

ANAYASANIN 114 ve 140 NCI MADDELERİ MÜNASEBETİYLE MUKAYESELİ BİR TETKİK

Asistan Sait GÜRAN

1961 tarihli Anayasa, 114 ve 140 ncı maddeleri ile, «İdare» den sâdır tasarruf ve fiillerin görevli muhtelif kaza mercileri tarafından kazaî usullerle murakabesi hususunda prensip hükümleri vaz ile, bir kısım meselelerin ve bu arada, koyduğu esaslar ve emrettiği hususlar dairesinde, «vazife» meselesinin tanzimini kanun vazına bırakmıştır. İdarenin fiil ve tasarruflarının yargı mercileri tarafından murakabesi konusu incelenirken Anayasanın bu iki hükmünü nazarı itibare almak, birbirini tamamlar şekilde tefsir etmek gerekir. Yalnız bu ameliye sırasında ortaya çıkan bir güçlük kaynak eksikliği olduğundan, Anayasa vazınının bu maddelerde kullandığı bazı tâbirler veya getirmek istediği sistemin mânası ve ne olduğu noktalarında şimdilik elde mevcut muteber kaynaklardan biri Anayasanın gerekçesi mevkiinde olan «T. C. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu» dur¹. Bu gerekçe - rapor, sözü geçen maddelere bir dereceye kadar vuzuh getirecek ve bu etüdde de faydalanılacak mahiyette olduğundan, meseleleri incelerken buradaki mucip sebeplere geniş ölçüde müracaat edilecektir.

Diğer taraftan, mevzuubahs 114 ve 140 ncı maddeler -bilhassa gerekçe - raporun çok kısa ve sırasında muğlâk yazılmış olması sebebiyle- birçok hukukî meseleyi ve münakaşayı davet etmekle beraber, bu yazının gayesi bu gibi noktaları ortaya koyup tartışmak değil; sadece Danıştay'ın, alt idarî mahkemelerin, Anayasanın tâbiriyle alt «idarî yargı mercileri» nin kararları üzerindeki temyizen murakabe görev ve selâhiyeti ile ilgili usulî bir noktaya, bu konudaki Amerikan sistemiyle mukayeseli bir şekilde, temas etmektir.

1) *Ünver*, Hakkı Şinasi: Esbabı Mucibeli T.C. Anayasası, 1961, Ankara, sf. 3 - 114.

I

DANIŞTAY'IN GÖREV SAHASI

Anayasa, 114 ncü maddesinde, «İdare» den sâdır bütün eylem ve işlemlerin, tasarrufun mahiyetine veya sakatlığın derecesine göre, adlî veya idarî yargı mercileri tarafından ² kontrol edileceği prensibini koyduktan sonra, 140 ncü maddesinde, birinci ve ikinci fıkralarla, Danıştay'ı sadece «idarî» ihtilâf ve dâvaları rüyet ve hal ile görevlendirmiştir. Danıştay, bu görevini ifa ederken ya «ilk» veya «üst» derece mahkemesi olarak çalışacaktır. Bu suretle Yüksek Mahkeme, dağılışını ve teferruatını kanun vazınının tayin ve tesbit edeceği, iki çeşit vazife görmüş olacaktır.

Danıştay'ın «ilk derece mahkemesi» olarak görevi, kanunların o ihtilâf veya dâva hakkında «başka bir idarî yargı merciini» vazifeli kılmaması esasına bağlanmıştır. Demek oluyor ki, diğer idarî kaza mercilerinden birinin görevi dahilinde olan bir hususu Danıştay «ilk derece mahkemesi» sıfat ve selâhiyetiyle rüyet ve halledemiyecektir.

Konumuz itibariyle önemli bulunan «üst derece mahkemesi» vazifesine gelince, Danıştay, «başka idarî yargı mercilerinin ilk derecede gördüğü dâvaları», «temyizen» tetkik ve kontrol edebilecektir. Anayasa, Danıştay'ın bu ikinci fonksiyonuna fazla önem vermiş

2) Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.1962 tarih ve E: 221; K: 86 sayılı, 5435 numaralı kanunun kazaî murakabeyi kapayan hükmü ile ilgili «Gürol» kararında, Anayasanın 114 ncü maddesinin -derinlemesine olmamakla beraber- izahı yapılırken bu maddenin İdare'nin «idarî» tasarruf ve fiillerinin denetimini derpiş eden bir madde olduğundan ve sadece «idarî kaza mercileri»nin «idarî» tasarruf ve fiiller üzerinde icra edeceği murakabeden bahsederek sözü geçen maddeyi daha dar tefsir etmiştir. Kararda, «114 ncü madde, kazaî denetimi bütün idarî eylem ve işlemlere teşmil etmek suretiyle Devlet faaliyetlerinin kazaî denetim sistemini tamamlamaktadır.» diyerek 114 ncü madde ile İdare'nin «idarî» tasarruflarının denetiminin istihdaf edildiği neticesi çıkarılabilmektedir. Bununla beraber, kararın tümü nazarı itibare alındığında ve «Zira, Anayasa-yalnız İdarenin değil- bütün Devlet faaliyetlerinin kazaî denetim altında cereyanını emretmekte, yasama organının faaliyetlerini dahi bu denetime tâbi tutmaktadır.» ve Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu'ndan iktibas suretiyle tekrarladığı, «Hukuk Devletinin temel unsuru bütün Devlet faaliyetlerinin Hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır.» sözleri 114 ncü maddeyi İdare'nin «idarî» olsun olmasın bilumum tasarruf ve fiillerinin ilgili kaza mercii tarafından denetlenmesi gerektiği şeklinde tefsir eden bir görüş tarzına pek aykırı ve reddeder tarzda görünmemektedir.

ve onu daha ziyade üst derece mahkemesi olarak benimsemiştir. Nitekim Komisyon Raporu, iktidarın yapısı - yargı bahsinde, «Ayrıca idarî alt mahkemeler tesisi imkânları da açık bırakılmıştır.»³; 114 ncü madde gerekçesinde, «Madde bu formülü ile ilerde ihdas edilecek idare mahkemelerini de gözetmiş...»⁴; 140 ncı madde gerekçesinde de, «Diğer taraftan sevkolunan bu madde ile (birinci fıkra) ilk derece idare mahkemelerinin kurulması yolu açık tutulmuş bulunmaktadır. Bu halde Danıştay, ilk derece idare mahkemelerinin kararlarını temyizen tetkik edebilecektir.»⁵ ifadeleriyle, mükerreren, ilk derece mahkemeleri ve bunların üstünde yer alan Danıştay'dan müteşekkil bir «idarî kaza sistemi» nden bahsetmektedir. Bugünkü tatbikat, ilerde bu sistemin gerçekleştirilebilmesi imkân ve derecesi ile bir sistemden diğerine geçişten çıkacak teorik ve pratik problemler bir tarafa, hiç değilse Anayasa vazı, esas itibariyle, iki dereceli bir idarî yargı manzumesinin kurulmasını istemekte ve Anayasa metni bunu mümkün kılacak umumî esasları muhtevi bulunmaktadır.

Anayasa, bütün idarî tasarrufların 140 ncı maddedeki deyişle, «idarî yargı mercileri» nin kontroluna tâbi olacağını emretmekle beraber, bu «yargı mercii» nin, ilk derecede, mutlaka «Danıştay» olmasını şart koşmamaktadır. Hiç bir idarî karar veya sırasında fiil, «İdarî Kaza» nin murakebesi dışında bırakılmazsa da, bu denetimin ilk derecede Danıştay'da yapılması iktiza etmez. Şöyle ki, 140 ncı maddenin birinci fıkrası Danıştay'ın «ilk derece mahkemesi» olmak vazifesi mevzuunda, «kanunların başka idarî yargı mercilerine bırakmadığı konularda» demek suretiyle, Danıştay'ı her idarî ihtilâf veya dâvayı mutlaka birinci derecede rüyet eden ve etmesi gereken değil; ancak kanun vazınının «dolayısıyla» vazifeli kıldıklarını inceleyen bir ilk derece mahkemesi addetmiştir. Başka bir ifadeyle söylendikte denilebilir ki, Danıştay'ın bu konudaki görev ve yetkisi Anayasa tarafından mutlak bir surette değil, kanun vazınının da iradesine yer ve istisnaların getirilmesine cevaz veren bir şekilde tertiplenmiştir.

Acaba aynı tahlil Danıştay'ın «üst derece mahkemesi» sıfat ve görevi için de yapılabilir mi? Yani Danıştay'ın hangi hususları «temyizen murakabe» edeceği meselesi Anayasada mutlak ve kat'î ola-

3) Ünver, H. Ş.: age sf: 14, not: 1.

4) Ünver, H. Ş.: age sf: 88, not: 1.

