Fransız Hukukunun «*mukaddem karar*» usulünü yalnız uygulamasından ileri gelmektedir.

(9) Odent, *op. cit.*, p. 894-895.



Gerçekten, İdarenin mesuliyetini davet edebilecek hususlar, sadece işlem veya eylem şeklinde tezahür eden idarî faaliyetlerden ibaret olmayıp, idarenin hareketsizliği ve imtina ile hayvanları, menkul ve gayrimenkul malları ve tesislerinin mücerret varlığı ve durumu da ilgililere zarar verebilecek niteliktedir. Ayrıca, yukarıda belirtildiği gibi, tazminat iddialarını ihtiva eden uyuşmazlıklarda, zarara sebebiyet veren idarî işlem ile idarî eylemi yekdiğerinden tefrik ve tecrit etmek çoğu defa imkânsızdır. Bu itibarla, İdarenin faaliyet veya hareketsizliği ile hayvanları ve malları arasında hiçbir ayırım gözetmeden ve birbirlerine bağlamadan, bunların genel olarak sorumluluğa yok açabileceği kabul edilmek gerekir.

Böyle olunca, idarî işlemde veya idarî eylemde dolayı hakkın ihlâli hallerinde açılacak tazminat dâvalarını, süre ve usul bakımından farklı hukukî rejimlere tâbi tutmağa da lüzum ve mahal kalmaz. Şöyle ki, Danıştay Kanununun gerekçesinde denildiği gibi, tam yargı dâvalarında «*mukaddem karar*» usulü ihdas edilmek isteniyorsa, bu şartın yalnız idarî eylemlerden doğan zararlara değil, her türlü mesuliyet hallerinde uygulanması mümkün ve lâzımdır. Fakat 521 numaralı kanun, bu usulü sadece idarî eylemin hak ihlâli halinde kabul etmiş, diğerlerinde öngörmemiştir. Oysa, saf idarî eylemde doğan zarar hali nadir ve istisnaî olduktan başka; idarî işlemde dolayı birlikte veya aynı süre içinde açılan iptal ve tam yargı dâvalarında ihtilâf konusu teşkil eden idarî tasarruf, tazminat talebine dair «*mukaddem karar*» niteliğinde değildir. Hattâ Danıştay Kanununun 71 inci maddesinin son cümlesiyle 70 inci maddeye yapılan atıf, 72 nci maddedeki «*mukaddem karar*» şartını gerçekleştirmiş sayılamaz (10). Çünkü, mezkûr cümle hükmüne göre, ilgilinin İdareye başvurması mecburi olmadığı gibi; birlikte veya aynı

(10) T. B. Balta (Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe, Türkei, Heidelberg 1964, Max-Planck-Institut Carl Heymanns Verlag K. G. Gölın - Berlin, 1967), Ön karar başlıklı paragrafta, iptal hükmü aldıktan sonra işleyecek «süre içinde, önce ilgili, İdarî mercie hal ve tesviye için başvurup onun açıkça veya susmak suretiyle reddi üzerine de dava açabilir» derken, bu müracaatın, «**Ön Karar**» elde etmeği amaç tuttuğunu ihsas eder görünmekte ise de, ihtiyarî alelâde istit'af veya hiyerarşik başvurmadan ibaret olduğu kabul edilmek lâzımdır. («Organlarının hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı Devletin sorumluluğu. — Türkiye» serlevhası altında, Danıştay için Üye Kâzım Yenice tarafından yapılan çoğaltılmış özel çeviriden, Ağustos 1967).



süre içinde açılan dâvalarda bu yolda müracaatlara mahal ve imkân yoktur.

Kaldı ki, gerek iptal hükmünden sonra, gerek idarî eylemden dolayı tazminat talebiyle İdareye başvurulması usulü, Türk Hukukunda pratik bir fayda ve olumlu bir sonuç sağlayamaz. Zira, Devlet ve kamu tüzel kişilerini borçlandırmaya yetkili olan makamlar, idarî teamül ve tatbikatımıza göre, tazminat taleplerini kabulden hazer ve imtina eder; kabule temayül etseler bile, bütçelerinde bunu karşılayacak tahsisat bulunmadığından, tahakkuk ve tediye ettiremez. Filhakika, kamu bütçelerinde bu kabil borçlar için sadece «mahkeme masrafları» ve «geçmiş yıllar ilâmlı borçları» bölümleri vardır ki, bu tahsisattan ancak hükme bağlanmış tazminat alacakları ödenebilir.

