

İCTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI

Esas No : 1971/9

Karar No : 1979/5

Özü : 521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesinde yer alan «idari eylemlerden hakları ihlâl edilmiş olanların, idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri lâzımdır» yolundaki hüküm gereğince, ilgili idareye başvurulmaksızın doğrudan doğruya Danıştay'da tam yargı davası açılması halinde dilekçenin davanın her safhasında ilgili mercie tevdi edileceği Hk.

Yargı Bölümü Sayfa : 8

6 Şubat 1980 — Sayı : 16892

RESMÎ GAZETE

Sayfa : 49

«521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesi uyarınca, idareye önmüracaat yapılmadan Danıştay'da açılan tam yargı davasının karara bağlanamayacağı» yolundaki 11 inci Dairenin E. 1970/1083, K. 1970/742; E. 1975/328, K. 1975/5402; E. 1975/112, K. 1975/1393 sayılı kararlarıyla, «davacıların idareye bir önmüracaatı bulunmamasına rağmen, idare davanın esasını kabul etmediğini cevap lâyihasında belirttiğine göre, davacının böyle bir müracaatının neticesiz kalacağını anlaşıldığı» gerekçesiyle dava yı esastan karara bağlayan 12 nci Dairenin E. 1968/2486, K. 1970/105 sayılı kararı arasındaki aykırılığın giderilmesi Avukat Fuat Fırat tarafından istendiğinden, konu ile ilgili karar ve yasalar, Raportör Üyenin raporu incelendikten ve Başkanunsözcüsünün «Çözümlemesi gereken sorun; idari eylemlerden hakları ihlâl edilmiş olanların ilgili idareye başvurarak bu haklarının yerine getirilmesini istemelerden önce doğrudan doğruya dava yoluna başvurmaları ve idarenin de davanın esasına cevap vermiş bulunması halinde, Dava Daireleri ile Dava Daireleri Kurulunun o davayı esastan inceleyip karara bağlamasına yasal ve hukuksal yönden olanak olup olmadığı hususuna ilişkin bulunmaktadır.

521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesinde «idari eylemlerden hakları ihlâl edilmiş olanların, idari dava açmadan önce bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri lâzımdır. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde bu konudaki işlemin tebliği tarihinden ve üç ay içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren 90 gün içinde dava açabilirler» denilmektedir. Sözü edilen işbu kuralın ayrı ayrı doğrultularda yorumlanmış olması nedeniyle 11 ve 12 nci Dairelerimizce birbirine aykırı kararlar verildiği görülmektedir.

Bilindiği gibi yorum, gerçeği veya gerçeğe en yakın olanı bulmaktır. Bir yasanın veya yasa kuralının yorumu yapılırken kanunun sistemi, uygulamada izlenen yol, kanun koyucunun amacı, kamu yararı, kamu düzeni ve kişinin öz çıkarları gibi hususların önemle göz önünde tutulması gerekir.

Bundan 79 yıl önce Fransız Danıştayı yargılama yöntemine girmiş olan bu müesseseye, 24/12/1964 günlü ve 521 sayılı Yasa ile Türk Danıştayı yargılama yönteminde de yer almıştır. Oysa, gerek 669 sayılı «Şûrayı Devlet» ve gerekse 3546 sayılı «Devlet Şûrası» kanunlarında böyle bir müesseseye yer verilmemiş ve bir gereksinimde duyulmamıştır.

Kanımızca 72 nci madde ile tam yargı davalarının açılma koşulu düzenlenmektedir. Davacı, dava açmadan önce ihlâl edilmiş olan haklarının yerine getirilmesini ilgili idareden isteyecek ve sözlü geçen idarenin bu istek üzerine vereceği kararın kendisine tebliği tarihinden başlamak üzere 90 gün içinde de tam yargı davası açacaktır. O halde kamu düzeniyle ilgisi bulunmadığından, idari yargı yerleri «ön karar» koşulunu re'sen nazara alamıyacaklardır. Kaldı ki davalı idare işin esasına cevap vererek davanın reddini istemek suretiyle «uyuşmazlık bağına» vücut vermiştir.

