

“DANIŞTAY SAVCISININ DÜŐUNCESİ”NİN TARAFLARA BİLDİRİLMEMESİ ADİL YARGILANMA HAKKINI İHLÂL EDER Mİ?

Gürsel KAPLAN*

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) yakın tarihlerde verdiği iki kararla¹ bu soruya, ne yazık ki, olumlu yönde bir yanıt vermiş bulunmaktadır.

Mahkeme’ye göre, temyiz isteminde bulunan tarafa yanıt ve savunma hakkını kullanabilmesi için Danıştay savcısının yazılı düşünceyi tebliğ edilmeksizin temyiz incelemesinin sonuçlandırılmış olması, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) “*adil yargılanma*” hakkını düzenleyen 6. maddesine aykırıdır.

Hükümet, Danıştay Başsavcısı adına dava dosyalarını inceleyip düşüncesini yazılı bir şekilde davaya bakan daire başkanına sunan savcının isim benzerliği dışında ceza yargısındaki savcıyla ortak hiç bir yönünün bulunmadığı, düşüncesinin karara bağlanacak uyumsuzluğı aydınlatmaya yönelik ve bununla sınırlı bir etki ve işleve sahip bulunduğu; dolayısıyla, bunun uyumsuzluğı karara bağlayacak olan yargıçları (heyeti) hiçbir şekilde bağlamadığı ve somut olayda da, “*Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp idare mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir. Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddiyle idare mahkemesi*

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Kararlardan ilki “*Meral*” davası (req. no: 33446/02) ile ilgili olup, 27 Kasım 2007 tarihinde verilmiş ve 02.06.2008 tarihi itibarıyla “kesin”leşmiş bulunmaktadır. Diđeri ise, “*Akgül*” (req. no: 19728/02) davası ile ilgili olup, 17 Temmuz 2008 tarihinde verilmiş ve henüz kesinleşmemiştir.

kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir” demekle yetindiği için temyiz konusu karara yeni bir unsur eklenmediği ve sadece onun onanması gerektiği yönünde düşünce belirtmiş olduğundan, bu haliyle yanıt ve savunma hakkını kullanabilmesi amacıyla bunun davacıya bildirilmemiş olmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmek mümkün ve doğru değildir² şeklinde bir savunmada bulunmuş ise de, Mahkeme’nin aksi yönde bir sonuca ulaşmasına ve Türkiye’yi mahkûm eden kararlar vermesine engel olamamıştır.

Mahkeme, “savcının tarafsızlığından kimsenin kuşku duymadığını”³ belirtmekle birlikte, Danıştay Kanunu’nun 61/2. maddesinde yer alan “Savcılar, ilgili yerlerden Danıştay Başkanlığı aracılığı ile her türlü bilgileri isteyebilecekleri gibi işlem dosyalarını da getirebilirler.” yolundaki kurala dikkat çekerek,⁴ bunun savcıya geniş bir araştırma ve inceleme yetkisi tanıdığını ve bu yetkinin kullanılması suretiyle hazırlanmış bulunan bir “görüş” yahut “düşünce”nin taraflar yönünden “nötr” bir mahiyet taşıdığını ve uyuşmazlığı karara bağlayacak yargıçlar üzerinde de hiçbir etki ve yönlendirme gücüne sahip olmadığını söylemenin mümkün ve doğru olmayacağı belirlemesinde bulunmuştur. “Martinie” (c. France, req. no: 58675/00) ve “Kress”⁵ (c. France, req. no: 39594/98)

² “Meral” kararı, paragraf: 30; “Akgül” davasında Hükümetin Mahkemeye sunduğu “Savunma”, paragraf: 16-25.

³ Mahkeme, her ne kadar kararının bir yerinde (“Meral” kararı, paragraf: 33) böyle demekte ise de; savcı ile raportörün konumu ve rolünü karşılaştırıp tartıştığı diğer bir yerde (“Meral” kararı, paragraf: 40, 41) ise, savcılarının raportörlerden farklı olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak olan Danıştay, Kurul yahut Daire başkanının kendilerine “verdiği yetkiye” dayanarak değil, Başsavcının “otoritesi” altında çalıştıklarına dikkat çekerek, bir bakıma bunların tarafsızlığını değilse bile bağımsızlığını da tartışma konusu yapmamıştır.

⁴ Yalnızca temyiz dosyasında yer alan bilgi ve belgelerle sınırlı bir araştırma ve inceleme yapma yetkisine sahip bulunan raportörlerin bu sınırlı ve kısıtlı yetkilerine karşılık, savcılarının yukarıda anılan geniş yetkilerine dikkat çeken Mahkeme, bu sebeple raportörün “görüşü”nün taraflara bildirilmemesini -başvurucunun iddiasının aksine- adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmemiştir. Bkz: “Meral” kararı, paragraf: 40, 41, 42, 43.

⁵ Fransız idare hukukçuları arasında büyük bir ilgi ve yankı uyandıran (Didier Truchet, *Droit Administratif*, Puf, Paris, 2008, s. 130-131) bu kararda, “hükümet komiseri” düşüncesini (*conclusions*) ilk kez duruşma sırasında ve aleni olarak açıkladığından, taraflar gerek bu sırada ve gerekse istemleri üzerine kendilerine tanınacak süre zarfında yanıt ve savunma hakkına sahip bulduklarından adil yargılanma hakkının ihlali yönünden bir durum saptanmamakla birlikte (paragraf: 73, 76); “hükümet komiseri”nin oy hakkı bulunmadığı halde kararın müzakeresinde bulunması ise, adil yargılanma hakkının ihlali (yediye karşı on oyla) olarak görülmüştür.

kararlarına da göndermede bulunan Mahkeme, dava dosyasına giren her belge ve bilginin (velev ki, bağımsız bir yargıç tarafından olsa dahi) tarafların bilgisine sunulmasının adil yargılanma hakkının unsurlarını teşkil eden “silahların eşitliği” ve “çelişme usulü”nün vazgeçilmez gereklerinden olduğunu vurgulamıştır.⁶

Hükümet, davacı yahut avukatının temyiz dosyasında yer alan belgelerin örneklerini alıp yanıt ve savunma hakkını kullanabilme olanağına sahip olduğu⁷ savunmasında bulunmuş ise de,⁸ “Göç” kararına (c. Turquie, req. no: 36590/97) göndermede bulunan Mahkeme, bu hakkın bulunmasının tek başına yeterli olmadığını, ister ceza isterse hukuk yargılaması olsun, çelişmeli yargılama usulü ile adil yargılanma hakkının sair gereklerinin karşılanmış sayılabilmesi için dava dosyasına giren her türlü bilgi ve belgenin, tarafların yazılı bir şekilde yanıt ve savunma hakkını kullanabilmelerine olanak tanıyacak şekilde ve mahkemenin kendisi tarafından bildirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹

“Karar düzeltme” yoluna başvurulmamış olmasını iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından bir noksanlık olarak görmeyen Mahkeme,¹⁰ böylece hükümetin aksi yoldaki itirazını reddettiği ettiği gibi; söz konusu yola başvurulması halinde savcının düşüncesinde dile getirilen

Mahkemeye (Büyük Daire) göre, bu durum hükümet komiserine, düşüncelerini ifade edip karar verecek olan yargıçları etkilemek bakımından tarafların sahip olmadığı ek bir imkân yarattığı için “silahların eşitliği” ve “çelişme usulü” ilkelerinin ihlali anlamına gelir (paragraf: 83, 84, 85).

⁶ “Meral” kararı, paragraf: 32,33,34; “Akgül” kararı, paragraf: 22,23.