Binaenaleyh, yürürlükteki malî mevzuat ve sistemimiz karşısında 521 sayılı kanunla getirilen «mukaddem karar» usulü «idarî dâva açmak için idarî bir kararın bulunması yolunda İdare Hukukunda genel olarak kabul olunan esasa da uygun düşmekte» ise de; «İdarenin tazminat isteğini yerine getirmesi... dâvaya mahal kalma» sı yönünden maalesef, elverişli değildir. (Gerekçe m. 72 - 71). Üstelik bu şart, idarî işleminden dolayı açılan tam yargı dâvalarında aranmadığına göre; Danıştay Kanununun kabul ettiği «mukaddem karar» usulü, tatbikat ve içtihadı işkal ve iğlak etmekten başka bir sonuç vermemektedir.

Nitekim, 521 numaralı Kanunun 71 ve 72 nci maddelerindeki yeni hükümler olmasaydı, Danıştay büyük bir ihtimalle İLKİN içtihadını ortaya koymazdı. Çünkü Yüksek Mahkemenin 1965 ten önce, iptal ve tam yargı dâvalarının tedahülü haline uygulamakta olduğu 2 Temmuz 1946 tarihli ve Esas: 46/11 - Karar: 46/35 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararı «Tam kaza dâvası ikame edilebilmesi için evvelâ bir iptal dâvası açıp karar almağa İdare Hukuku esaslarına göre bir zaruret ve lüzum bahis konusu olamayacağından, açılan iptal dâvası zımında verilen kararların tam kaza dâvası ikamesi için kanunen meşrut süre başlangıcında bir değişiklik vukuuna vesile teşkil etme» yeceğini kabul eylemekte idi ve Kanun koyucu, yukarıda açıklanan Gerekçe ile, bu içtihadın sırf ilgililer aleyhine işleyen süreye ait sonucunu 71 inci maddede düzeltmek istemiş ve fakat altı çizilen İdare Hukuku esasını ifade eden kısmına dokunmamıştır. Ancak Danıştay, 72 nci madde ile idarî eylemler hakkında konulan «mukaddem karar» usulünü nazara alarak, 521 numaralı kanunun, 71 inci maddesiyle, idarî işlemlerden dolayı açılacak tam



yargı dâvalarını da, diğerine müvazi şekilde, özel bir rejime tâbi tuttuğu kanisiyle hareket etmiştir. Beşinci Dairenin İLKİN kararının gerekçesinde, Danıştay Kanununun 71 ve 72 nci maddelerinin yakınlaştırılarak, idarî işlem ile idarî eylemden dolayı açılacak tam yargı dâvalarının karşı karşıya konması, bu tarzı muhakemenin açık ifadesidir.

Söz konusu 71 inci maddenin böyle bir anlam ve kapsam taşımadığı, daha önce uzun uzun izah olundu. Ayrıca, Danıştay Kanununu hazırlayanlar, İdare Hukuku esaslarına sadık kaldıklarını her vesile ile kaydettiklerinden, İçtihadı Birleştirme Kararında beyan ve tesbit edilen esasa aykırı hüküm sevketmiş olamazlar. Meselâ Kanun Koyucu, bu içtihattan haberdar olduğu gibi, Danıştay Altıncı Dairesinin, bu konuda ilgililer lehine bulunan 21 Şubat 1956 tarihli «Somer» kararını da (D. Kararlar Dergisi, Sayı: 73 s. 103 - 105) elbette biliyordu ve bunu değiştirmek isteseydi, 71 inci maddede iradesini açıkça belirtirdi. Yukarıda (I.) bölümde açıklandığı veçhile, böyle yapılmadığına göre; İçtihadı Birleştirme Kararının İdare Hukuku esasını ifade eden birinci kısmı aynen bâki ve carî olmak gerekir.