Olayın varlığını ve hakkın ihlâl edilmiş olduğunu kabul etmemek suretiyle uyuşmazlığı sürdüren veya sürdürmeye kararlı bulunan bir idareye davacının başvurusunu, yargı kararı ile hüküm altına almak, kanun koyucunun öngördüğü ereğe ters düşecektir. Böyle bir yöntem hem davaların uzamasına ve dolayısıyla hem de hakkın istihsalinin güçleşmesine önemli ölçüde etken olacaktır. Çünkü sözlü geçen hükümle hakkın sıratla sağlanması ve zararın bir an önce karşılanması amacı öngörülmüştür. Davalı idarenin «ön karar» şartına uyulmadığı yolunda bir def'i olmak-sızın bu hususun re'sen nazara alınması, yukarıda açıklanan ereğe bir aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, davalı idareye tebliğ edilen dava dilekçesi adeta ilgilinin idareye vermesi gereken ve tazminat istemini içeren dilekçenin de yerine geçmekte ve savunma lâyihasında isteklerin kabul edilmemesi nedeniyle dilekçeye red cevabı ve-

Yargı Bölümü Sayfa : 9

Sayfa : 50

RESMÎ GAZETE

6 Şubat 1980 — Sayı : 16892

rilmiş sayılmaktadır. O halde idare kendi savunması ile «Ön karar» koşulunu bertaraf etmiş durumdadır. Nitekim Fransız Danıştay içtihatları da bu yolda gelişmiş ve kökleşmiştir. Fransız Danıştay sözlü edilen 72 nci maddede ön görülen kuralın sınırlarını içtihat yolu ile daraltmaktadır. Örneğin; «ön karar» koşulunun yerine getirilmemiş olduğu yolunda idarenin bir def'i yoksa veya böyle bir def'i ile birlikte işin esasına da cevap verilmiş ise açılan dava esastan incelenerek karara bağlanmaktadır.

İdare savunmasında işin esasına cevap vermeyerek, yalnız ön karar koşulunun yerine getirilmemiş olması nedeniyle davanın reddini istemiş ise ancak bu hale mürahasır olmak üzere dava incelenmekstzin red edilmektedir.

Belediye Meclisi, belediye aleyhine açılan bir davada belediye başkanına savunmada bulunma yetkisi vermiş ise bu mukaddem bir red kararı sayılarak dava esastan incelenmektedir.

Davacının ihlâl edilmiş olan hakkının yerine getirilmesi için yetkisiz bir kamu kuruluşuna başvurusu ve isteğinin red edilmiş olması halinde, Fransız Danıştay bu red kararını gerçek davalı idarenin de teşahüp edeceğini kabul ederek davayı yine esastan incelemektedir.

Görevsizlik kararı verilerek dava dosyasının görevli yargı yerine gönderilmiş olması halinde de, ön karar, koşulu aranmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle içtihatların 12 nci Daire kararı doğrultusunda birleştirilmesinin yerinde olacağı kanusundayız.» yolundaki sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüldü.

I — İçtihadın Birleştirilmesi yolu ile aykırılığın giderilmesi istenen kararlar :

1 — 12 nci Dairenin E. 1968/2468, K. 1970/105 sayılı kararı :

Aaskeri aracın hizmet sırasında 7 yaşındaki çocuklarına çarparak ölümüne sebep olması sonucu, anne ve babanın Millî Savunma Bakanlığı aleyhine 521 sayılı Kanunun 72 nci maddesine göre ön müracaatta bulunmadan açtıkları maddi ve manevi tazminat davasında, Bakanlıkça, ön müracaatta bulunulmadan dava açıldığı ileri sürüldüğü gibi, esastan da savunmada bulunulması sonucu 12 nci Daire «idare davanın esasını kabul etmediğini cevap lâyihasında belirttiğine göre, davacının böyle bir müracaatının neticesiz kalacağını anlaşıldığı» gerekçesiyle davalının bu yoldaki def'ini varit görmemiş ve işin esası hakkında karar vermiştir.