5) Ünver, H. Ş.: age sf: 101, not: 1.

rak nizamlanmış mıdır; yoksa bu hususta dahi kanun koyucuya yetki bırakılmış mıdır? Danıştay'ın diğer idarî yargı mercilerinin birinci derecede rüyet ettikleri dâva ve ihtilâfları temyiz mercii olarak incelemesi meselesi, 140 ncı maddenin zikri geçen fıkrasında, daha müphem bir ifadeyle hallolunmuştur. Zira fıkranın bu husustaki ikinci kısmı, «Danıştay ... genel olarak üst derece mahkemesidir.» demek suretiyle başlıca şu iki noktada iphama yer vermiştir: «Genel olarak» sözünün anlamı nedir ve Danıştay'ın bu görevinin tayin ve tanziminde, ilk yetkisinde olduğu gibi, teşriî uzvun bir selâhiyeti var mıdır? Fıkra metninin bu kısmı ve «genel olarak» tâbiri mutlak bir şekilde (umumî, ilk derece mahkemelerinden çıkan bütün kararlara şâmil tarzında) tefsir edildikte, Danıştay'ın, üst derece mahkemesi olarak «temyizen», alt derece mahkemelerinden gelen bilumum kararları, bilâistisna ve mutlak tetkik edeceği; teşriî uzvun da bu genel selâhiyeti sınırlayıcı, bazı kararları bu kontrolün haricinde tutmak yetkisini haiz olmadığı ileri sürülebilir.

Fakat «genel olarak» ibaresi, «esas itibariyle, kaideten» mânasına alındıkta farklı bir neticeye varmak mümkündür. Bu tarz tefsire göre, Danıştay, «mutlaka ve bilâistisna» değil, sadece «bir kısım kararları» incelemek durumunda olup, diğer bazı ihtilâf ve dâvaları temyizen incelemiyebilir de. Diğer bir ifadeyle, Danıştay, Anayasanın tanzim eylediği temyiz selâhiyet ve görevini esas itibariyle haiz olmakla beraber, kanun vazı da bu selâhiyetin hangi ihtilâf ve dâvalara şâmil olmadığını belirtmek yetkisine sahiptir. Binnetice, Danıştay, ilk derece idarî mahkeme ve kaza mercilerinin kararlarını, temyiz yoluyla, kaideten kontrol etmekle beraber, kanun koyucunun işaret eylediği istisnaî hallerde murakabesini icra edemez denilebilir.

Hangi izah tarzının Anayasa'nın getirmek istediği sistem olduğu veya bu meselenin münhasıran 140 ncı maddenin birinci fıkrası muvacehesinde mi halli gerektiği şeklindeki bir soru şu suretle cevaplandırılmak icab eder.

Evvelce de işaret edildiği veçhile, Danıştay'ın vazifesi konusunda sadece 114 ve 140 ncı maddeler metni ile ihticac etmemek, bunları izaha çalışan ve Anayasa vazının irade ve düşüncesinin bir dereceye kadar tebellürüne yarayan Komisyon Raporunu da nazarı itibare almak doğru ve yerindedir. Nitekim bu hususta gerekçe - rapordaki izahata müracaat edildikte, meselenin nisbeten vuzuha kavuştuğu ve Anayasa vazının bu maddeler metni ile neyi kastettiği ve «İdarî Kaza» konusunda ne gibi bir sistem kurmak istediği anla-

şılabilir.

140 ncı maddeye, gerekçesinde Danıştay'ın ilk derece idarî mahkemelerini kararlarını temyizen tetkik edebileceği umumî surette (genel olarak) belirtilmekle, birinci tefsire müsait ve mütemayil bir mâna verilmiştir denilebilir. Fakat bu hüküm ve lisan 114 ncü maddenin gerekçesiyle birlikte mütalâa olundukta daha ziyade ve hattâ tamamen ikinci tefsir tarzına itibar edildiği görülür. Nitekim, 114. maddenin gerekçesi, metnin tanzim tarzına atıfta bulunduktan sonra, «Madde bu formülü ile, ilerde ihdas edilebilecek idare mahkemelerini de gözetmiş ve bunların tam bir kaza organı vasfını taşımaları halinde önem derecesi ne olursa her çeşit meselenin behemahal Danıştay'a kadar gitmesi gibi yersiz bir derecelenmeyi önlemek istemiş ve bu sebeple madde metninde Danıştay kelimesi kullanılmamıştır.»⁶ demektedir. «Genel olarak» sözü, yukarki mülâhaza gözönünde bulundurulduktaki, «her çeşit meselenin behemahal» Danıştay'a gitmesinin zarurî olmadığı, yani Anayasanın da, bazı tasarrufların kazaî murakabesinin kanun vazınca Danıştay'ın temyiz görevi dışında (fakat bir idare mahkemesinin denetiminden geçmek şartıyla) tutulabileceği bir sisteme, ikinci izah tarzına temayül ettiği şeklinde anlaşılacak lâzım gelir. Temsilciler Meclisinde Anayasa Tasarısının müzakeresinde Komisyon sözcüsü Turan Güneş Anayasanın 118 nci maddesiyle alâkalı konuşmasında, Tasarının 141 nci, Anayasanın 140 ncı maddesine temasla, «Danıştayı büyük bir yük altında bırakmağa gelince; 141 nci maddeyi tanzim ederken madde, yazılış itibariyle, muhtelif idarî mahkemeler kurmağa müsait şekilde kaleme alınmıştır. Alt kademe idare mahkemelerinin tesisi mümkündür... Danıştayın işlerinin çokluğundan başka bir idare mercii ihdas edilebilir ve bu takdirde Danıştayı bir temyiz mercii haline getirmek mümkündür.»^{6/1} demiştir. Bu sözler, kademeli idarî kaza manzumesinin düşünülen, kurulmak istenen sistem olduğunu ortaya koyduktan başka; Danıştayın temyiz görevinin bütün dâvalara şâmil olacağı mülâhazasıyla hareket edildiğini de ifade edebilir. Mamafih, sözcü Güneş'in yukardaki sözlerden sonra -sanki evvelce kullandığı bazı tâbirleri açıklamak istercesine- devamla, «Hattâ muayyen ve ehemmiyetsiz hallerde, Adliye Mahkemelerinde olduğu gibi, ilk karar veren kademe, idare mahkemelerinin kararını kat'î sayması da mümkündür.»^{6/2} demesiyle, az evvel belirttiğimiz «genel ve mutlak» gibi görünen temyiz kontrolünün, «bazı dâvaların Danıştaya kadar

6) Ünver, H. Ş.: age sf: 88, not: 1.

6/1, 6/2) T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 1961, Cilt: 4, Bileşim: 50, sf: 12.

gitmemesi» şeklinde anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Danıştay, temyiz mercii de olmakla beraber, alt derecedeki idare mahkemelerinin bir kısım kararlarını «temyizen» denetlememesini derpiş eden bir sistem kabule şayandır.

.

Yukarda izahına çalıştığımız üzere, Anayasa, Danıştay'ın, idarî tasarrufların kazaî murakabesi hususunda vazife sahasını; bir taraftan, ilk derecede diğer alt idarî mahkemelerin tesisini kabul ve istemekle; diğer taraftan, temyizde de kanun vazınca münasip görülecek konularda dâvanın Danıştay'ca temyizen rüyetinin önlenmesine cevaz vermekle, geniş ölçüde sınırlayan bir sistem kabul etmiş bulunmaktadır.

Böyle bir sistem, Danıştay'ın ötedenberi şikâyet konusu olan ağır iş hacmini azaltıcı, seri ve sür'atli karar vermesini sağlayıcı gibi pratik bakımdan faydalı bir netice hasıl edecekse de; bilhassa temyizen rüyet edilecek dâva sahasının kanun vazı tarafından dar tutulması halinde, ihtilâflar, herhangi bir yolla ve şekilde Danıştay'a kadar çıkmadan, muhtelif ilk derece mahkemelerinde kalacağından, herhangi bir hukukî meselede bu mahkemeler arasında görüş ayrılığının doğması, veya hukuken önem taşıyan bir hususun alt mahkemece yanlış karara bağlanması gibi ve, gerek farklı, hattâ mütenakız içtihatlardaki mübayenet ve tenakuzun izalesini, gerekse Hukuka açıkça aykırı olan alt mahkeme kararının düzeltilmesini sağlayacak bir hukukî imkân ve üst kazaî kontrolün bulunmaması şeklinde çok daha önemli mahzurlar tevliid edecektir.

Bu ve bunun gibi İdare Hukuku sahasında içtihat ve hattâ cemiyet hayatında ahenksizlik, istikrarsızlık yaratabilecek esaslı mahzurların bertaraf edilmesi için Yüksek Mahkemeye bu gibi dâvalara ulaşabileceği bir hukukî «yol» un açık tutulması iktiza eder. Başka bir ifadeyle, her dâva mutlaka Danıştay'a kadar gitmesin, Danıştay'a her dâvayı görme mecburiyeti yükletilmesin; fakat Yüksek Mahkemeye, bir taraftan yukarda işaret ettiğimiz mahzurların giderilmesi, diğer taraftan İdarî Kaza manzumesinin en yüksek mercii olması sıfatiyle de alt mahkeme kararlarını «lüzumlu gördüğünde» kontrol imkânının verilmesi, temyiz hakkı hariç «yol» un tamamen kapatılmaması gerekir.