⁷ Hükümetin bu yoldaki savunmasının mevcut yasal düzenlemeler ve uygulamadaki durumla pek örtüşmediğini belirtmek gerekir. Çünkü, temyiz ve cevap dilekçesinden başka tarafların yararlanabileceği bir dilekçe ve savunma hakkına ilişkin bir kural İYUK’ta yer almadığı gibi, uygulamada da Danıştay’ın da savcılık görüşünün bildirilmesine ilişkin istemleri “... 2577 sayılı İYUK’da Danıştay Savcısının düşüncesinin taraflara tebliğ edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Savcı düşüncesi kararlar birlikte taraflara tebliğ edileceğinden ayrıca verilmesi mümkün değildir...” gerekçesiyle reddettiği bilinmektedir Bkz: Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 255.

⁸ “Meral” kararı, paragraf: 31.

⁹ “Meral” kararı, paragraf: 35; “Akgül” kararı, paragraf: 22.

¹⁰ “Akgül” kararı, paragraf: 18. Mahkeme bu sonuca ulaşırken Türkiye hakkında daha önce vermiş olduğu şu kararlara (“Öz” (décision), req. no: 68447/01; “Göç ve diğerleri” (mutatis mutandis), req. no: 71867/01, 73319/01 ve 74858/01; “Satılmış ve diğerleri” req. no: 74611/01, 26876/02 ve 27628/02) göndermede bulunarak, somut olayda, bu konuda yerleşmiş bulunan içtihadından uzaklaşmayı gerektiren bir neden bulunmadığı belirlemede bulunmuştur

hususlara hiç değinilmemiş olmasını da,¹¹ bu yola başvurulmasını zorunlu görmediğinden olsa gerek, ulaştığı genel yargı ve sonuç bakımından önemli görmemiş ve açıkça yanıtlamayarak zımnen reddetmiş bulunmaktadır.

Hükümetin mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde hukuken yapılabilecek olanı yansıtan bu savunmasına karşın Mahkeme'nin ulaşmış olduğu sonuca bakılırsa, bundan sonra da Türkiye'nin pek çok kez aynı sonuçla karşılaşması kaçınılmaz görünmektedir.¹² Çünkü görüldüğü gibi, sorun somut ve öznel yahut tekil bir duruma ilişkin değildir bilâkis buyurucu nitelikteki ilgili yasal düzenlemelerin uygulanmasına ilişkindir ve böyle olduğu için de genel, soyut ve süreklilik arz eden bir yapıya sahiptir. Başka bir deyişle, Mahkemenin vardığı yargının ve verdiği kararın hukuken doğru ve isabetli olması ölçüsünde sorunun kaynağı, ilgili yasal düzenlemelerin hatalı bir şekilde uygulanmasında değil ve fakat bizatihi kendilerindedir.

Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Temyiz Dilekçesi" başlıklı 48/3. maddesine göre, "Temyiz dilekçeleri, ilgisine göre kararı veren mahkemeye, Danıştay'a veya 4. maddede belirtilen mercilere verilir ve kararı veren mahkeme veya Danıştay'ca karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf tebliğ tarihini izleyen otuz gün içinde cevap verebilir. (...) Kararı veren Danıştay dairesi veya mahkeme, cevap dilekçesi verildikten veya cevap süresi geçtikten sonra dosyayı dizi listesine bağlı olarak, Danıştay'a veya Kurul'a gönderir." Dosya bu şekilde tamamlanıp (tekemmül ettirilip) ilgili daire veya kurul'a geldikten sonra daire veya kurul başkanınca görevlendirilecek bir üye veya tetkik hâkimi, temyiz başvurusu ile buna ilişkin dilekçe-

¹¹ Hükümetin Savunması, "Meral" kararı, paragraf: 31.

¹² Bu arada belirtelim ki, aynı durum Askeri Yüksek İdare Mahkemesince yapılan yargılama ve verilen kararlar bakımından da geçerlidir. Çünkü, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununa göre de, "Dilekçeler ve savunmalar alındıktan veya cevap süreleri geçtikten sonra, dava dosyaları Genel Sekreterlikçe Başkanunsözcülüğüne verilir. Başkanunsözcülüğünün düşünce alındıktan sonra dosyalar, görevli Daire veya Daireler Kuruluna Genel Sekreterlik aracılığıyla gönderilir." (m. 47). "Duruşmalarda Kanunsözcüsünün bulunması şarttır. Taraflar dinlendikten sonra Kanunsözcüsü düşüncesini bildirir. Bundan sonra taraflara son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir." (m. 49/5). "Duruşmalı işlerde, Kanunsözcüleri, keşif (m. 56, HUMK. 363 vd.), bilirkişi incelemesi (m. 56, HUMK. 275 vd.) veya delil tespiti (m. 56, HUMK. 368 vd.) yapılmasını yahut işlem dosyasının getirilmesini istedikleri takdirde bu istekleri görevli Daire veya Daireler Kurulu tarafından kabul edilmezse, işin esası hakkında ayrıca yazılı olarak düşünce bildirirler." (m. 50).

nin yukarıda anılan maddenin öngördüğü kurallara uygun olup olmadığını sair yönlerden (süre, biçim, ehliyet, harç ve posta giderleri vb.) inceler ve sonucunu bir “rapor”a bağlayarak başkana sunar. Raporun olumlu olması ve dairesi yahut kurulunca kabul edilmesinin ardından, temyiz dosyası “düşüncesini” sunmak üzere Danıştay Başsavcılığına gönderilir ve böylece temyiz isteminin “esastan” incelenmesi aşamasına geçilmiş olur.¹³ Bu aşamada yapılacak olanları düzenleyen Danıştay Kanunu’nun “Danıştay Başsavcılarının Görevleri” başlıklı 60. maddesine göre, “Başsavcı, dava dosyalarını (biz ekleyelim: ve temyiz dosyalarını) uygun göreceği görev ayırımına göre savcılara havale eder”. Aynı Kanun’un, “Savcıların Görevleri” başlıklı 61. maddesine göre ise, “Savcılar, kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına incelerler ve düşüncelerini, davalarda bir ay, yürütmenin durdurulması isteminde iki gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler. (...) Dava daireleri ile idari ve vergi dava daireleri kurullarınca gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay savcıları, önceden haber verilmek suretiyle, düşüncelerini sözlü olarak da açıklarlar.”.

Aktarılan yasal düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı gibi, pozitif hukukumuzda, yanıt ve savunma haklarını kullanmak üzere, savcının yazılı düşüncesinin (ve gerektiğinde sözlü açıklamalarının) taraflara, ezcümle davacıya bildirilmesi gerektiğine dair bir kural bulunmamaktadır. Bunun tek ayrık hali, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “Duruşmalara İlişkin Esaslar” başlıklı 17. maddesinde yer alan, “Danıştay’da görülen davaların duruşmalarında savcının bulunması şarttır. Taraflar dinlendikten sonra savcı yazılı düşüncesini açıklar. Bundan sonra taraflara son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir.” yolundaki düzenlemedir.

Yukarıda yer verilen ilgili yasal düzenlemelerin öngördüğü kurallar göz önünde bulundurulursa, Mahkeme kararı üzerine belirmiş bulunan bu hukuksal sorunun mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde aşılabilmesi kolay görünmemektedir Yasada bulunmamasına karşın,

¹³ Sabri Coşkun/Müjgan Karyağdı, *İdari Yargılama Usulü*, Seçkin, Ankara, 2001, s. 533; Semahattin Devrim, “Yürütmenin Durdurulması İstemlerinde Kanunsözcülerinin Düşünceleri Hakkında Bir İnceleme”, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 1977, Sayı: 20-21, s. 72 vd. Danıştay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı uyuşmazlıklarda da bu şekilde hareket edilmektedir. Bkz: A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 1112; Kâzım Yenice/Yüksel Esin, *İdari Yargılama Usulü (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu)*, Cilt-2, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 556.

savcıdan alınan yazılı düşüncenin taraflara bildirilip belirlenen süre (örneğin on beş veya otuz gün) içinde kullanabilecekleri bir yanıt ve savunma hakkının kendilerine tanınması suretiyle sorunun aşılabilceği düşünülebilir ise de, yukarıda yer verilen düzenlemelerde öngörüldüğü şekilde, ilgili Daire veya Kurul tarafından savcıdan düşüncesini sözlü olarak açıklaması istendiği takdirde, yargılama hukukunun diğer kuralları ile usul ekonomisinin gereklerine hanel getirilmeden nasıl bir çözüm yolu tutulabileceğini kestirmek kolay değildir.