Halbuki Danıştay, İLKİN İçtihadının tatbikatı ile, yalnız söz-konusu İdare Hukuku esasını bertaraf etmekle kalmamış, Kanun Koyucunun 71 inci madde ile ilgililer lehine değiştirdiği İçtihadı Birleştirme Kararının sonucunu da canlandırıp uygulamaya koymuştur. Şöyle ki, Sekizinci Daire, 18 Nisan 1967 tarihli ve 67/1435 numaralı Kararında, «kişinin haklarını da ihlâl eden bir idarî kararın iptali için açılan dâvada ayrıca tazminat istenmemiş ve iptal dâvası da reddolunmuşsa bu red kararının davacıya tebliğinden itibaren 90 gün içinde yeniden tazminat davası açılmasının süre aşımı yönünden mümkün olmadığına hükmetmiştir» (Amme İdaresi Bülteni, Ekim 1967, Sayı: 14, s. 5, No. 3).

Bu kararın esas bakımından isabetsizliğine yukarıda işaret edilmiş idi. Şimdi bizi ilgilendiren usul noktası, dâvayı esastan ve intihâen değil de, süre aşımı yönünden iptidaen reddetmiş olmasıdır ki, İçtihadı Birleştirme Kararının sonucu da bundan başka bir hükümü tazammun etmemekte idi. Filhakika Sekizinci Daire, 521 numaralı kanunun 71 inci maddesine rağmen, 1965 den önce olduğu gibi, idarî işlemde dolayı açılacak tam yargı dâvasının süre başlangıcında bir değişiklik vukuunu kabul etmemekte ve bunu da iptal dâvasının süre başlangıcına tâbi tutmaktadır. Nitekim, bu karar özeti-



nin altındaki küçük notun anonim yazarı da, aynen şu mütalâada bulunmaktadır: «Bu karar Danıştayın diğer daireleri tarafından da benimsenirse aynı zamanda hakları da ihlâl olunan kimselerin açacakları iptal dâvalarında, iptal dâvasının sonucu önceden kestirilemeyeceğinden, tazminat taleplerinde de bulunmak gerekecektir. Aksi halde sonradan açılacak tazminat dâvalarının yukarıda sözü edilen dâvada olduğu gibi süre aşımından reddolunması tehlikesi vardır».

Böylece, Danıştay Kanununun, özellikle İçtihadı Birleştirme Kararının ilgililer aleyhine işleyen sonucunu kaldırmak için sevkettiği yeni bir maddeye taban tabana zıd hükümlere müncer olan İLKİN içtihadının isabetsizliği, Sekizinci Dairenin mezkûr ihya kararı ile de ortaya çıkmaktadır. Demek oluyor ki, idarî işlemde dolayı hakları ihlâl edilenlerin açacakları tam yargı dâvaları, esas itibariyle, 1946 İçtihadı Birleştirme Kararı Dairesinde muamele görmekte devam edecektir.

Öte yandan, idarî eylemlerden zarara uğrayanların tazminat talepleri, yeni Danıştay Kanununun 72 nci maddesine göre, kaideten «*mukaddem karar*» usulüne tâbi tutulacak ise de; yukarıda açıklandığı üzere, bu hal, nazarî olarak nadiren ve istisnaen gerçekleşebilir ve amelî bakımdan Türk Hukuk ve İdare tatbikatında müsbet neticeye ulaşmaz.

Bu itibarla, Türk sisteminde genel ve gerçek bir «*mukaddem karar*» usulü kabul edilmediğinden; tam yargı dâvalarının büyük çoğunluğu süre ve şekil yönlerinden eski esaslar çerçevesinde kalacaktır.

Maamafih, Danıştay Kanunu gibi İdare Hukukunun en çetin ve teknik konularını düzenleyen metinler, İdarede Frenkçe bir *Traité* öne konarak kaleme alınır ve Parlamentoda yabancı dilde bir iki Manuel karıştırılıp rötuş edildikten sonra kabul edilmiş olursa; bu sonuçlara hayret edilmez. Çünkü Fransız İdare Hukukundaki «*mukaddem karar*» usulünün tarihi menşei, istihalesi, idarî yargı sistemindeki yeri ve halihazır rolü iyice bilinmeden, Türk Hukukuna ithaline tevessül edilirse; İLKİN içtihadına yol açması tabiidir.

Fakat Yüksek İdare Mahkememizin, başka konularda yaptığı gibi, kanun hazırlayıcı ve koyucularının, Beşinci Dairenin İLKİN kararıyla ortaya çıkan hata ve noksanlarını, içtihad kudretine dayanarak, düzeltip tamamlayacağına inanıyorum.