Bu mukayeseli etüdde bilhassa bu nokta üzerinde durularak, böyle bir hukukî imkânın ne olabileceği, şartları, işleyiş tarzı ve hükümleri ile mevcut ve mer'i Anayasa'nın bunun kabulüne müsait olup olmadığı meseleleri ele alınacaktır.

II

CERTIORARI*

ABD Anayasası, 3 ncü maddesinin bir numaralı bendinde, «Federal Kaza kuvveti, bir Yüksek Mahkeme ile Kongre tarafından ... tesis ve teşkil olunabilecek alt mahkemelerde temerküz edecektir.»; aynı maddenin iki sayılı bendinde ise, federal mahkemelerin hangi ihtilâfları rüyet edebileceğinin genel sınırı çizildikten sonra, «Yüksek Mahkeme, elçiler, yüksek diplomatik temsilciler ve konsoloslara müteallik bütün dâvalarla, bir Federe devletin taraf olduğu dâvalarda ilk derecede yargılama yetkisini (original jurisdiction) haizdir. Evvelce zikrolunan bütün dâvalarda, Yüksek Mahkeme, Kongre'nin koyacağı istisnalar dışında ve tanzim edeceği esaslar dairesinde, hem hukukî, hem de maddî noktalara şâmil olmak üzere temyiz selâhiyetini (appellate jurisdiction) haizdir.» hükümleriyle federal kaza kuvvetinin sahasını, kanun vazınının Yüksek Mahkemeyle diğer Federal mahkemelerin bu konudaki yetki ve vazife sahalarının tayin ve tanzimindeki selâhiyetlerini göstermiş bulunmaktadır. Kongre'nin, Yüksek Mahkeme'nin «ilk derece mahkemesi» olarak Anayasa ile belirtilen görevi üzerinde herhangi bir yetkisi bulunmamakla beraber; «üst derece mahkemesi» sıfat ve vazifesinin hangi ihtilâf ve dâvalara şâmil olacağını ve bunun şeklini tanzim selâhiyeti mevcuttur. Binaenaleyh, Kongre, bir kısım dâvaları Yüksek Mahkeme'nin murakabesinden müstesna tutabileceği gibi, görevi içinde bulunanların da hangi usule tevfiikan, nasıl rüyet ve halledileceğini nizamlayabilir.

Nitekim, 1891 tarihindenberi Kongre, Yüksek Mahkemenin temyiz selâhiyetini ne yolda kullanacağını muhtelif şekillerde nizamlamış ve bunu önceleri bilumum ihtilâf ve dâvalara şâmil bir yetki olarak mütalâa ederken, bu tarihten itibaren, mahkemenin ağır yükünü hafifletmek için, temyiz müracaatını oldukça sınırlamıştır. Bilhassa 1925 tarihli «Judiciary Act» ile *temyiz hakkı* pek az sayıdaki bir kaç grup dâvaya inhisar ettirilmiş, Federal alt mahkemelerden sâdır diğer bilumum kararların Yüksek Mahkeme tarafından tetkiki için, menşei Common Law'da bulunan, *certiorari* adlı müesseseye yer verilmiştir. Bu surette, tatbikatta, Kongrenin tasarruflarıyla, «temyiz hakkı» daraltılarak, alt mahkeme kararlarının dene-

(*) Okunuşu: Serşorayri.

timinde, âdeta «istisnaî» murakebe yolu haline getirilmiş, onun yerini ise, aynı fonksiyonu görmek üzere certiorari almıştır⁷.

7) *Peacock*, James Craig: Purpose of certiorari in Supreme Court, practice and effect of denial and allowance. American Bar Association Journal, Vol: 25, 1929, sf: 681; *Carr*, Robert K.: The Supreme Court and Judicial Review, 1942, New York, sf: 9 - 11; *Conner*, James C: Supreme Court and Certiorari, Policy and the Federal Employees' Liability Act, Cornell Law Quarterly, Vol: 43, 1958, sf: 459; *Stern*, R. L. - *Gressman*, E.: Supreme Court Practice, 1950, Washington, sf: 95 *Martin v. Hunter's Lessee* kararında J. Story şu açıklamada bulunmuştur: «Teşriî kuvvetin Kongrede temerküz etmesi gibi kaza kuvveti de tamamen mahkemelerde toplanmıştır. Aynı zamanda Kongre, alt derece mahkemelerini de ihdasa mecbur olup bunlara Anayasa muvacehesinde mezun oldukları selâhiyeti de vermek zorundadır..... Kongre, zaman zaman, bir veya bir kaç kademeli alt derece mahkemeleri kurup kaza kuvvet ve görevini, kendi takdirine (Anayasanın esasları dairesinde) göre bunlar arasında dağıtabilir.» *Harris*, Robert Jennings: The Judicial Power of the United States, 1940, Louisiana University Press, sf: 101.... Bu konuda Yüksek Mahkeme hâkimlerinden J. Harlan şunu yazmaktadır, «1925 tarihli Kanun (The Judiciary Act; Usulü Muhakeme Kanunu diye çevrilebilir) Mahkemenin mecburi rüyet yetkisini tamamen ortadan kaldırmamakla beraber, bu selâhiyetini Federal ilk derece mahkemelerinden (Federal District Courts) doğrudan doğruya gelen muayyen tipteki dâvalara ve Federe Devlet Mahkemelerindeki dâvalarda çıkan belirli bir grup meselelere inhisar ettirmiştir. Bunların dışındaki bütün ihtilâflarda Mahkemenin temyiz yetkisi takdirî hale getirilmiştir. (Halihazırda mecburi temyiz yoluyla bakılan dâva miktarı Mahkemenin bütün temyiz iş hacminin % 9 undan daha azdır.)» *Harlan*, John M.: Manning the Dikes, 1958, New York, sf: 10 - 11..... Alan F. Westin de, C. Herman Pritchett ile birlikte, «Yüksek Mahkemenin geriye kalan bütün vazifesi temyiz yetkisi münasebetiyle olup, Mahkeme bunu Anayasanın belirttiği gibi «Kongrenin vaz edeceği istisnalar tahtında ve nizamlayacağı şekilde» kullanır. Anayasanın bu hükmü, teorik olarak, Kongreye, Yüksek Mahkemenin temyiz selâhiyetini tamamen kesmek, binnetice bu muazzam müesseseyi ilk derece mahkemesi sıfatıyla ele alabileceği pek az dâvayı rüyet hariç hiç bir ihtilâfa erişemez duruma getirmek yetkisini verir. Bununla beraber, tatbikatta, Kongre, bu yetkisini sadece bir halde, İç Harp sonrası devrede, kullanmıştır. Kongrede, 1860'lardan beri, Yüksek Mahkemeyi bazı nazik konulardaki denetleme yetkisini kesmek suretiyle cezalandırmak teşebbüsleri her zaman akamete uğramıştır.» demektedir. *Pritchett*, C. H. - *Westin*, A. F.: The Third Branch of Government, 1963, New York, sf: 13.... (Mecburi) Temyiz hakkının yerini certiorariye bırakmasına ve Kongrenin bu konudaki selâhiyetine müşahhas bir misal olarak J. Frankfurter, *Rosenberg v. US*, 344 US 889 (1952), dâvasında şöyle yazmaktadır: «Talepte bulunan taraf ölüm cezasına mahkûm edilmiş insanlar olup hayatları sona erdirilmeden önce takbih ve tecziye olundukları cemiyetin en yüksek mahkemesinin, alt mahkemece verilen cezanın murakabesine açık olduğu hissini taşımaları gayet makûldur. Yirmi sene müddetle bu memleketteki kanunlar bu yolu bir hak olarak açık tutmuşlardı. Kanuna göre, o zaman, Federal kanunlar dairesinde hükmolunan idam mahkûmiyetleri bu mahkeme önünde kabili temyizdi. Fakat

Certiorari, bir cümleyle tarif değil, izah edilebilecek bir müessesedir. Kısaca ifade edilmek gerekirse, burada Yüksek Mahkeme, taraflardan birinin yaptığı murakabe talebini, kendi takdiri sonunda, kabul ile dâvayı rüyet etmiş olan mahkemeden (ya federal kaza manzumesi içindeki Temyiz Mahkemesi veya en yüksek ve son federe devlet mahkemesidir) dosyayı celb ve tetkikini müteakip -aynen temyizde olduğu gibi- kararı tasdik veya nakzeyler. Neticeleri itibariyle temyiz ile certiorari tetkikatı arasında bir fark olmamakla beraber ayrıldıkları mühim nokta -aşağıda tafsil edileceği üzere- Yüksek Mahkemenin vaki müracaatı kabul veya red hususunda haiz olduğu takdir selâhiyetidir⁸. Bu benzerlik ve tefriki, «certiorari» ile «temyiz» i tanzim eden 1925 tarihli Judiciary Act ile 1954 yılında yeniden çıkartılan «Yüksek Mahkeme Yargılama Usulü Kaide-leri» nde (Revised Rules of the Supreme Court of the United States, April, 12, 1954) görebiliriz. Söz konusu kaideler, IV. kısımda temyizi⁹ bir hak olarak belirttikten sonra, V. kısımda, «certiorariye

1911 yılından beri Kongre bahsi geçen «temyiz hakkı»nı ilga etmiş olup bu mahkemenin kontrolü bakımından ölüm cezası ile Federal Mahkemelerden verilen diğer mahkûmiyetler arasında bir fark kalmamıştır. Kongre, bütün ceza mahkûmiyetlerinin Court of Appeals (İlk derece mahkemeleri ile Yüksek Mahkeme arasındaki «Temyiz Mahkemesi») tarafından denetleneceğini emretmiştir. Bunlar geniş selâhiyet ve mesuliyet taşıyan mahkemelerdir.»