2 — 11 inci Dairenin kararları :

a — Davacının sahibi bulunduğu fırına belediyece el konulması ve re'sen işletilmesi sonucu, ilgilinin zararın tazmini konusunda doğrudan doğruya Danıştay'da açtığı davayı, davalı idarenin, 72 nci maddeden söz etmeden davanın esasları reddi gerektiğini savunması sonucu 11 inci Daire davayı, 21/4/1970 gün ve E. 1970/1033, K. 1970/742 sayılı kararıyla «521 sayılı Kanunun 72 nci maddesi uyarınca idari eylemlerden dolayı hakları ihlâl edilmiş olanların, ilgili idareye başvurmadan Danıştay'da dava açamayacakları» gerekçesiyle red etmiştir.

b — Davacıya ait kamyonun trafiğe kaydı sırasında, muayene komisyonunca gerekli araştırma yapılmadan haksız olarak arabasına el konması sebebiyle uğradığı zararın tazmini için davacının doğrudan doğruya Danıştay'da açtığı davayı, davalı idarenin 72 nci maddeye temas etmeden, davanın esasları reddi gerektiği yolundaki savunması neticesinde 11 inci Daire, 72 nci maddeye göre, davalı idareye önceden başvurulmamış olmasını re'sen nazara alarak bu haliyle uyumsuzluğun esasının incelenmesi olanağı bulunmadığını belirtmiş ve davayı 1/12/1975 tarih ve E. 1975/328, K. 1975/5402 sayılı kararla red etmiştir.

c — Davacıların murisinin belediyece açılan foseptik çukuruna düşmüş olan bir çocuğu kurtarmak için aynı çukura girmesi ve zehirlenerek ölmesi üzerine açtık-

Yargı Bölümü Sayfa : 10

6 Şubat 1980 — Sayı : 16892

RESMÎ GAZETE

Sayfa : 51

ları tazminat davasını, davalı belediyenin işin esasına cevap vermeyip, 72 nci maddeye göre ön karar istihsal edilmeden dava açıldığı için reddi gerektiği yolundaki savunması sonucu, 11 inci Dairenin 8/3/1975 tarih ve E. 1975/112, K. 1975/1593 sayılı kararıyla «olayda davacıların idareye başvurmadan doğrudan doğruya Danıştay'da dava açmış olmaları ve davalı idarenin savunmasında bu konuda, usule ilişkin def'inin bulunması, esas hakkında cevap vermemiş olması sebebiyle, henüz idare ile davacılar arasında dava yoluna gidilmesini gerekli kılacak bir ihtilâfın doğmadığı» gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

II — İnceleme :

521 sayılı Danıştay Kanununun 45 inci maddesinde, İçtihatları Birleştirme Kurulunun, Dava Dairelerinin veya Dava Daireleri Kurulunun kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü takdirde İçtihadın Birleştirilmesi hakkında karar vereceği hükme bağlanmıştır.

Kararlar arasında aykırılık ve uyumsuzluktan bahsedilebilmesi için, maddi olay ve hukuki dayanaklarda aynıyet bulunmasına rağmen birbirine aykırı kararlar verilmiş olması gerekmektedir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, yukarıda özetlenen kararlardan, Danıştay 12 nci Dairenin E. 1968/2486, K. 1970/105 sayılı kararıyla, 11 inci Dairenin E. 1975/328, K. 1975/5402 sayılı kararlarına ilişkin uyumsuzlukların eylemlerden doğması, diğer kararlara konu olan uyumsuzlukların ise işlemler neticesi ortaya çıkması sebebiyle, bu iki karar arasında 45 inci maddenin öngördüğü anlamda aykırılık bulunduğu ve içtihadın birleştirilmesi gerektiğine 17/6/1977 tarihinde oyçokluğuyla karar verdikten sonra işin esasına geçilmiştir.

İçtihatı Birleştirme Müessesesi, idari yargı yerlerinde ve bütün kamu kuruluşlarında, belli konularda içtihat birliği sağlamak amacıyla vücut bulmuştur. Kuşkusuz İçtihatı Birleştirme Kurulu, kararlar arasında aykırılığı saptadıktan ve içtihadın birleştirilmesinin mümkün olduğuna karar verdikten sonra birbirine aykırı olan kararlardan birisini tercih etmek ve o yönde kararları birleştirmek zorunda değildir. Yüksek Kurul idari yargının özellikleri içinde kamu yararını, hizmet gereksinimi, kişisel hakları, nüfuz ve adalet kurallarını gözönünde tutmak suretiyle içtihat aykırılığını gidermeye çalışacaktır. Tesis edilecek bu içtihat, birbirine aykırı olduğu saptanan kararlar dışında ilgili kanunların hükümleri ile birlikte gözönünde tutulması gereken yukarıdaki kurallara uygun olarak bir başka yönde de oluşabilir. Bir Anayasa ilkesi olan mahkemelerin bağımsızlığı kuralı dahi bunu gerektirir.