Diğer yandan, temyiz isteminin duruşmalı olarak incelenmesi halinde (İYUK m. 18/4), savcı düşüncesini açıkladıktan sonra ve duruşmaya son verilmeden önce taraflara “son olarak ne diyecekleri” sorulduğu için, hiç değilse bu halde “adil yargılanma” hakkının ihlâl edildiğinden söz edilemeyeceği düşünülebilir ise de, bunun da iki bakımdan yanıltıcı olabileceğini hemen belirtmek gerekir. Çünkü, her şeyden önce, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun ilgili hükümleri (İYUK m. 17/2), temyiz incelemesi sırasında duruşma yapılmasını Danıştay’ın takdirine bırakmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, duruşma yapılabilmesi için Yasanın öze ve yönetime ilişkin olarak aradığı tüm hukuksal koşullar gerçekleşmiş olsa bile, Danıştay yine de temyiz incelemesini duruşmalı yapıp yapmamakta serbesttir.

Nitekim hükümet de bu düzenlemeyi ileri sürmüş ise de; mahkeme, bu düzenlemenin “ilk bakışta” adil yargılanma hakkının unsurlarını oluşturan “çelişme usulü” ile “silahların eşitliği” ilkelerinin gereklerini karşıladığını fakat somut olayda Danıştay’ın temyiz incelemesini duruşma yapmaksızın sonuçlandırmış olması karşısında bu noktada daha fazla bir şey söylemenin “spekülasyon”dan öteye gitmeyeceği belirlemede bulunarak, söz konusu düzenlemenin varlığını da bu bağlamda yeterli görmediğini açıkça göstermiş bulunmaktadır.¹⁴

Öte yandan, yukarıdaki düzenleme değiştirilerek, süresinde ve usulüne uygun bir şekilde talep edilmesi halinde itiraz ve temyiz aşamasında (ve karar düzeltme) da duruşma yapılması zorunlu hale getirilse bile, bu defa da –Mahkeme önünde henüz test edilmemiş olmakla birlikte– kullanılabilceği zaman kesitinin kısa ve kısıtlı olması yani hemen duruşma sırasında kullanılması zorunlu olan bir yanıt ve

¹⁴ “Meral” kararı, paragraf: 37.

savunma hakkının da bu bağlamda yeterli sayılıp sayılmayacağı belli değildir.

Dolayısıyla, mahkemenin meseleye ilişkin itiraz ve eleştirilerini bütünüyle karşılayabilmek için öyle görünmektedir ki, güncel yasal düzenlemelerin değiştirilmesinden başka çıkar bir yol bulunmamaktadır. Henüz mahkeme önüne gelmemiş olmakla birlikte, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı uyuşmazlıklarda da aynı sorunun ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu göz önünde bulundurulursa, sorunun çözümünün, mevcut kuralların gözden geçirilmesini zorunlu kıldığı daha kolay görülebilecektir. Çünkü yeni(den) bir yargılama olmayan ve sadece temyiz konusu kararın hukuka uygunluğuyla sınırlı bir biçimde yapılan (İYUK m. 49) temyiz incelemesinde dahi bu sonuca ulaşılmış bulunan Mahkemenin, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakıp karara bağladığı uyuşmazlıklar bakımından evleviyetle ulaşacağı açıktır.

Bu ön kabulden hareket edildiği takdirde, sorunun çözümüne ilişkin olarak değişik iki yol düşünülebilir. Bunlardan birincisi ve akla ilk geleni, yukarıda yer verilen ilgili yasal düzenlemeler ile bunlarla bağlantılı diğer kuralların mahkemenin eleştiri ve itirazlarını karşılayacak şekilde değiştirilmesidir. Örneğin yanıt ve savunma hakkını kullanabilmek için yeterli bir süre de tanıyarak savcının yazılı düşüncesinin taraflara tebliği; duruşmalı işlerde ise, tarafların istemine bağlı olarak yine aynı hakkın kendilerine tanınması şeklindeki önlemler, bu bağlamda ilk elden düşünülebilecek olanlardır. Fakat böyle bir uygulamanın, uzun sürmesi nedeniyle, öteden beri zaten şikâyet ve eleştiri konusu yapılan yargılama ve karar verme sürecini daha da uzatacağı açıktır.¹⁵ Bu sakıncayı hafifletmek içinse, savcının bütün uyuşmazlıklarda yer alması gerektiği yolundaki kural yumuşatılarak, savcının yargılama ve karar sürecinin uzamasına kattığı yük ya da baskının hafifletilmesi yolu da düşünülebilir. Bunun için, Danıştay'ın gerek ilk derece mahkemesi ve gerekse temyiz (ve karar düzeltme) mercii sıfatıyla baktığı dava ve uyuşmazlıklardan hangilerinde savcının yer alacağı, ya yasal düzenlemelerle ya da somut duruma göre Başsavcının (ya da

¹⁵ Yargılama ve karar süreci süresi üzerindeki baskısını hafifletmek için, savcının düşüncesinin elektronik ortamda taraflara bildirilmesi yolu da düşünülebilir ise de; ülkemizde bu tür olanaklardan henüz herkesin yararlanmadığı gerçeği göz önünde bulundurulursa, bu aşamada böyle bir yolun ihtiyari değilse bile zorunlu tutulmasının şimdilik erken ve dolayısıyla isabetsiz olacağı söylenebilir.

ilgili daire ve kurulun) takdir ve tespitine bırakılarak sorunun halledilmesi düşünülebilir.

İkinci bir yol olarak da, savcılık kurumuna bütünüyle yeni bir görev ve işlev tanıyarak; örneğin, doğrudan yargısal nitelikte sayılmayacak çeşitli yetki ve görevler yanında özellikle, yargısal kararların yerine getirilmesini izleyen ve sağlayan bir hukuki statüye kavuşturularak mevcut rolünün tamamen değiştirilmesi de düşünülebilir. Fakat bunun kolayca kabul görmeyeceğini hemen belirtmek gerekir. Çünkü karşıt fikirde olanlar da bulunmakla birlikte, öğreti ve uygulamanın içinden gelen müelliflerin büyük bir çoğunluğu böyle bir kurumun gerekli ve yararlı olduğu fikrinde birleşmektedirler. Gerçekten de, Fransız Devlet Şûrası (*Conseil d'État*) nezdinde bulunan "hükümet komiseri"¹⁶ (*commissaire du gouvernement*) kurumundan mülhem savcılık kurumu nerdeyse Danıştay ile yaşıt ve onunla birlikte anıla gelen bir kurum¹⁷ kimliğine sahip bulunduğundan olsa gerek, konumu ve işlevine yö-

¹⁶ Conseil d'État Başkan Vekili Jean-Marc Sauvé'nin basına yaptığı açıklamaya göre, İHAM'ın Fransa'yı mahkûm eden ve odağında "hükümet komiseri"nin hukuksal konumunun bulunduğu kararlar nedeniyle, Conseil d'État'ın 2008 yılı "Rapor"unda (*Rapport Public-2008*), 1 Ocak 2009 tarihinden itibaren yürürlüğe konulacak düzenlemelerle söz konusu kurumun hukuksal konumundan başka, isminin de "rapporteur public" (kamu raportörü) olarak değiştirilmesi öngörülmektedir. Bkz: http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0809.shtml (1.12.2008); Pascale Gonod, "Le Conseil d'État à la croisée des chemins?", *Actualité Juridique-Droit Administratif*, 2008, s. 630.