8) Meselâ: Black's Law Dictionary, certioararinin karşılığını verirken, «Certiorari, alt mahkemenin kararının yeniden incelenmesi için yapılan bir temyiz muamelesidir. Bu usul sadece kazaî veya yarı-kazaî kararların murakabesinde tatbik edilebilir. Certiorari üzerine, alt mahkeme veya kazaî fonksiyon gören idarî mercideki dosyanın Yüksek Mahkemeye sevki emir ve temin olunur. Certiorari, dâvadaki hukukî hataları, vazife meselesinin tetkikini sağlıyan, temyizin yanında ona ilâve bir usuldür.» demektedir. 4 th Ed., 1951, West Publishing Co., sf: 287-288; «Certiorari, eski bir İngiliz mahkeme emrinden gelmekte olup, bununla daha yüksek bir mahkeme, alt derecedeki mahkemeden yaptığı yargılamalar hakkında daha iyi aydınlanmak veya emin olmak için dâva dosyasının sevkinin emreder.» Pritchett, C.H. — Westin A. F.: not: 7, sf: 13;... J. Harlan, bu noktada da, giriş mahiyetindeki izahatında özetle şunları belirtmektedir: Yüksek Mahkeme, dâvaları hem ilk derecede, hem de temyizen (original and appellate) rüyet yetkisine sahiptir. Mahkemenin temyiz selâhiyeti de mecburî ve takdirî olarak ayrılmıştır. Mecburî temyiz, dâvaya taraf olan şahısların mahkemeye, haiz oldukları temyiz hakkına istinaden yaptıkları temyiz müracaatını ifade eder. Takdirî olanı ise, murakabe için yeteri kadar önem taşıdığı anlaşılan dâvaların mahkemece tetkikini sağlıyan certioraride ifadesini bulur... Harlan, J. M.: not: 7, sf: 9.

9) Bununla, certiorariyi de içine almak suretiyle üst mahkeme tarafından yapılan kontrol değil; fakat bu genel kategori içindeki, J. Harlan'ın ifadesiyle «mecburî temyiz» olarak isimlendirilen denetleme kastedilmiştir.

müsteniden yapılan murakabe bir hakkın neticesi olmayıp, mahkemenin geniş ölçüdeki takdirine dayanmakta ve certiorari ancak özel ve mühim sebeplerin bulunması halinde tanınacaktır.» demek suretiyle temyiz ile certiorari arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Öte yandan, 1925 tarihli Kanun ise, 238 sayılı bendinde (section) Yüksek Mahkemenin hangi hallerde temyiz mercii olacağını tadad ettikten sonra, 240 ncı bendinde, Yüksek Mahkemenin certiorari yoluyla alt mahkemenin herhangi bir kararını murakabe ettiğinde bu tetkikatın gerek selâhiyet, gerekse hüküm ve tesirleri bakımından temyiz aynı olacağını ifade etmiştir. Binnetice; birincisi, temyiz ile certiorari arasında, kazaî murakabenin hüküm ve tesirleri, Yüksek Mahkemenin alt derecedeki mahkeme karşısındaki durumu ve yetkileri bakımından, bir fark bulunmamakta; ikincisi, certiorari, mühim hukukî meselelerin tahaddüs ettiği dâva ve ihtilâflarda tanınan, esas itibariyle tarafların menfaati yerine, Hukuk nizamını korumak ve bu bakımdan bir aykırılık varsa onu düzeltmek maksadıyla işliyen bir «murakabe» usulü sayılmaktadır¹⁰.

Certiorarinin mahiyeti hakkında verdiğimiz bu kısa izahat, aşağıda ele alacağımız, «Yüksek Mahkemenin takdiri», «özel ve mühim meselelerin varlığı» gibi hususların tafsiliyle daha aydınlanmış olacaktır.

1954 tarihli Yüksek Mahkeme Yargılama Usulü Kaideleri, V nci kısmında (Kaide 19) bir numaralı «Certiorari Yoluyla Murakabe Hakkındaki Esaslar» başlığı altında, certioraride nazarı itibare alınacak hususları birer kaide olarak vaz eylemektedir. Taraflardan biri veya her ikisi tarafından vâki certiorari talebinin kabul veya reddi konusunda Yüksek Mahkemenin haiz olduğu takdir yetkisi, zikri geçen metinde ifadesini şu surette bulmaktadır:

10) 1925 tarihli Judiciary Act ile alâkalı ön çalışmalar sırasında, Yüksek Mahkeme tarafından verilip Kongre'nin aynen kabul ettiği mütalâada, Yüksek Mahkemenin üzerinde bulunan ağır yükten de bahsedildikten sonra, bu kanuna hâkim olan esasların: 1) Tarafların haklarını korumak bakımından bir tek temyiz tetkikatının kifayet edeceği, 2) Yüksek Mahkemenin vazifesinin tarafların hakkını ihlâl eden bir yanlışlığı düzeltmek yerine, prensip meselelerini muhtevi ve âmmenin veya Devletin alâka ve menfaatinin mucip olan, veya en yüksek mahkeme tarafından incelenmesi ve karara bağlanmasında lüzum bulunan dâvaları rüyet olduğu, 3) Temyiz mahkemeleri arasında karar ve görüş birliğini temin ve idame ettirmek, bu suretle Hukuk prensiplerinin bütün memlekette hâkimiyetini, istikrarı ve ittifakı sağlamak olduğu belirtilmiştir. *Conner, J. C.*: not: 7, sf: 451-454; *Robertson, R.* — *Kirkham, F. R.*: *Jurisdiction of the Supreme Court of the United States*, 1936, Kansas City, sf: 537-539.

«Certiorariye müsteniden yapılacak murakabe, taraflara tanınan bir haktan doğmayıp, mahkemenin geniş ölçüdeki takdirinin neticesidir, ve ancak mühim ve özel sebeplerin bulunduğu hallerde tanınacak ve icra edilecektir.»

Bu esasın, Yüksek Mahkemeye böyle bir serbesti bırakılmasının, Anayasaya uygun düşüp düşmeyeceği meselesi, Anayasanın Kongreye tanıdığı «Yüksek Mahkemenin temyiz (üst derece) mahkemesi sıfatiyle haiz olacağı selâhiyetin tanzimi yetkisi» nin sara-hati karşısında münakaşa dahi edilmemektedir. Taraflardan birinin, certiorari yoluyla alt mahkeme kararının denetlenmesi hususundaki talebini, Yüksek Mahkeme kabul veya red; yani arzolunan ihtilâf ve meselelerin bir «özellik veya ehemmiyet» taşıyıp taşımadığı, hangilerine bakacağı konularında tam ve kat'î bir takdir ve serbestiyi haizdir. Hattâ mahkeme bu hususlarda mucip sebep göstermek zorunda dahi değildir. Binaenaleyh, certiorari vasıtasıyla murakabe -klâsik mânasıyla mecburî temyizden farklı olarak- ihtilâfı rüyet hususunda taraflara tanınmış bir «hak» değil, tamamen takdire kalmış bir «imkân» şeklinde tezahür eylemektedir¹¹. Certiorarinin takdirî olmasının sebebi C. J. Hughes şöyle izah ediyor: «Şu hususu ehemmiyetle belirtelim ki, certiorari murakabesi, tarafların şahsî, özel menfaati yerine, Hukuk'un menfaatine konulmuş olup; certiorari talebinin kabulünde tarafların önemi veya ihtilâflı meblâğ yerine, Federal kaza sisteminin münasip bir şekilde tedvir ve icrası için kararlarda birlik ve ahengi sağlamak, genel mahiyet ve ehemmiyetteki meselelerde uygun düşen çözümü temin etmek esası hâkimdir.»¹². Yüksek Mahkeme hâkimlerinden J. Jackson da, «Pek az sayıdaki istisnalar hariç, Kongre, Yüksek Mahkeme tarafından murakabeyi, iş hacmini normal kapasitesi içinde tutmak için, tarafların hakkı yapmak yerine Mahkemenin takdirine bırakmayı daha lüzumlu görmüştür. Geçen devre, 1452 dâvanın temyiz veya certiorari yoluyla murakabesi talep edilmekle beraber, bunlardan ancak yüz on dokuzuna müsaade ile müsbet cevap verilmiştir. Mahkemenin hangi mülâhazalarla certiorariyi tanıdığını teferruatıyla anlatmağa, bunun sadece taraflara yeni bir

11) Carr, R. K.: not: 7, sf: 10-11; Stern, R. L. - Gressman, E.: not: 7, sf: 100; Dowling, Noel T.: Constitutional Law, 1959, 6 th Ed., Brooklyn, sf: 110; Malinou, Martin: An Appraisal of the Writ of Certiorari As Means of Controlling Administrative Agency Action in Rhode Island, Boston University Law Review, 1960, Vol: 40, sf: 250.