Bu açıklamanın ışığı altında konu incelendiğinde; 72 nci maddenin «ön karar» yönünden uygulanmasında, 11 inci ve 12 nci Dairelerin birleştiği noktaların var olduğu görülür.

Şöyleki; davalı idare süresi içinde savunma vermemiş veya verdiği savunmada esas hakkında görüş belirtmeyerek davanın, ön kararın yokluğu dolayısıyla, usulden reddini istemiş ise her iki daire de esas hakkında karar vermemekte, davayı usul yönünden reddetmektedirler. İçtihat aykırılığı, davalı idarenin esas hakkında görüş belirtmesi halinde kendini göstermekte; 11 inci Daire, tam yargı davası açılmadan önce ilgili idareye başvurarak «ön karar» alınmasını kamu düzeninden sayıp bu hususu re'sen araştırmakta, 12 nci Daire ise bu görüşü paylaştırmamaktadır.

Yukarıda değinilen ilkeler yönünden incelendiğinde her iki Daire görüşünün de bazı hukuki sakıncalar taşıdığı görülmektedir. 11 inci Dairenin, davanın usul yönünden reddine ait kararları, dosyanın tekemmülünden sonra verildiği için aradan uzun zaman geçmesine ve ilgilinin yeniden açacağı davanın süre aşımına uğramasına yol açmakta, böylece kişisel haklar ağır bir şekilde zedelenmiş olmaktadır.

12 nci Daire ise, davalı idare uyumazlığının esas hakkında savunma vermemiş ve sadece ön kararın yokluğu nedeniyle davanın usul yönünden reddini istemiş ise, 11 inci Daire gibi, «vaktinden önce açıldığı» gerekçesi ile davayı reddetmektedir. 12 nci

Dairenin bu görüşü yönünde içtihat birleştirilecek olursa, bu kararın Resmi Gazete' de yayımlandıktan sonra, davalı idarenin uyusmazlığın esası hakkında savunmada bulunmayacakları ve davanın usulden reddini ileri sürcekleri doğaldır. Bu durum ise 11 inci Dairenin bu konudaki kararlarının sonucunu doğuracak ve hak arama olanağı ağır bir darbe yemiş olacaktır. Yasakoyucunun 72 nci madde ile böyle bir sonucu amaçladığını iddia ve kabul etmek yukarıda belirtilen idare hukuku ilkeleri bakımından olanaksız bulunmaktadır.

521 sayılı Danıştay Kanununun 74 üncü maddesi, dilekçeler üzerinde sıra ile incelenecek konuları saptamaktadır. Bu maddenin 2 nci fıkrasında Yardımcıların, «görev»den sonra, davacıların Danıştay'da dava açarken bir idareyi veya idari yargı organını atlamış olup olmadıklarını inceleyeceklerini öngörmektedir. İlk inceleme üzerine verilecek kararları düzenleyen 75 nci maddenin «c» bendinde idari veya yargı merci tecavüzü halinde dilekçelerin görevli merci'e tevdi edileceği ve bu halde Danıştay'a başvurma tarihinin ilgili merciye başvurma tarihi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. 74 üncü maddenin sonuna 1740 sayılı kanunla eklenen fıkra ise «yukarıdaki hususların ilk incelemeden sonra tesbit edilmesi halinde de bu davanın her safhasında 75 inci madde hükmü uygulanır» denilmektedir.

Görüldüğü gibi kanun koyucu, Danıştay'da dava açılmadan önce bir idari merci'e başvurulmasının gerekli görüldüğü hallerde, bu zorunluluğa uyulmamış olmasını dava dilekçesinin ilgili idari merci'e tevdi ile sonuçlanmasını yeğlemiştir. Bu husus, davanın hangi safhasında septanmış olursa olsun, aynı yolda karar vermek, hem kanunun sözü geçen hükümlerinin bir gereği, hem de idare hukukunun yukarıda değinilen kurallarının icabı olacaktır.