¹⁷ İlk kez 1925 tarih ve 669 sayılı Danıştay Kanunuyla "müddeiumumi" adı altında hukukumuza giren bu kurum, zaman içinde önemli hukuksal değişiklikler geçirmiştir. Şöyle ki, söz konusu Kanunun 12 nci maddesine göre, "idari davaların tahkikat ve muhakematında mütalâa beyan eylemek üzere, muavinlerden lüzumu kadarının müddeiumumilik vazifesinin ifasına Şurayı Devlet Riyasetince muayyen müddet memur edilirler.". Görüldüğü gibi, bu Kanunda "müddeiumumilik" bir organ yahut teşkilat birimi olarak değil ve fakat bir "görev" olarak tasarlanmış ve düzenlenmiştir. Çünkü bugünkü gibi bir "başsavcılık" kurumu bulunmadığı gibi, Danıştay Birinci Başkanı "Danıştay yardımcıları" (bugünkü tetkik hâkimlerine tekabül etmektedir) arasından istediği kişilere "müddeiumumilik" görevi vermekte ve gerektiğinde onu geri alabilmekteydi. "Ancak, aralarında teselsül bulunmadığından bahisle her kanunsözcüsünün bir birinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürmeleri çeşitli karışıklıklara, iş dağıtımından doğacak mesleğin onur ve saygınlığı ile bağdaşmayan sürtüşmelere sebebiyet vereceği düşüncesi ile sevgiye, saygıya, ihtisasa ve disipline dayanan bir çalışma ortamı yaratabilmek için Yargıtay'daki Başsavcılığa benzer bir kuruluşa şiddetle gereksinme bulunduğu saptanarak 4904 sayılı Yasa ile Başkanunsözcülüğü ihdas edilmiş ve müddeiumumilik adı da bu yasa ile kanunsözcüsü olarak değiştirilmiştir.", Ali Rıza Alpaslan, "Danıştay Başkanunsözcülüğü", *Danıştay Dergisi*, Yıl: 1977, Sayı: 20-21, s. 49.

nelik olarak bugüne kadar ciddi bir itiraz ve tartışma yaşanmamıştır. Aksine, nerdeyse herkes onu idari yargılama hukukunun olmazsa olmaz bir unsuru gibi görmektedir. Örneğin, söz konusu kurumun son derece yararlı ve gerekli olduğunu düşünen Onar¹⁸ aynen şöyle demektedir: “Başkanunsözcüsü¹⁹ Fransız Devlet Şûrası’ndaki hükümet komiserleri makamındadır. Bunların idari davalar bakımından çok mühim bir rolü vardır: heyetten ayrı ve müstakil olarak başkanunsözcüsü ve kanunsözcüleri dâvayı tetkik, tahlil ve teşrih ederler. Dâva, heyetin dışında da tetkik edilerek açıklanmış ve maddi ve hukuki esasları, salâhiyetli bir hukukçu tarafından müstakilen tetkik edilerek heyete arz edilmiştir. Bu suretle karar safhasından ve heyetçe tetkik ve münakaşadan evvel dâva bir kere daha tetkik, âdeti iki derecede rüyet edilmiş olur. Bu sistem, dâvanın ciddi bir tarzda görülmesi için bir teminat teşkil ettiği gibi, heyeti de aydınlatmak ve işini kolaylaştırmak bakımından faydalıdır.”. Yargılama ve karar sürecine buldukları katkı bakımından savcı ile raportörün rolünü de birbiriyle karşılaştıran Onar açıklamaların şu şekilde sürdürmekte ve sonuçlandırmaktadır: “Heyet âzasından birinin raportör sıfatı ile yapacağı tetkik ile bunu karıştırmamak lâzımdır. Aza heyetin içinde ve onun namına bir hazırlık ve hülâsa yapmıştır. Halbuki kanunsözcüsü tamamen müstakil bir tetkik yapmakta ve müstakil bir mütalaâ vermekte ve bu suretle dâva iki makam tarafından ayrı ayrı tetkik edilmiş olmaktadır.”²⁰

İdari yargıdaki kanunsözcüsünün görevi ve statüsü itibarıyla, Yargıtay’daki ve ceza mahkemeleri önündeki Cumhuriyet Savcıları-

¹⁸ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1911.

¹⁹ Eski Danıştay kanunlarında “müddeiumumi” (1925 tarih ve 669 sayılı Kanun, m. 12, 1938 tarih ve 3546 sayılı Kanun, m. 38, 39) ve “kanunsözcüsü” (3546 sayılı Kanunda değişiklik yapan 1946 tarih ve 4904 sayılı Kanun, m. 2, 521 sayılı Kanun, m. 8, 16, 77, 79, 80) olarak ifade edilen bu kurum, 1981 tarih ve 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu (m. 3/b-2), Danıştay Kanunu (m. 60, 61) ve İdari Yargılama Usulü Kanununda (m.18, 51) “savcı” olarak ifade edilmektedir. 3546 sayılı Kanun’da değişiklik yapan 1946 tarih ve 4904 sayılı Kanun’un kabulü sırasında da kurumun “savcı” olarak anılması yönünde çeşitli “önerge”ler verilmiş ve uzun uzadıya tartışmalar yaşanmış ise de; özellikle adli yargıdaki savcılık kurumu ile farkını belirtmek amacıyla, “kanunsözcüsü” teriminin kabulünde karar kılınmıştır. Söz konusu “önerge” ve “komisyon raporları” için bkz: Alpaslan, a.g.m., s. 48 vd; İsmail Hakkı Görelî, *Devlet Şûrası*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1953, s. 110 vd. Genel idari yargıdaki adı bu şekilde değiştirilen kurum, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nda (47, 49, 50) hâlâ “kanunsözcüsü” olarak anılmaktadır.

²⁰ Onar, a. g. e., s. 1911.

nın kamu davacılığı rolünden ayrı ve çok farklı olması nedeniyle unvanlarının savcıya çevrilmesinin doğru ve yerinde olmadığını ve ayrıca Başsavcının emir ve talimatı altına sokulmaları da çok yanlış ve sakıncalı” olmuştur diyen Duran da, devamla, “*çünkü kanunsözcülüğü, idari dava ve uyuşmazlıkların heyetlerde görüşülüp çözümlenmesinden önce, bir kez genç ve bağımsız bir elemanın incelemesinden geçirilmesindeki yararı sağlamaya yöneliktir. Danıştay yardımcılarının ya da tetkik hâkimlerinin dosyayı inceleyip heyetlere sunmalarında da, bu türden yenilikçi, atılımcı ve geliştirici çözümlerin gerçekleşmesi aranır ve istenir.*”²¹ diyerek, böyle bir kurumun gerekli ve yararlı olduğunu belirtmektedir.

Savcı ve hâkimin (raportörün) ayrı ayrı incelemesinin kararın niteliğini yükselteceğini kaydeden Odyakmaz da, bu sebeple bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde de savcılık kurumuna yer verilmesinin yararlı olacağını²² ifade etmektedir.

Uygulamanın içinden gelen müelliflerin yaklaşımı da pek farklı değildir. Örneğin, davacı ve davalı sıfatıyla bir davada şahıslar ve İdarenin, genellikle ihtilafları kendi yönünden haklı gösterecek şekilde serdettiklerini ve deliller ileri sürdüklerini belirten Tüzemen, “*savcı ise, tam bir tarafsızlık içinde kanunun daha doğrusu hukukun ne söylediğini araştırmakta ve tespit ettiği görüşünü dava dairelerine sunmaktadır. O, kanuniliği en iyi şekilde sağlamada ve adaleti aramada yol göstericidir.*”²³ demektedir.