12) Robertson, R. — Kirkham, F. R.: not: 10, sf: 536-537.

murakabe fırsatı daha vermek maksadına matuf olmadığını, ihtilâf konusu doların miktarına veya tesir edeceği şahsî menfaate dayanmadığını, fakat müttehit ve âdil bir Federal Hukuk sistemi bakımından dâvanın taşıdığı ehemmiyete göre tayin edildiğini belirttikten sonra pek lüzum yoktur.» demek suretiyle certiorarideki takdir yetkisini kısa, fakat toplu bir şekilde ortaya koymuştur¹³. Yüksek Mahkeme'nin bugünkü dokuz üyesinden biri olan J. Harlan da, «Certioraride dâva mahkemenin huzuruna ancak onun izni ile ulaşabilir...» dedikten sonra bu sözlerini Yüksek Mahkeme'nin «mevkii»ni izahla tamamlamaktadır: «Yüksek Mahkeme, en yüksek Federe Devlet mahkemelerinin pek çoğunda olduğunun aksine, alt mahkemenin verdiği karardaki hataları ele alan bir temyiz mahkemesi değildir. Federal mahkemeler önündeki dâvacı veya dâvalının dâvası ilk derece mahkemesi (District Court) tarafından rüyet edildikten sonra, ihtilâf sadece tarafların şahsî, hususî menfaatine taallûk ediyorsa, Temyiz Mahkemesinin (Court of Appeals) kazaî kontrolü ile kifayet edilecektir. Şayet, yukarkine ilâveten, Yüksek Mahkeme'nin murakabesi de cereyan edecekse, bu, ihtilâfta umumî menfaati alâkalandıran bir meselenin mevcudiyeti sebebiyle olmalıdır.... Daha umumî bir ifadeyle, Federal mahkemelerin baktığı ihtilâflarda, Temyiz Mahkemeleri, aslında nihaî kazaî murakabeyi yapan mahkemelerdir. Umumiyetle bu mahkemelerin baktıkları dâvaların her yıl ancak % 3 ünden az bir miktarı Yüksek Mahkeme tarafından dâvanın esasına girilmek suretiyle gözden geçirilmektedir.»¹⁴.

Certioraride Yüksek Mahkeme'nin haiz bulunduğu takdir yetkisini şöyle bir ayırma tâbi tutmak gerekir. Judiciary Act'in 240 nci bendine göre, kanunların başka bir müracaat yolu tanımadığı hallerde -temyiz gibi- her dâva, Yüksek Mahkeme'ye, certiorari kanalıyla ulaşabilir. Yani, kısaca temyiz hakkı olmayan her dâvacı veya dâvalı, Yüksek Mahkeme'ye üst derecede kazaî murakabe icrası için certiorari yoluyla müracaat «hakkını» haizdir. Pozitif hukuk kaideleriyle bu umumî müracaat hakkı, «her dâvada» demek suretiyle, sınırlanmadığı için, Yüksek Mahkeme de certiorari vasıtasıyla yapılan *başvurmayı* iptidaen kabul etmek zorundadır. Mahkeme, takdir selâhiyetini ancak bundan, yani zamanında şekline ve usulüne uygun yapılan müracaatı kabul ile nazarı itibare aldık-

13) Westin, Allan F.: The Supreme Court, Views From Inside, 1961, New York, sf: 24.

14) Harlan, J. M.: not: 7, sf: 13, 17.

tan, sonra certiorari yoluyla murakabeye mahal ve lüzum olup olmadığı, müşahhas dâvada bu denetimi tanımanın gerekip gerekmediği hususunda kullanarak, intihaen hiç bir sebep göstermeksizin veya istediğinde sebebini belirterek certiorari talebini red veya kabul eder.

Bu nokta, J. Harlan'ın «mecburî temyiz» diye adlandırdığı «temyiz hakkı» ile certiorari mukayese edildiğinde daha iyi belirtilmiş olur. Taraflara Judiciary Act veya başka bir kanunla «temyiz» (appeal) hakkı tanınmışsa, Yüksek Mahkeme, üst derece mahkemesi olarak, kazaî murakabede bulunması lâzım gelip gelmediğini araştırmaksızın murakebesini (temyiz müracaatına müteallik usul ve şekil şartları tamamsa) yapmak mevkiindedir¹⁵. Zira Kongre'nin herhangi bir kanunla Yüksek Mahkeme'ye «certiorari» değil de, «temyiz» yoluyla müracaatı ve denetimi emretmesinin sebebi, bu gibi açıkça zikrettiği konularda çıkacak ihtilâf ve dâvaların Mahkeme'nin bir seçim yapmaksızın mutlaka dinlemesini gerektirecek derecede önem ve umumî menfaat taşıdığını farz ve kabul etmesidir¹⁶.

Her ne kadar temyiz ile certiorari arasında, «müracaatın Yüksek Mahkemece nazarı itibare alınması» hususunda, yukarda belirttiğimiz mânasıyla, Mahkeme'yi bağlamak bakımından benzerlik mevcut ise de; daha ilerki safhalarda, meselâ başlarda ilgilinin talebi nazarı itibare alındıktan sonra bunun isaf edilip edilmeyeceği hususunda, bir çok farklar kendisini göstermektedir. «Temyiz hakkı» içinde Yüksek Mahkeme'nin -takdiri söz konusu olmaksızın- işin esasını incelemesi, başka bir ifadeyle alt mahkeme kararının Hukuka uygunluğunu kontrol etmesi şartı da vardır. Halbuki certiorari ile tanınan *müracaat hakkı* bu derecede şümüllü ve bağlayıcı değildir. Temyizde müracaatın iptidaen kabulü üzerine işin esasına girilip ihtilâf konusu alt mahkeme kararının hukukiliği gözden geçirilmekteyken; certioraride aynı safhada henüz

15) Alt mahkeme kararını, Yüksek Mahkeme nezdinde temyiz eden taraf, şayet dâvası açıkça esas ve mesnetten mahrum, muhtevadan yoksun değilse, Mahkeme'ye müracaat hakkına müsteniden gelir ve bu dâvanın halli, ihtilâfın esası üzerinde yargılamayı ve bunun bütün neticelerini tazammun eyler. Diğer taraftan, certioraride ise, alt mahkeme tarafından karara bağlanan dâva, Yüksek Mahkeme'ye ancak onun müsaadesiyle gelebilir ve certiorari vasıtasıyla murakabe yapılmasının reddi, yargılama sonunda dâvanın reddi halinde doğacak hükümlerden hiç birini tevliid etmez.... Harlan, J. M.: not: 7, sf: 13.

16) Pritchett, C. H. - Westin, A. F.: not: 7, sf: 14.

alt mahkeme kararının tetkikine girilmez, bu kararın Yüksek Mahkeme tarafından murakabesinin gerekli olup olmadığı hususu münakaşa edilir. Yine temyizde, temyiz eden tarafın talebi intihâen kabul edildikte, bu kararın Yüksek Mahkeme önündeki murakabesi sona ermiş ve talep dairesinde hükmolunmuş demektir. Halbuki certioraride talebin intihâen kabulü, yalnız tetkik müracaatının kabul edildiği hükmünde olup, alt mahkeme kararı henüz tetkik edilmiş değildir. Yüksek Mahkeme, bunu, bu karardan sonra icra edecektir. Yüksek Mahkeme'nin, üst mahkeme sıfatıyla haiz olduğu murakabe selâhiyetinin bu iki şekli arasında bilhassa tebarüz ettirmek istediğimiz fark budur. Usulüne uygun temyiz müracaatı (intihâen netice ne olursa olsun) Yüksek Mahkeme'nin kazaî kontrolünü otomatikman, derhal temin ederken; usulüne uygun certiorari müracaatı, ancak bu *başvurmanın* Yüksek Mahkeme'ce tetkike alınması neticesini tevliid eyler ve kazaî murakabenin yapılması otomatikman, derhal değil, bu hususta takdirî olarak verilecek kararla olur. Binaenaleyh, temyizen müracaat hakkı, «temyizen kazaî murakabe» hakkını da birlikte getirirken; certiorari müracaat hakkı, sadece «başvurma hakkı» olarak kalır, temyiz paraleli ve hükümleri itibariyle aynı olan «üst mahkemece kontrol» ise, Yüksek Mahkeme'nin takdirine bağlı hukukî bir imkândan ileri gidemez.