III — Sonuç :

Danıştay Kanununun 72 nci maddesine göre, idari eylemlerden hakları ihlâl edilmiş olanların, idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde beş yıl içinde, ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya Danıştay'da dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak, Danıştay Kanununun 74 üncü ve 75 nci maddeleri gereğince davanın her safhasında dava dilekçesinin ilgili idari merci'e tevdiine karar verilmesi gerekeceğine 8/3/1979 günlü birinci oylamada üçte iki çoğunluk sağlanamadığından, 15/3/1979 günlü ikinci oylamada kurul üye sayısının salt çoğunluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

X — 521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesinde, Danıştay'da tam yargı davası açmadan önce ilgili idareye başvurarak ön karar alma koşulu, idari eylemlerden hakları ihlâl edilmiş olanlar için söz konusu edilmektedir. Bu nedenle 12 nci Dairenin 1970/105 sayı ile karara bağladığı uyusmazlıkta olduğu gibi, 11 inci dairenin 1975/5402 sayılı kararına konu olan uyusmazlığın da idari eylemden doğmuş bulunması gerekir. Çoğunluk, 11 inci Dairenin 1975/5402 sayılı kararına ilişkin uyusmazlığın eylemden doğduğunu kabul etmekte ise de aşağıdaki nedenlerle bu görüşe katılmak hukuken olanaksız görülmektedir.

Uyusmazlık konusu olay, davacıya ait kamyonun kaçak olduğu iddiası ile, Trafik Şubesi Muayene Komisyonu ve Mali Şube mensupları tarafından düzenlenen tesbit tutanağı üzerine arabanın uzun süre trafikten alıkonulması sonucu uğranılan zarara ilişkin bulunmaktadır. Zararı doğuran olay bir tesbit tutanağına, yani bir işleme dayanmaktadır. 521 sayılı Danıştay Kanununun 30 uncu maddesinin gerekçesinde idari işlem ve eylem deyimleri şu şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. İşlem tabirinin, idari makamlar tarafından gerek tüzük, yönetmelik gibi objektif tanzimi tasarrufları ve gerek bunların ve kanunların uygulanması zamanında, karar, muamele ve başka adlar altında, idari maksatla tesis olunan her çeşit hukuki tasarrufları; idari eylem tabirinin

ise, yine idarenin tamamen maddi olan «fiil» ve hareketlerini ifade ettiği düşünülmüş ve tasarının çeşitli maddelerinde bu anlamda kullanılmıştır.

İdari eylemin bu niteliğine Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 12/7/1973 günlü, 14592 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Esas 1972/2, karar 1973/10 sayılı ve 14/4/1973 günlü kararında da değinilmektedir. Anılan kararda; idari eylemin idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketini, bir olayı, bir tutumu anlattığına işaret edilmekte; 521 sayılı yasanın 72 nci maddesinin; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, ancak bütünüyle idari eylem olarak ortada olan bir idari faaliyet için getirilmiş hüküm olduğu belirtilmektedir.

12 nci Dairenin 1970/105 sayılı kararına ilişkin uyumsuzluk, bir askeri aracın görev sırasında bir çocuğa çarparak ölümüne sebebiyet vermesinden doğmuştur. Ortada bir idari eylem'in (fiil'in) varlığı aşikârdır. 11 inci Dairenin 1975/5402 sayılı kararına ilişkin uyumsuzluk ise, bir tesbit tutanağına dayalı bulunmaktadır. Bu haliyle tam yargı davası eylemden değil işleminden doğmuş olmaktadır.

Kararların konularını teşkil eden olaylarda benzerlik bulunmadığı cihetle, 12 nci Dairenin 1970/105 sayılı kararı ile 11 inci Dairenin 1975/5402 sayılı kararlar arasında içtihat aykırılığından söz edilemeyeceği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmıyoruz.

KARŞI OY YAZISI

XX — İçtihadı birleştirmede amaç, idari yargı yerlerinde ve yönetimde içtihat birliği sağlamaktır. 521 sayılı Kanunun konuya değinen 45 inci maddesinde: «İçtihatları Birleştirme Kurulu, Dava Dairelerinin veya Dava Daireleri Kurulunun kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü takdirde, lüzum görürse içtihadın birleştirilmesi hakkında karar verir.» denilmektedir.