Söz konusu kurumun yarar ve başarısına ilişkin olarak farklı görüşler –tespit edebildiğimiz kadarıyla- yalnızca 1931-1938 yılları arasında Danıştay Birinci Başkanlığı görevinde bulunmuş olan M. Reşit Mimaroglu ile Güran tarafından dile getirilmiştir. Örneğin, Mimarog-

²¹ Lütü Duran, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988, s. 244.

²² Zehra Odyakmaz, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü*, (Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2001), Danıştay Başkanlığı, Ankara, 2003, s. 146. Aynı yönde bkz: Yahya K. Zabunoğlu, “İkinci Oturum Tartışmaları”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s.120, 121,136; Cavit Can, “İdari Yargıda Hâkimler ve Savcılar”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1991, s. 365-367.

²³ Orhan Tüzemen, “Danıştay Kanunsözcülüğünün Görevleri”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Yıl: 1968, Sayı: 11(Danıştay’ın 100. Yılı Özel Sayısı), s. 41; aynı yönde bkz: CAN, a.g.m., s. 360, 361; Alpaslan, a.g.m., s. 47, 61.

lu²⁴ savcılık kurumu hakkında aynen şöyle demektedir: “*Danıştay’da Müddeiumumilik ikinci derecede bir konudur. Bu, yargıçların tarafsız bir mütalâyayı da aldıktan sonra davayı yargılaması yahut, Fransa’daki eski konuluş hikmeti gibi, Devlet Dairelerinin kararlarını desteklemek için olsun, ehemmiyeti ikinci derecede bir tesisdir.*” Savcılık kurumunun gerekliliği ve yararlılığına değilse bile, oluşturulmasına dair nedenlerle görev ve işlevine²⁵ ilişkin olarak bir ölçüde yanlış taşıyan²⁶ ve hayli erken tarihlerde yapılmış bulunan bu değerlendirmeleri bir yana bırakacak olursak; uzunca bir pratik süreci de gözlemleyen Güran²⁷ da benzer sonuçlara ulaşmış bulunmaktadır. Yazara göre, “*Kanunsözcüsünün me-saisinin, özellikle karar makamının dışında yer alan bir diğer makamın tahlil*

²⁴ M. Reşit Mimaroglu, *Cumhuriyet Devrinde Danıştay ve İdare Davaları*, Zerbamat Matbaası, Ankara, 1945, s. 30 (Duran, *a. g. e.*, s. 209’dan naklen). Yine uygulamanın içinden gelen bir müellif olarak Gökçe de, “prensip olarak” savcılık kurumuna karşı olmadığını, onu yararlı ve gerekli bir hukuksal kurum olarak gördüğünü belirtmekle birlikte, mevcut duruma ilişkin olarak şu gözlem ve belirlemelerde bulunmaktadır: “Hali hazırdaki yasada da 521’de de tabirimi mazur görün kanunsözcülüğü ya da Danıştay savcılığı güdük bir müessese şekline dönüştürülmüştür. (...) Bugün idari yargı içerisinde kanunsözcülüğünün ya da savcılığının biraz evvel değindiğim gibi yeri nedir? Mahkemenin bir rüknümüdür? Değildir, karara katılamıyor. Taraf mıdır? Taraf da değildir. İtiraz edemiyor. Öyleyse nedir? Kalkıyor bir sürü taleplerde bulunuyor. Çoğu kez bu taleplerine ve dileklerine aykırı kararlar çıkıyor. Eli kolu bağlı hiçbir şey yapamıyor. (...) Kamu hukukunun idari yargı içerisindeki temsilcisi desek, bu nasıl temsilci ki ne söylerse söylesin yine tabirimi mazur görün kenardan gazel okuma gibi oluyor. Kenardan okunan bir gazelin ister Yüce Danıştay içerisinde, ister bölge idare mahkemelerinde, ister vergi mahkemelerinde ne derece yararlı olabilir.”. Bkz: Abbas Gökçe, “İkinci Oturum Tartışmaları”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s. 130-131.

²⁵ Gerçi, Yazarın Fransız Hukukuna ilişkin olarak söyledikleri doğrudur. Çünkü, 12 Mart 1831 tarihli Kararname (*Ordonnance*) ile ihdas edilen “hükümet komiseri”nin görevi, Devlet Şûra’sı (Conseil d’État) önünde görülen davalarda Hükümeti (İdareyi) temsil etmek ve savunmaktır. Böyle olmakla birlikte; uygulamaya, bu kurumun kuruluş amacından çok farklı bir yönde seyretmiş ve “hükümet komiseri”, Devlet Şûrası önünde görülen dava ve uyuşmazlıklarda Hükümeti temsil eden ve onu savunan bir görevli değil; tamamen tarafsız ve bağımsız bir şekilde, hukukun ne olduğunu söyleyen görevli statüsüne kavuşmuştur. Bkz: Jean-Marie Auby/Roland Drago, *Traité De Contentieux Administratif*, Tome Premier, 2. Édition, LGDJ, Paris, 1975, s. 196-197; Bernard Pacteau, *Traité De Contentieux Administratif*, 1. Édition, Puf, Paris, 2008, s. 347, 373 vd; René Chapus, *Droit Du Contentieux Administratif*, 13. Édition, Montchrestien, Paris, 2008, s. 911.

²⁶ Duran, *a. g. e.*, s. 211.

²⁷ Sait Güran, *Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1977, s. 171.

ve tespitlerinin önemi aşikarsa da; gerek raportör, gerek kanunsözcüsü davayı aynı mülâhazayla, aynı açıdan, aynı denetleme seviyesinden ele aldıkları için, aralarında inceleme bakımından bir mahiyet farkı yoktur. Her ikisi de hukuken isabetli ve adil bir kararlar, İdarenin sıhhatli bir biçimde denetlenmesinin sağlanması konusunda faaliyet göstermektedir. Hattâ yaklaşımları gibi, metotları da farklı değildir. Bu itibarla, kanunsözcüsünün incelemesi, bir tekrar intibai uyandırmaktadır. Bütün mesele böyle bir tekrarı gerektirecek bir sebebin bulunup bulunmadığıdır. Özellikle Türk Danıştayının uygulamasını göz önünde tutarak diyebiliriz ki, Kanunsözcüsünün tekrar izlenimini yaratan çalışması, sistemin temel direğini teşkil eden vazgeçilmez bir inceleme değildir. Ve, bu tekrarı haklı kılan bir sebep de yoktur; dâvayı uzatmaktan başka. Bununla beraber, kanunsözcülüğü müessesesinin önerisi şu olabilir: Dâvanın, esas hükmü verecek dairenin iç incelemesi dışında, bir diğer merci tarafından maddi ve hukuki yönlerden titizlikle tetkiki, yargılamaya önemli bir katkıda bulunur. Bu fikri kabul ediyoruz; fakat bugün mevcut kanunsözcülüğü ve sadece bugünkü mesaisi ile değil.”.

Kanaatimizce, savcılık kurumunun yargılama ve karar sürecine ne ölçüde olumlu bir katkıda bulunabileceği, her şeyden önce, onun bu bağlamdaki yetkileri ile temyiz başvurusunun hukuki niteliğine ilişkin bir sorundur.