Certiorari yoluyla Yüksek Mahkeme'ce yapılacak kazaî murakabenin, pozitif hukuk kaidelerinin de belirttiği gibi, bir hak değil, takdir meselesi olduğuna temas ile tafsil ettikten sonra, Mahkeme'nin bu yetkisini kullanırken gözönünde bulundurduğu «özel ve önemli sebep, hukukî meselenin varlığı» gibi çok genel ve takdirî sebebin üzerinde durmakta fayda vardır.

Bu konuda 1954 tarihli Yüksek Mahkeme Yargılama Usulü Kaideleri'ne müracaat edildiğinde V nci kısımda (Kaide 19) bir numara altında şu esasların vaz edildiği görülür, «... Aşağıdaki hususlar Mahkemenin takdirini kontrol etmemek ve tamamen sınırlamamak üzere nazarı itibare alınacak sebeplerin mahiyet ve karakterini ifade etmektedir.... a) Bir Federe devlet mahkemesinin, muhtevası itibariyle bu Mahkeme'ce karara bağlanmayan bir federal meseleye hükmetmesi, veya bu mesele hakkında bu Mahkeme'nin kabilî tatbik içtihadına uygun düşmiyebilecek bir şekilde karar vermesi, b) Aynı konuda bir Temyiz Mahkemesi'nin (Court of Appeals), diğerininkine mübayin karara varması, veya Federe devlete veya ABD idaresindeki ülkelere (territory) ilişkin önemli bir

mesele hakkında bunların hukukuna aykırı karar vermesi, veya bu Mahkeme'ce henüz karara bağlanmamakla beraber halli gerekli olan önemli bir Federal hukukî meseleye hükmetmesi, yine Federal bir meseleyi bu Mahkemenin kabili tatbik içtihadına aykırı şekilde kararlaştırması, veya kazaî usul ve muamelelerin muteber seyrinden ve sırasından, bu Mahkemenin murakabe yetkisinin kullanılmasını davet edecek derecede ayrılmış olması veya bidayet (ilk derece) mahkemesinin bu tarz hareketini tasvib etmesi».

Daha ziyade Federal kaza sistemi içinde nâzım, koordinatör merci olmak durumundan doğan ve bu sistem içinde kararlarda ve icraatta ahenk ve birliği sağlamak amacı ile konulan bu esaslar, Yüksek Mahkemenin verdiği kararlar da incelendikte şöyle izah olunabilir. Her ne kadar Yargılama Usulü Kaidelerinin zikri geçen kısmında açış fıkrası, «Aşağıdaki hususlar Mahkemenin takdirini kontrol etmemek ve tamamen sınırlamamak üzere» şeklindeki bir lisanla bu esaslara rağmen Yüksek Mahkemenin certiorari müracaatı hakkındaki kararında geniş ölçüde serbest olduğunu belirtiyorsa da, Mahkeme bunları tamamen ihmal etmemekte ve takdirini kullanırken, genel olarak: birincisi, rüyeti istenen kararın geldiği Temyiz Mahkemesinin kendi kararları veya Yüksek Mahkeme kararlarıyla veya diğer (bölge) Temyiz Mahkemelerinin kararlarıyla, yahut ilgili bidayet mahkemesi ile Temyiz Mahkemesi kararları arasında çatışma olup olmadığı; ikincisi, usule veya esasa müteallik gayet açık, aşikâr hataların ve adaletsizliğin bulunup bulunmadığı; üçüncüsü, ihtilâfın özellikle ciddî ve önemli meseleye taallük edip etmediği hususları üzerinde durur ve bunlardan birini vârit görürse o dâvanın certiorari yoluyla kazaî murakabesinin icrasını karar altına alır¹⁷.

17) *Robertson, R. - Kirkham, T. R.*: not: 10, sf: 533-534; *Stern, R. L. - Gressman, E.*: not: 7, sf: 101-105; *Conner, J. C.*: not: 7, sf: 461-463... Metindeki izahatımızda bu esasların Yüksek Mahkeme tarafından «genel olarak» nazarı itibare alındığını söyledik. Buna göre, Yüksek Mahkeme bu şartların varlığına rağmen takdirini diğer yönde kullanabilir. Nitekim J. Harlan da meselenin bu cihetine temasla, «... Bundan başka, Temyiz Mahkemeleri arasındaki görüş ayrılıkları, şayet farklar dâvalardaki maddî vakıaların değişik olmasından ileri geliyorsa, certiorarinin tanınması için kâfi gelmez. Binnetice ortada hakikaten bir içtihad ihtilâfı (yukarda belirtilen şekilde) mevcut olsa bile, eğer ihtilâfın Temyiz Mahkemesinin gelecekteki kararlarıyla giderilebilmesi ihtimali varsa, yahut ihtilâfın tesiri gayet dar bir sahaya inhisar edip ilerde bazı neticeler yaratacak mahiyette değilse, certiorari bazen reddolunabilir.» dedikten sonra kendisi evvelce yazdığımız ve Usul Kaidlerinde yer alan

Yüksek Mahkemenin certiorari müracaatının kabul veya reddi konusunda gözönünde tutacağı ilk iki husustan ziyade sonuncusu¹⁸ biraz daha izahı, hiç değilse bazı misalleri lüzumlu kılmaktadır. Hangi meselenin «ciddî ve önemli» olduğunun, her bir dâvadaki vakıalar, zaman ve durum muvacehesinde tayin ve tesbiti gerekmekte beraber, her dâvada nazarı itibare alınabilecek bazı genel esasların vaz'ı da mümkündür. Evvelce de belirttiğimiz gibi, meselâ, ehemmiyet dâvayla ilgili ferdî menfaatle değil, ihtilâfın temas ettiği hukukî mesele ve prensipler bakımından mütalâa edilecektir. Bilhassa Temyiz Mahkemesinin hukuken makul ve makbul bir karara varması halinde, Yüksek Mahkeme alâkalı ferdî menfaat ne olursa olsun certiorari talebini reddetmektedir¹⁹. Nitekim Yüksek Mahkeme, ABD aleyhine casusluk yapan ve ölüm cezasına mahkûm edilen şahıslarla ilgili ve 1952 tarihli *Rosenberg v. United States*, 344 US 889, kararında İkinci Bölge Temyiz Mahkemesinin (The Court of Appeals for the Second Circuit) bu dâvadaki mes'uliyetini müdrik olduğunu belirttikten sonra, certiorari ile yeniden muhakeme talebini reddederken, «... Bu red kararımızın mânası, Mahkememizin takdire müteallik müesses standardlar muvacehesinde, alt mahkeme kararının tarafımızdan tetkiki için dayanılan esasların ve meselenin yeteri kadar önem taşıdığı kanaatine varmamış olduğudur.» şeklindeki ifadesiyle ferdî menfaatin ehemmiyetine rağmen ortada «Hukuken» önemli bir meselenin olmadığını belirterek, ehemmiyetliliğin hangi bakımdan arandığına işaret etmektedir.

Aynı meseleye müteallik *Magnum Import Comp. v. Coty*, 262 US 159 (1923), kararında Yüksek Mahkeme, «Temyiz Mahkemesince verilen kararların certiorari yoluyla bu mahkeme önüne getirilmesi iki sebebe müstenittir. Birincisi, dokuz Temyiz Mahkemesi arasında karar birliği sağlamak; ikincisi de son merci olarak bu mahkeme tarafından hallinde umumî menfaat bulunacak dere-

kriteri şöyle formüle ediyor: «Bu tarif ve tavsif ameliyelerinin düğüm noktası şudur: Kararlar arasında ihtilâf bulunması keyfiyeti, certiorarinin tanınması için ancak ihtilâfın kesin ve tatminkâr bir şekilde yalnız Yüksek Mahkeme tarafından çözülebilecek mahiyette ve alt mahkemeler arasındaki bu anlaşmazlığın derhal halli gereken cinsten olması halinde muteber ve sağlam bir mesnet teşkil eder.»... *Harlan*, J. M.: not: 7, sf: 19.

18) J. Harlan'ın formül veya izahatını, Yüksek Mahkeme Yargılama Usulü Kaidelerinin koyduğu ve diğer müelliflerin tetkikinden çıkardığımız esasları tamamladığı nisbette kabul ettiğimizi bildirdikten sonra...