Yüksek Kurul, 11 inci Dairenin 1975/4502 sayılı kararı ile 12 nci Dairenin 1970/105 sayılı kararları arasında aykırılık görmüş ve birleştirmeyi gerekli saydıktan sonra içtihadın, bu (iki) Daire kararlarından herhangi birisi yönünde birleştirilmesi yerine, bu konuda bundan böyle çıkacak olan uyumsuzlukların nasıl çözümlenmesi gerektiğini karara bağlamıştır.

Aşağıda belirtilen nedenlerden ötürü içtihadın 12 nci Dairenin kararı yönünde birleştirilmesi gerektiği kanısındayız.

1 — Yasa koyucunun 72 nci maddeyi sevkederken gözettiği amaç, idari eylemler üzerine dava açma süresini saptamaktır. Gerçekten 521 sayılı Danıştay Kanununun 67 nci maddesinden 74 üncü maddesine kadar dava açma süresine ilişkin hükümler yer almıştır. Maddeyi amaç yönünde yorumlayınca, önemli olanın bu süreler zarfında davanın açılıp açılmadığının araştırılması olduğu kendiliğinden ortaya çıkar. Nitekim 72 nci maddenin müeyyidesi 75 inci maddede gösterilmiş ve süresi içinde açılmadığı anlaşılan davanın reddedileceği belirtilmiştir. Aynı maddede, davanın ilgili idareye başvurulmadan açılması halinde müeyyidenin ne olacağı gösterilmemiştir. Bu da «ön karar» alınanın Yasa koyucu tarafından kamu düzeninden sayılmadığının bir kanıtı olmak lazım gelir.

2 — İlgili idareye önceden başvurulmasının ve tazminat isteminde bulunmanın mevzuatımız karşısında pratik bir yararı da yoktur. Gerçekten, hizmeti kusurlu yürüttüklerini kabul ederek mahkeme hükmü almadan idarelerin tazminat ödemeleri, hele Danıştayca kusursuz sorumluluğun benimsendiği gözönünde tutulunca, idarelerin kusurlu olmadığı halde, objektif mülâhazalarla bir zararı gidermeye kalkışmaları mümkün değildir.

Böyle olunca, yani ilâm'a bağlanmadan, bir zararın istek üzerine idarelerce karşılanmasının mümkün olmadığı gözönünde tutulunca, maddeyi daha esnek bir yorumla tefsiri tutmanın, pratikte yararı olmayan bir başvuruya ilgilili kesinlikle zorlamamanın daha uygun olduğu tezahür eder.

3 — Diğer taraftan 521 sayılı Danıştay Kanununun 75 inci maddesinin 1740 sayılı kanunla değişik «B» bendi ile, bir davada gerçek hasmı tayin yetkisi ilgili dava

dairesine bırakılmıştır. Bu durumda, davacının, önceden Danıştayca hasım kabul edilip edilemeyeceği belli olmayan bir idareye başvurusunun gerekliliği ortadan kalkmış olmaktadır. Gerçekten davacının gerçek hasım zannederek başvurduğu idareyi, Danıştay gerçek hasım kabul etmeyebilir. Bu halde davacı gerçek hasma önceden başvurmadı diye davayı reddetmek mümkün olmasa gerektir.

4 — Öte yandan ön karar almadan Danıştayda tam yargı davası açan davacının dava dilekçesinin davalı idareye Danıştayca tebliğini, bu konuda maruz kalındığı iddia edilen zararın tazmini isteminde tebliği olarak kabul etmekte mümkündür.

Bu halde davacı, Danıştayın görevli dairesi aracılığı ile tazminat istemini ilgili idareye ulaştırmış olmaktadır. 12 nci Dairenin kararlarına göre hasım mevkiindeki idare, esas yönünden isteği reddetmekle uyumsuzluğu ortaya koymuş ve davacının zararını ödeneyeceğini kesinlikle belli etmiştir. Artık davacıyı adı geçen idareye yeniden başvurmaya zorlamak anlamsız olacaktır.