Söyle ki; Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda, İdari Yargılama Hukukuna hakim olan re'sen araştırma ilkesinin tanıdığı yetki ve olanaklardan yararlanabilen savcının, hazırlayıp sunduğu yazılı (ve gerektiğinde sözlü) düşüncesi ile ilgili daireyi daha da aydınlatarak adil ve isabetli bir karar verilebilmesine bir ölçüde olumlu bir katkı sunabileceği söylenebilir. Zira bu aşamada savcı, tarafların isteminin sınırları içinde kalmak kaydıyla, uyuşmazlıkla ilgili maddi vakıalar ile sebeplerini ve bunların kanıtlarını gerektiği şekilde araştırıp bir kanaate ulaşmakta tamamen serbest²⁸ olduğundan, gerek

²⁸ Savcılarının “Başsavcının emir ve talimatı altına sokulmaları(nun) çok yanlış ve sakıncalı” (Duran, a. g. e., s. 244), olduğu sair açılardan söylenebilir ise de; kanaatimizce, 4904 sayılı Kanun'un 45. maddesinde yer alan kanunsözcülerinin “düşüncelerini bildirmekte tamamen serbest” oldukları yolundaki kural ile 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 110. maddesinde yer alan “kanunsözcüleri düşüncelerinde tamamen serbesttirler” yolundaki kurala benzer bir kurala 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 61. maddesinde yer verilmemiş olmasından, savcılarının herhangi bir kişi veya makamın emir ve yönlendirmesi doğrultusunda hareket edeceği ve “düşünce”sini bildireceği sonucu çıkarılamaz. Aynı yönde bkz: Can, a.g.m., s. 363.

uyuşmazlığı maddi ve hukuki yönlerden aydınlatmak ve gerekse bundan hareketle varılacak sonuç ve verilecek kararın ne yönde olması gerektiği konusunda ilgili daireye yol gösterip yardımcı olabilmektedir. Gerçi, aynı araştırma ve incelemenin uyuşmazlığı karara bağlayacak olan dairenin bizatihi kendisi tarafından da yapılacağı ve bu işle görevlendirilen bir “raportör” tarafından hukuki analize tabi tutularak gerekli hukuksal çıkarımlarda bulunulacağı için, Güran’ın belirttiği gibi, tekrara yol açması ihtimali bulunan böyle çaba ve çalışmaya ayrıca gerek olup olmadığı sorgulanabilir. Fakat hiç değilse, davanın henüz belli bir şekil almamış olduğu bu aşamada, savcının perspektifinden ortaya konulabilecek dava malzemesi ile bunların analizinden hareketle varılabilecek farklı hukuksal sonuçların bulunabileceği olasılığının kabulü ölçüsünde ve çerçevesinde, böyle bir faaliyetin zorunlu değilse bile, yararlı olabileceğini söylemek yanlış olmasa gerekir.

Ne var ki, “İdari yargılamada, hükme hazırlık safhasına son derece önem verildiği ve Hey’etin önüne değişik kişilerce gözden geçirilmiş, dikkatle incelenmiş malzemenin getirilmek istendiği”ni,²⁹ gösteren bu düzenleme ve uygulamanın sağladığı yarar, yargılama ve karar sürecinin uzaması ile İHAM kararlarında işaret edilen sorunlara yol açması şeklindeki olumsuzluklarla birlikte düşünüldüğünde, hangi yönünün diğerine feda edilmesi gerektiği tartışmaya değer bir konudur.

Diğer yandan, böyle bir mesai için savcıya tanınan sürenin –kural olarak– bir ayla sınırlı tutulmuş olması³⁰ göz önünde bulundurulduğunda, kapsamlı bir araştırma ve kanıt toplamaya ihtiyaç gösteren uyuşmazlıklarda bunun ne ölçüde gerektiği gibi yapılabileceği meselesi de sorgulanabilir ise de; ilgili yasal düzenlemeler söz konusu sürenin aşılabilmesine izin vermiş bulunduğundan, düşünce hazırlayıp sunabilmek için gerekli araştırma ve incelemelerin yapılabilmesinin olanak dâhilinde olduğunu ve pratikte de yapılmakta bulunduğunu hiç değilse teorik plânda kabul etmek mümkün ve gereklidir.

Oysa, hukuk kurallarının maddi olaya doğru bir biçimde uygulanıp uygulanmadığıyla sınırlı bulunan temyiz (ve karar düzeltme)

²⁹ Güran, a. g. e., s. 171.

³⁰ “Savcılar, kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına incelerler ve düşüncelerini, davalarda bir ay, yürütmenin durdurulması isteminde iki gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler. Bu süreler geçirilirse durumu sebepleriyle birlikte Başsavcıya bildirirler.” (Danıştay Kanunu, m. 61).

incelemesinde ise, savcının rolü kendiliğinden ikinci plâna itilmektedir. Çünkü her ne kadar Danıştay Kanunu'nun 61. maddesinde yer alan, "*Savcılar, ilgili yerlerden Danıştay Başkanlığı aracılığı ile her türlü bilgileri isteyebilecekleri gibi işlem dosyalarını da getirebilirler.*" yolundaki kural, temyiz aşamasında dahi savcının maddi vakıalar ile sebeplerini ve bunların kanıtlarını serbestçe araştırıp sonucuna göre düşüncesini hazırlayacağı izlenimini uyandırmakta ise de; bunun, ilk derece yargılaması ile ilgili ve sınırlı olduğunu ve temyiz incelemesini kapsamadığını belirtmek gerekir. Aksi yönde bir düşünce, temyiz incelemesini istinaf yöntemine dönüştüreceğinden kabul edilemeyeceği³¹ gibi, temyiz incelemesini karara bağlayacak olan daire veya kurulun sahip olmadığı bir yetkinin savcıya tanınması sonucunu doğuracağı için de doğru görülemez ve kabul edilemez.

Dolayısıyla, savcının bu aşamadaki araştırma ve inceleme yetkisi, tıpkı temyiz istemini karara bağlayacak olan daire veya kurulunki gibi, temyiz konusu kararın dayanak ve gerekçesini teşkil eden hukuki sebepler ile bunlara ilişkin hukuk kurallarından başka, kamu düzeninden sayılan ve dolayısıyla re'sen göz önünde bulundurulması gereken durumlar ile bunlara ilişkin maddi vakıalar ve bunların sebepleriyle kanıtlarına inhisar etmektedir. Hâl böyle olunca, Güran'ın belirttiği gibi, savcının bu aşamada yargılama ve karar sürecine raportörden daha fazla nasıl olumlu bir katkıda bulunuyor olabileceği sorusu haklı olarak sorulabilir. Belki de bu nedenledir, uygulamanın içinden gelen bir müellifin belirttiğine göre, uygulamada savcının yazılı düşüncesi genelde okunmadan dava ve uyuşmazlıkların karara bağlanması yoluna gidilmektedir.³² Danıştay'ın gerek temyiz ve gerekse ilk derece

³¹ Gözübüyük/Tan, *a. g. e.*, s. 1121, 1136; Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 915-916; Zehra Odyakmaz, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa, İstanbul, 1993, s. 84 vd.; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin, Ankara, 2002, s. 93 vd.

³² Örneğin bir dönem Danıştay Onbirinci Daire üyeliği ile Danıştay Başkanunsözcülüğü görevlerinde de bulunmuş olan Ali Rıza Alpaslan bu konuda aynen şöyle demektedir: "2575 sayılı yeni Danıştay Kanunu'nda da Danıştay savcılarının etkinliğini artırıcı kurallara yer verilmemiştir. Öz eleştiride büyük yararlar olduğu görüşündeyiz. Bu nedenle kendimizden söz açmak istiyorum. 11. inci dairede üye bulunduğum zaman Dava Daireleri Kurulu'na da katılıyordum. Gerek 11. Dairedeki ve gerekse Dava Daireleri Kurulu'ndaki gözlemlerimden bahsedeceğim. Kanunsözcülerimizin yasa kuralına rağmen çoğu kez düşünceleri okunmamıştır.", Ali Rıza Alpaslan, "Üçüncü Oturum Tartışmaları", *İdari Yargıda Son Gelişmeler*

mahkemesi olarak genel görevli olduğu bir dönemdeki uygulamasına ilişkin bulunan bu tespit, savcının ne ilk derece ve ne de temyiz yargılamasında vazgeçilmez bir role sahip olmadığını göstermektedir.