19) *Stern*, R. L. - *Gressman*, E.: not: 7, sf: 108.

cede önemli meseleleri muhtevi dâvalara bu imkânı vermek.»; *Forsyth v. Hammond*, 166 US 506 (1897), dâvasında ise, «Bu dâvada Yüksek Mahkemenin certiorari vasıtasıyla murakabe yetkisinin, Temyiz Mahkemelerince rüyet edilen bütün dâvalara şâmil olduğunu bir kere daha beyan ederiz... Bu (certiorariyi tanımak), gayet dikkatli bir şekilde ve dâvadaki vakıaların, bahis konusu meselelerin... bu milletin iç veya dış münasebetlerinden doğan menfaatinin bu yetkinin kullanılması gerektiği hususunda bizi tatmin etmesi halinde istimali icab eyliyen bir selâhiyettir.» demektedir. Alâlade bir patent dâvası olan *Layne & Bowler Corp. v. Western Well Works Inc.*, 261 US 387 (1923)'da, Yüksek Mahkeme, «Beşinci veya Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemelerinin patentin mu-teberiyeti ve sahası konularında ayrılması ve bu hususta birliğin tesisi için bu mahkemenin kararını gerektirmesi hariç, certiorari yoluyla murakabe talebini kabul etmek için herhangi bir sebep yoktur... Şurası önemlidir ki, bu Mahkeme, tarafların menfaatinin dışında ve ondan ayrı olarak umumî ehemmiyet taşıyan veyahut iki Temyiz Mahkemesi arasında hakiki ve esaslı görüş veya yetki ihtilâfı yaratan dâvaların haricinde certiorari tanımamakta ısrar etmiştir.»

Daha yakın tarihli *In re Summers*, 325 US 561 (1945), dâvasında, dâvacı, Illinois Yüksek Mahkemesinin, «kendisinin vicdanına uymadığı mülâhazasıyla harp ve harbe iştirak aleyhtarı olması sebebiyle Illinois'de avukatlık yapma talebini reddeden» kararı aleyhine certiorari için müracaat etmiş ve bu müracaatı, «Dâvacı, burada, Illinois Yüksek Mahkemesinin kendisini Baroya intisaptan men selâhiyetinin hukukiliğini, ferdi, Anayasaya Ek I inci maddenin (amendment) prensiplerine aykırı federe devlet tasarruflarından koruyan Anayasaya Ek 14 ncü maddedeki, Hukuka, mevzuata ve konulan usule uygun surette hareket (Due Process of Law)^{19/1} kaidesi muvacehesinde tartışmaktadır. Bu meselenin âmme hakları bakımından arzettiği ehemmiyete binaen certiorari tanıyoruz.» şeklinde müsbet karşılanmıştır. Binaenaleyh hangi hususların «ciddî, mühim, özel mesele» teşkil ettiğinin kat'î bir umumî tarif veya for-

19/1) Due Process of Law'u, Prof. T. Feyzioğlu «uygun hukukî usul» şeklinde tercüme etmekte ise de, bu çevirinin müessesenin yalnız «procedural» yönünü aksettirip, «substantive» tarafını ve bilhassa Anayasaya Ek I nci madde ile mevcut «kaynaşma» yı (incorporation) tamamen ifade edemediğini belirtmek isteriz. Bak. *Feyzioğlu, T.*: Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazâi murakabesi, 1951; Ankara; sf: 183.

mülünün verilmesinin imkânsıza yakın derecede güç olduğunu belirtmekle beraber, yukarki ve bilhassa sonuncu kararın Yüksek Mahkemenin temayülünü ve üzerinde durduğu hususları ortaya koyucu esasları ihtiva ettiğini ve bunların muhtevasından istihraç edilebildiği kadarıyla «umumî alâka, menfaat ve meseleler» in şart koşulan «ciddî, mühim ve özel mesele» sayılabileceği şeklinde bir genellemenin yapılabileceğini söyleyebiliriz.

.

Yüksek Mahkemenin alt derece mahkemesinin kararını certiorari yoluyla murakabe etmesi talebini muhtevi başvurma, yukarıda izah ettiğimiz esaslar dairesinde incelendikten sonra, bu müracaat ya kabul olunarak certiorari tanınır (yani kararın murakabesine geçilir), veya talep reddolunarak herhangi bir tetkikat yapılmaz.

Certiorari talebinin reddi halinde Yüksek Mahkeme ne yolda bir karar vermiş olacaktır; bunun hükümleri nelerdir? Certiorari müracaatının reddiyle, Yüksek Mahkeme, otada, birkaç paragraf önce izah ettiğimiz, certiorarinin kabulü ve dolayısıyla üst murakabenin icrası için varlığı gereken «mesele» ve «durum» un mevcut veya vârit olmadığı kararına varmış demektir. Red kararı asla Yüksek Mahkemenin kontroluna sunulmak için müracaat edilen kararı tasdik veya tasvib ettiği hükmünü doğurmaz, böyle bir mâna taşımaz. Red, Yüksek Mahkemenin mevzuubahis ihtilâf hakkında müsbet veya menfi kanaatini bildirmeksizin, sadece bu müracaatla tetkiki talep olunan hususları incelemeyeceğini, murakabesine lüzum görmediğini tazammun eden bir karardır. Mahkeme, alt derece mahkemesinin verdiği hükmün «hukukiliği» hakkında sarih veya zımnî bir karar vermiş veya işarı reyde bulunmuş değildir²⁰. Nitekim Yüksek Mahkeme bu izah tarzını, *US v. Carver*, 260 US 482 (1923), kararında, «certiorari talebinin reddi, evvelce mükerreren belirtildiği gibi, dâvanın hukukiliği konusunda bu Mahkemenin herhangi bir kanaat ve görüşünü ilâve etmez.»; *Hamilton - Brown Shoe Co. v. Wolf Brothers & Co.*, 240 US 251 (1916), dâvasında da, «Şurası yeter derecede vâzıhtır ki, certiorari müracaatının reddi asla herhangi bir dâvada murakabesi talep olu-

20) *Robertson, R. - Kirkham, F. R.*: not: 10, sf: 544;.... Diğer taraftan, Yüksek Mahkeme, certiorari talebini reddederken mucip sebep göstermek zorunda değildir. Yüzlerce talep herhangi bir sebep gösterilmeksizin; az sayıdaki de Mahkeme lüzum görürse sebebi açıklanmak suretiyle reddolunmaktadır. *Stern, R. L. - Gressman, E.*: not: 7, sf: 130-132.

nan alt mahkeme kararının tarafımızdan tasdik veya tasvibine muadil bir hüküm tevliid etmez.» şeklinde sarahaten ifade eylemiştir. Daha ilerki tarihlerde Yüksek Mahkeme certiorari talebinin reddi hakkındaki görüşünü açıklarken aynı esası tekrarlamıştır. *Maryland v. Baltimore Radio Show Inc.*, 388 US 912 (1949), dâvasında, «Mahkemenin, Maryland'in certiorari müracaatını reddi konusunda tek bir şey kat'iyetle söylenebilir ki, o da reddin Maryland Temyiz Mahkemesinin vardığı neticenin tarafımızdan tasvib veya ademi tasvibini ifade etmediğidir.» dedikten sonra; *Sheppard v. Ohio*, 352 US 910 (1956), dâvasında da, reddin takdire dayandığını, Mahkemenin sebep göstermek zorunda olmadığını ifadeyi takiben, «Certiorari müracaatının reddi, hiç bir surette, bu Mahkemenin Ohio Yüksek Mahkemesinin (ki burada alt derece mahkemesi durumundadır) hükmünü tasdik eylediğini tazammun etmez. Red, sadece, Yüksek Mahkemenin asgarî dört üyesince, şu veya bu sebepten, ihtilâfın, bu Mahkemenin takdirini alt mahkeme kararını incelemek üzere kullanmasını gerektiren sebep ve mülâhazalar arasında olmadığı şeklinde anlaşıldığını ifade eder.» demiştir. Nihayet, 1957 tarihli *Elgin, Joliet & Eastern Railway Co. v. Gibson*, 355 US 897 (1957), kararında J. Harlan'ın da katıldığı bir memorandum yazan J. Frankfurter, certiorari talebinin reddinin neyi tazammun edip neyi etmediğini, tatbikattaki anlayış ve temayüle de işaret suretiyle, aşağıdaki sözlerle açıkça ortaya koymuştur: «Bu Mahkeme, her ne kadar certiorari talebinin reddi kararının herhangi bir hukukî mâna ve tesiri haiz olmadığına kat'î bir surette hükmetmişse de, Baro mensupları mahkemelere sundukları arzuhallerde ve alt derece mahkemeleri de verdikleri kararlarda, Mahkemeimizin certiorari talebinin reddi konusundaki kararını, atıf yapılan alt mahkeme kararının bağlayıcı emsal olmak vasfını kuvvetlendirmek maksadıyla zikre devam etmektedir. Bu sebeple, zaman zaman, müşahhas hâdise ve misaller vasıtasıyla, certiorari talebinin reddinin tetkiki talep olunan alt mahkeme kararının veya desteklediği görüşün tasdik ve tasvibini tazammun etmediği hususu üzerinde durmayı münasip buldum.»²¹. Bilhassa son dört kadar cer-