5 — 72 inci maddede öngörülen idareye önceden başvurma koşulu, Danıştay Kanununun 74 üncü maddesinde gösterilen, dilekçeler üzerinde yapılacak ilk incelemeler mevaddından değildir. Bu koşul yerine getirilmeden açılan bir dava hakkında karar verilebilmesi için dava dosyasının tekemmül etmesi, kanunsözcüsünden düşünce alınmış olması gerekir. Bu ise, aşağı yukarı bir yıllık bir zamanı gerektirir. 11 inci Dairenin görüşü benimsenecek olursa 72 inci maddede öngörülen bir yıllık dava açma süresi geçürildikten sonra dava reddedilmekte ve davacıya ilgili idareye başvurusu gereği hatırlatılmaktadır. Maddenin bu tarzda bir yorumu ile bir yandan büyük ölçüde hak ziyana yol açılacak diğer yandan idari yargı denetiminin kısıtlanmasına sebep olunacaktır.

6 — 12 nci Dairenin görüşünü doktrin de paylaşmaktadır. Benzer hükmün Fransız Danıştayı tarafından esnek bir yoruma tâbi tutulmuş ve tam yargı davalarında idareye önceden başvurma zorunluğu hemen hemen ortadan kaldırılmıştır. (Paul - Duez - Mukavele dışında Amme kudretinin mesuliyeti - 1950 - Çeviren İbrahim Semil) Türk İdare Hukuku müellifleri de, müessesenin gerçek bir ihtiyaca cevap vermedikçesi, dava açma süresini uzatmaktan, idarenin önceden belli olan durumunu öğrenmeden öteye bir yarar sağlamayacağını, idarelerin ilâma bağlanmamış olan tazminatı ödemelerinin mümkün olmadığını belirtmişlerdir. (Prof. Lütfi Duran - İdari İşlemlerde sorumluluk, iptal davası, Tam yargı davası - İ.H.F. Mecmuası C. XXXIII, 3-4; Prof. A. Şeref Gözübüyük, İdari Yargı - 1970 Ankara, sk. 200)

7 — Çoğunluğun görüşünü «tevdi» kurumunun amacı ve niteliği ile bağdaştırmak da mümkün değildir.

Danıştay Kanununun 74 üncü maddesinin (2) numaralı bendinde tevdi kurumu «idari ve yargı merci tecavüzü» diye belirtilmekte, 75 inci maddenin (C) bendinde de «2 numaralı bendde yazılı halde dilekçelerin görevli merci'le tevdiine karar verilir.» denilmektedir. Maddelerde açıkça, Danıştay'a gelmeden evvel uyumsuzluğu çözmekle veya uyumsuzluk hakkında karar vermekle görevli bir mercinin varlığından söz edilmektedir. Bu mercinin Danıştaydaki davada hasım mevkiinde bulunamayacağı tabiidir. Esasen Danıştaydaki davada hasım mevkiinde bulunan bir idareye dava dilekçesi ve eklerini tevdi etmenin bir anlamı da olamaz. Çünkü, hasım idareye dilekçe ve eklerini tebliğ ederek bu idarenin 30 gün zarfında cevap vermesini sağlamak Danıştay Kanununun 76 ncı maddesi gereğidir. Tevdi, tebliğ edilecek belgelerin dışında herhangi bir belgeyi içermediğine göre dilekçe ve eklerini tebliğ etmeyerek tevdi yoluna başvurmak uyumsuzluğun çözülmesini uzatmaktan başka bir anlam taşımayacaktır. Gerçekten dava dilekçesi ile eklerinin tebliği üzerine davalı idarenin 30 gün zarfında cevap vermesi kanun gereği olduğu, halde, tevdi üzerine böyle bir süre öngörülmemiştir.

İctihadi Birleştirme Kurulunun ihdas amacı gözönünde tutulmak ve daireler arasındaki içtihat aykırılığı saptandıktan sonra, bir daire görüşü istikametinde içtihadın birleştirilmesinin usule ve 45 inci maddeye uygun olacağı nazara alınmak suretiyle, yukarıda belirtilen gerekçeler muvacehesinde, içtihadın 12 nci Dairenin 1970/165 sayılı kararı istikametinde birleştirilmesi gerektiği görüşü ile karara katılmıyoruz.