Görünüşün aksine, kanaatimizce, kanun koyucu da savcılık kurumun yargılama hukukunun olmazsa olmaz bir unsuru olduğu düşüncesinde değildir. İdari Yargı alanında 1982 yılında gerçekleştirilen köklü yasal değişikliklere karşın, söz konusu kurumun adı ve yapısına ilişkin kimi küçük değişiklikler dışında yapısı ile yetki ve görevlerinde önemli bir değişikliğe gidilmemiş olması da aksine düşünmemizi gerektirmez. Çünkü eğer öyle olsaydı, öğreti ve uygulamanın içinden gelen müelliflerin nerdeyse ittifakla³³ savundukları gibi, anılan tarihte kurulmuş bulunan idare ve vergi mahkemelerinin yapısında da bu kuruma yer verilmesi gerekirdi. Hatta ilk derece yargısının temyiz incelemesine nazaran önemi göz önünde bulundurulduğunda ve bununla da kural olarak bu yargı yerlerinin görevli olduğu göz önünde bulundurulursa bu yerlerde evleviyetle kendisine yer verilmesi gerekirdi Bir ilk derece yargı yeri olmamakla birlikte, istinafa yaklaşan itiraz incelemesiyle görevli bulunan bölge idare mahkemeleri için de bu tespitin aynen geçerli olduğunu eklemek gerekir.³⁴ Böyle yapılmayarak, öteden beri olduğu gibi, savcılık kurumuna yalnızca Danıştay düzeyinde yer verilmekle yetinilmesi, bu kurumun gerekliliği ve yararına olan inançtan ziyade, onun öteden beri Danıştay'ın yapısında bulunmasının kendisine kazandırmış olduğu tarihi değer ve saygınlığından dolayı olsa gerektir.

Öte yandan, eğer kanun koyucu genel olarak savcılık kurumunu

Sempozyumu, 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982, s. 178.

³³ Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kimi müellifler, mevcut düzenleniş biçimine bakarak, savcılık kurumunu etkisiz ve işlevsiz gördükleri için bu haliyle alt derece idari yargı yerlerinde kendisine yer verilmesinin bir yararı olmayacağı düşüncesindedirler. Örneğin bkz: Gökçe, "İkinci Oturum Tartışmaları", *a. g. e.*, s. 130-131.

³⁴ Bilindiği gibi Fransa'da 1953 yılında yerlerini idare mahkemelerine terk eden idare kurumlarının yapısında 6 Eylül 1926 tarihli Kararname (*décret*) ile önemli bir takım değişiklikler gerçekleştirilmiş ve bu bağlamda, yetki ve görev alanları birden fazla ili içine alacak şekilde (*interdépartementeux*) genişletildikten başka; vali başkanları olmaktan çıkarılmış ve "hükümet komiseri" adı altında başka bir görevliye bünyelerinde yer verilmiştir (Bkz: Auby/Drago, *a. g. e.*, s. 211-212) İşte ilk derece yargı yerlerinde ya da bu yetkiye sahip idari birimlerde ilk defa bu tarihte yer alan "hükümet komiseri", 1953 yılında kurulan idare mahkemeleri ile 1987 yılında kurulan idari istinaf mahkemelerinde de yerini alıp varlığını sürdürmektedir.

ve özellikle de onun düşüncesini adil ve isabetli kararlar verilebilmesine olan katkısı bakımından önemsemiş olsaydı, o takdirde, bu kurumu hukuksal yönden güçlendirici düzenlemelerle desteklemekten geri durmazdı. Ezcümle, düşüncesi hilâfına karar verilen hallerde ilgili savcı veya Başsavcıya söz konusu kararı temyiz etme yetkisinin tanınması beklenirdi.³⁵ Buna yer verilmemiş olması, dava ve temyiz incelemelerinin uzamaması kaygısına dayanıyorsa, bunun savcılık kurumunun bizatihi kendisi için de geçerli olduğu meydandadır. Temyiz isteminde bulunabilmenin yalnızca davanın taraflarına tanınmış bulunan bir hukuksal olanak olduğu ve bu sıfattan yoksun bulunan savcıya böyle bir yetki tanınmayacağı yolundaki gerekçe de, hukuk mantığının kaçınılmaz gerekleriyle değil; ancak güncel yasal düzenlemelerin bu yolda koymuş buldukları kurallarla açıklanıp savunulabilir. Çünkü hukukun doğru ve isabetli olanı araştırıp bulma amaç ve kaygısını her şeyin önüne koyan ve savcıyı da bu amacı gerçekleştirmenin vazgeçilmez bir aktörü olarak gören bir yargılama hukuku anlayışının kendi içinde tutarlı olabilmesi ve bu bağlamda savcıya yüklenen rolün de istendiği ve gerektiği şekilde yerine getirilebilmesini sağlamak için düşüncesine aykırı karar verildiği hallerde savcıya veya Başsavcıya söz konusu kararı temyiz edebilme yetkisinin tanınması da eşyanın tabiatı gereğidir. Zira ancak bu şekildeki bir düzenlemeyle yargılama ve karar süreci çarkının bütün dişlilerinin yerli yerine oturması sağlanabilir ve böylece bu yoldaki mevcut kurallar daha etkin kılınarak kendi içinde tutarlı bir yapıya kavuşturulmuş olur.³⁶ İYUK'nun 51. maddesinde yer alan "*kanun yararına temyiz*" yolu bu boşluğu bir ölçüde doldurmakta ise de, yalnızca Danıştay'ın temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararlar hakkında başvurulabilecek bir yol olması ve sonucunda verilecek kararın da kesin hükmün bağlayıcı etkilerini ortadan kaldırması bakımından sınırlı bir hukuksal etki ve güce sahip bulunduğundan yeterli görülemez.³⁷

Bütün bunların gerçekleştirilmemiş olması, savcılık kurumunun konumunu tartışmalı kıldıktan başka, kendisine yüklenen olumlu işlevin samimiyet ve ciddiyeti hakkında da haklı birtakım kuşku uyanmasına yol açmaktadır. Bütün bunlara, İHAM'ın yukarıda anılan

³⁵ Alpaslan, "Üçüncü Oturum Tartışmaları", s. 178-179; Can, a.g.m., s. 364-367.

³⁶ Aynı yönde bkz: Gökçe, "İkinci Oturum Tartışmaları", a. g. e., s. 130-131.

³⁷ Can, a.g.m., s. 365.

kararlarıyla tarafsızlığı olmasa bile, Başsavcının emri ve otoritesi altında bulunduğundan bağımsızlığı ve sahip olduğu re'sen araştırma ve inceleme yetkisini kullanarak hazırladığı düşüncesi ile de uyumsuzluğu karara bağlayacak olan Daire veya Kurul'u etkileyip yönlendirme imkân ve şansına sahip olduğunun kabul edilmesi nedeniyle, uyumsuzluk hakkında bir karar verilmeden önce düşüncesinin taraflara bildirilmemesinin "silahların eşitliği" ve "çelişme" usulü prensiplerinin ihlali olarak görülmüş olması gibi hususlar eklendiğinde, söz konusu kurumun hukuksal yapı, yetki ve görevleriyle işlevi yönünden esaslı bir değişim ve dönüşüme ihtiyaç göstermekte olduğu kendiliğinden anlaşılacaktır.

Gerçekten de, söz konusu kurumun ortaya çıkış nedeni, ister Mimaroglu'nun açıkladığı şekilde "devlet dairelerinin kararlarını desteklemek için"³⁸ olsun, isterse Gökçe'nin açıkladığı gibi, "başlangıçta Danıştay'da yeterince hukuk bilen kişiler bulunmadığından bunların görüşlerinden istifade etmek ihtiyacından doğmuş"³⁹ sayılsın, süreç içinde gelen aşamada her iki var oluş nedeni de kalmayan savcının, bakılan dava ve uyumsuzluklar nedeniyle tamamen bağımsız ve tarafsız bir biçimde hukukun ne olduğunu söylemeye çalışmak suretiyle adil ve isabetli kararlar verilebilmesine bir ölçüde katkıda bulunduğu inkârdan gelinemez ise de; yine bu işlevi ve konumu nedeniyle, yukarıda belirtilenlerden başka, yargılama ve karar sürecinin daha çetrefil bir hâl alması ve uzamasına yol açmak gibi olumsuz yönlerinin de bulunduğu yok sayılıp görmezden gelinemez.

Sorunun yegane çözümü, savcılık kurumunun bütünüyle ortadan kaldırılmasından geçmemekte ise de; bunun da düşünülebilecek seçenekler arasında bulunması gerektiğini belirtmek gerekir. Zira idare ve vergi mahkemeleri ile bunların birçok kararını itiraz üzerine inceleyip

³⁸ Mimaroglu, a. g. e., s. 30 (Duran, a. g. e., s. 209'dan naklen).

³⁹ Yazar aynen şöyle demektedir: "Başlangıçta belki Danıştayımızda yeterince hukuk bilen kişiler, yardımcıları yerine eskiden görev yapan kişilerin kanun adamı olmaları ve bu yönden hazırlanan idari yargı dosyasının daha evvel bir yargı süzgecinden geçirip idari kurula, ya da mahkemeye bir yön verebilmesi için öngörülmüş olabilir. Daha evvel Fransızların "komiser dü guvernöman" ve bizim kanunsözcüsü diye nitelediğimiz bu müessese, daha evvel hukuk bilen kişiler bir yön bulsunlar, düşüncesinden kaynaklanmış olabilir. (...) Şimdi bugünkü sistemimizde çok şükür Danıştayımız çok iyi bir çizgiye gelmiş, Danıştayımız içerisinde çok yetişkin tetkik hâkimlerimiz, Danıştay savcılarımız vardır.", Gökçe, "İkinci Oturum Tartışmaları", a. g. e., s. 131.

kesin olarak karara bağlama yetkisine sahip bulunan bölge idare mahkemelerinde savcılık kurumunun bulunmaması, pekâlâ onsuz da idari yargı çarkının dönebileceğini göstermektedir.

Kurumun tarihsel anlamı, anısı ve saygınlığı ile yargılama hukukunda kendisine edinmiş bulunduğu yer, onun bir anda ortadan kaldırılması fikrinin yadırganmasına yol açabileceği için, bunun yerine, yer alacağı dava ve uyuşmazlıklar bir şekilde azaltılmak suretiyle yargılama ve karar sürecindeki rolü azaltılıp, yargısal kararların yerine getirilmesini izleme ve sağlama yetki ve göreviyle donatılarak kısmi ve nispi bir değişiklik ve dönüşüme tabi tutulması da düşünülebilir.

Kısacası, gelinen aşamada, nasıl bir değişiklik yapılabileceği tartışılabilir ise de, değişiklik yapma ihtiyacının kendisi artık tartışma konusu olmaktan çıkmış bulunmaktadır. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Fransa'yı mahkum ettiği ve odağında Devlet Şûrası'nın ikili yapısı (idari-yargısal) ile "hükümet komiseri"nin yargılama sürecindeki rolü ve yetkilerinin tartışma konusu yapıldığı kararları nedeniyle, Fransa'da da yakın zamanda gerek "hükümet komiseri"nin hukuksal konumu ve yetkileri⁴⁰ ve gerekse Devlet Şûrası'nın hukuksal yapısında⁴¹ önemli birtakım değişiklikler gerçekleştirilmiş ve daha fazlası da gerçekleştirilmesi düşünülmektedir.⁴²

⁴⁰ Örneğin 20 Aralık 2005 tarihli *Resmi Gazete*'de (*Journal officiel*) yayımlanarak yürürlüğe giren 19 Aralık 2005 tarih ve 2005-1586 no'lu Kararname (*décret*) ile İdari Yargı Kodunun (*Code de justice administrative*) R. 731. maddesine eklenen düzenlemelerle, taraflara, "hükümet komiseri" görüşünü (*conclusions*) açıkladıktan sonra cevap ve savunma hakkının tanınmış ve yine 3 Ağustos tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1 Ağustos 2006 tarih ve 2006-964 no'lu Kararname (*décret*) ile getirilen düzenlemeye göre de, "hükümet komiseri karar müzakerelerine katılmaz; sadece orada hazır bulunur.". Bkz: Chapus, *a. g. e.*, s. 1025 vd; Pacteau, *a. g. e.*, s. 349.

⁴¹ Bkz: 7 Mart 2008 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Conseil d'État'ın Yapısı ve İşleyişiyle İlgili 6 Mart 2008 tarih ve 2008-225 no'lu Kararname (*décret*) ve Gonod, *a.g.m.*, s. 630 vd.

⁴² Yukarıda (dipnot: 17) da belirttiğimiz gibi, Conseil d'État'ın 2008 yılı "Rapor"unda da (*Rapport Public-2008*), 1 Ocak 2009 tarihinden itibaren yürürlüğe konulacak düzenlemelerle "hükümet komiseri" isminin "*rapporteur public*" olarak değiştirilmesi ve her davada hazır bulunma zorunluluğunu da son verilmesi öngörülmektedir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Müslüm, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Auby, Jean-Marie/Drago, Roland, *Traité De Contentieux Administratif*, Tome Premier, 2. Édition, LGDJ, Paris, 1975.
- Alpaslan, Ali Rıza, “Danıştay Başkanunsözcülüğü”, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 1977, Sayı: 20-21.
- Alpaslan, Ali Rıza, “Üçüncü Oturum Tartışmaları”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982.
- Can, Cavit, “İdari Yargıda Hâkimler ve Savcılar”, *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı*, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1991.
- Candan, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.
- Chapus, René, *Droit Du Contentieux Administratif*, 13. Édition, Montchrestien, Paris, 2008.
- Coşkun, Sabri/Karyağdı, Müjgan, *İdari Yargılama Usulü*, Seçkin, Ankara, 2001.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin, Ankara, 2002.
- Devrim, Semahattin, “Yürütmenin Durdurulması İstemlerinde Kanunsözcülerinin Düşünceleri Hakkında Bir İnceleme”, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 1977, Sayı: 20-21.
- Duran, Lûtfi, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa, Çağdaş Yayınları*, İstanbul, 1988.
- Gonod, Pascale, “Le Conseil d’État à la croisée des chemins?”, *Actualité Juridique-Droit Administratif*, 2008.
- Gökçe, Abbas, “İkinci Oturum Tartışmaları”, *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982.
- Görelî, İsmail Hakkı, *Devlet Şûrası*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1953.
- Gözübüyük, A. Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

- Güran, Sait, *Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1977.
- Mimaroğlu, M. Reşit, *Cumhuriyet Devrinde Danıştay ve İdare Davaları*, Zerbamat Matbaası, Ankara, 1945.
- Odyakmaz, Zehra, *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa, İstanbul, 1993.
- Odyakmaz, Zehra, "İdari Yargı İle İlgili Öneriler", *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü* (Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2001), Danıştay Başkanlığı, Ankara, 2003.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt: III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Pacteau, Bernard, *Traité De Contentieux Administratif*, 1. Édition, Puf, Paris, 2008.
- Truchet, Didier, *Droit Administratif*, Puf, Paris, 2008.
- Tüzemen, Orhan, "Danıştay Kanunsözcülüğünün Görevleri", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Yıl: 1968, Sayı: 11 (Danıştay'ın 100. Yılı Özel Sayısı).
- Yenice, Kâzım/Esin, Yüksel, *İdari Yargılama Usulü (Açıklamalı-İzahatlı-Notlu)*, Cilt-2, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.
- Zabunoğlu, Yahya K., "İkinci Oturum Tartışmaları" *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, 10-11-12 Haziran 1982, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1982.