21) Certiorari talebinin reddiyle ekseriya anlaşılan, Yüksek Mahkemenin alt mahkeme kararını tasdik ettiği ise de, Mahkeme bu tarz tefsirin yanlış olduğunu daima ifade etmiştir. Denilebilir ki bu görüş bir müellifin, «Certiorarinin reddi, sadece, Yüksek Mahkemenin, alt mahkeme kararını tetkiki gerektirici, icbar edici bir sebep görmediği anlamındadır. Fakat işbu red

tiorarının mahiyeti hakkında aydınlatıcı lisan kullandığı gibi, bunlarla ayrıca üzerinde durulmak ve belirtilmek istenilen husus şudur: Her ne kadar aleyhine karar verilen şahsın yaptığı certiorari müracaatının reddi, «pratik bakımdan» sanki Yüksek Mahkemece certiorari müracaatının kabulü ve meselenin hukukiliğinin tetkiki ve intihaen alt mahkeme kararının tasdiki neticesini yaratır gibiyse de, aslında red ile rüyet ve intihaen tasdik arasında bu pratik, fakat sathî benzerliğe rağmen pek mühim fark vardır. Bu fark bilhassa Yüksek Mahkeme kararlarının «bağlayıcı emsal» (stare decisis) teşkil etmesi noktasındadır. Red halinde, Yüksek Mahkeme, kendi görüş ve kanaatini izhar ve ifade eylemediğinden ortada emsal teşkil edecek bir karar olmadığı gibi; bu red keyfiyeti alt mahkeme kararına «bağlayıcı emsal» olmak bakımından bir şey ilâve etmez. Şu halde, Yüksek Mahkemenin, certiorari müracaatını red suretiyle alt mahkeme kararını murakabeden imtina etmesiyle, karar kesinleşmekle beraber, bu tutum ne o kararın hukukî değerini arttırır, ne de Yüksek Mahkeme o konuda bir «bağlayıcı emsal karar» vermiş addolunur²². Binaenaleyh, red kararı sadece ademi murakabeyi ifade eden netice doğurmakla kalır, «emsal karar» yönünden herhangi bir hüküm tevliid etmez. Bu sebeple, Yüksek Mahkemenin certiorari müracaatını reddettiği bir dâvanın benzeri ilerde tahaddüs ettikte, çok benzer hukukî meselenin hemen hemen aynı şekilde cereyan etmesine rağmen, bu defa şartların tahakkuk ettiği ve umumî ehemmiyet taşıyan bir problemin varlığı mülâhazasıyla certiorari müracaatını kabul ile dâvayı rüyet ve evvelkiyle aynı neticeye varan alt mahkeme kararını nakzetmesi pek muhtemel ve bilhassa hukuken mümkün ve yerindedir.

Yüksek Mahkemenin certiorari talebini kabul etmesi ise, evveleminde, alt mahkeme kararının kazaî murakabesinin yapılacağını ifade eder. Bu suretle ihtilâf Yüksek Mahkemenin huzuruna gelebilmiş olur ve alt mahkemeden resmen dosyanın sevki talep edilir. Artık, bu safhadan sonra certiorari ile temyiz tetkikatı arasında fark kalmaz ve Yüksek Mahkeme temyiz tetkikatında haiz oldu-

(emsal teşkil etmemekle ve binnetice Yüksek Mahkemenin ilerde benzeri dâvalarda certiorari tanıyabilmesiyle beraber) alt mahkeme kararının hukuk alemindeki varlığını ve tesirini teyid eder....» sözleriyle en iyi şekilde ortaya konulmuştur. *Beth*, Loren P.: *Politics, The Constitution and the Supreme Court*, 1962, Row - Peterson & Co., sf: 32.

22) *Peacock*, J. C.: not: 7, sf: 683.

ğ u selâhiyetleri istimal suretiyle aynı murakabe cereyan eder ve in-tihaen verilen hüküm de aynı hukukî neticeyi yaratır ve değeri taşır. Binaenaleyh, dâvanın Yüksek Mahkemece rüyeti temyizde temyiz hakkının tabiî neticesi olarak kendiliğinden ve mecburen cereyan ederken, aynı murakabe certioraride ancak, takdirin müsbet yönde kullanılmasıyla, talebin kabulünden sonra yapılır. Başka bir ifadeyle certioraride üst kazaî denetim, Yüksek Mahkemenin talebi kabul etmesiyle - temyizde olduğu gibi - bağlayıcı ve mecburi olur²³.

Certiorari müracaatının - önceki dipnotunda işaret olunan istisnaî hal hariç - kabulüyle, Yüksek Mahkeme, ihtilâflı alt mahkeme kararının esasına girerek tümünün veya tetkikini karar altına aldığı noktaların «hukukiliğini» kontrol ile, neticede kısmen veya tamamen ya «tasdik» veya «nakz» eyler. Bu hükmünü verirken de, mucip sebeplerini, şayet bozma varsa bu noktalara ve nedenine işaret ederek, o mesele hakkındaki görüşünü açıklamak suretiyle kararını vermiş olur. Yüksek Mahkeme, bu incelemeyle, sadece alt mahkeme kararını «tasdik veya nakz» etmekle kalmamış, o mesele veya meseleleri hukukî bakımdan etraflıca tahlil ve bilhassa umumî konular ve prensiplerde teorisini tesis ve ifade etmiştir. Bu sebeplerdirki, Yüksek Mahkemenin certiorariyi tanıyarak yaptığı tetkikat sonunda vardığı hüküm - talebin reddi kararından farklı olarak - hukukî bakımdan «bağlayıcı emsal karar» teşkil eder²⁴.

23) Certiorari talebinin kabulü, esas itibariyle, yukarda bahsolunan neticeyi yaratmakla beraber, bazen ve nadiren, Yüksek Mahkeme bilâhare, evvelce vermiş bulunduğu murakabe ve dosyanın celbi kararına rağmen, alt mahkeme tarafından gönderilen dosyanın incelenmesinden ve bazen mürafaadan sonra, ortada certiorarinin tanınmasını mucip bir meselenin bulunmadığı ve certiorarinin lüzum olmadığı halde tanındığı (improvidently granted) gerekçesiyle, ihtilâfın esasına girmekten istinkâfla, müracaatı bu kademedede reddeder. Kabulden sonraki bu red kararının mahiyeti hakkında Yüksek Mahkeme *Hodges v. US*, 368 US 139 (1961), kararında certiorarinin bu şekildeki reddinin, alt mahkeme kararının hukukiliğini münakaşa etmemek, tasvib veya ademi tavsib tarzında bir hüküm vermemek mânasını taşıdığını açık ve kesin bir ifadeyle belirtmiştir. Bu suretle, neticeleri itibariyle, başlangıçta verilen red kararı ile, müracaatın iptidaen kabulü ve dosyanın celbini ve ön tetkikatı takiben, esasa ait tartışma ve murakabeye girmeden önce ve bu kontrolün icrasına lüzum görülmediğine binaen verilen red kararı arasında bir fark yoktur. Her iki halde de dâvanın esasına alt derecedeki mahkeme hükmetmiş ve kararı Yüksek Mahkemenin denetiminden geçmemiş olur.... Ayrıca: *Knauss*, Robert L.: *Michigan Law Review*, 1957, Vol: 56, sf: 120, Case Note.

24) *Robertson*, R. - *Kirkham*, F. R.: not: 10, sf: 532-533; *Peacock*, J. C.: not: 7, sf: 684.

Certiorari bahsinin bu kısımdaki izahına son verirken usule müteallik bir iki noktaya temas etmek isteriz. Certiorari müracaatı Yüksek Mahkemeye alt mahkeme kararının tebliğ veya tefhiminden itibaren, bakılan davaya göre, 30 veya 90 gün içinde verilecek, karar suretleri, belgeler vs ekli bir arzuhalle yapılır. Bu müracaat üzerine, Yüksek Mahkeme, meseleyi ciddi ve önemli addederse²⁵ tarafları davet ile bir duruşma da yapabilir. Genel olarak arzuhalin tetkikini, istisnaen duruşmanın icrasını müteakip,²⁶ Yüksek Mahkeme certiorari talebinin kabul veya reddini kararlaştırır.

Diğer bir usulî nokta da, başka vesileyle temas ettiğimiz *Sheppard v. Ohio* kararında da belirtildiği gibi, certiorarinin kabul edilmesi için beş kişilik basit ekseriyet yerine, dokuz hâkimden asgari dördünün müsbet oy vermesinin lâzım geldiğidir. Dört hâkim alt mahkeme kararını evvelce bahsettiğimiz esaslar dairesinde tetkike değer veya gerekli bulup certiorari yoluyla murakabe icrası için müsbet rey kullanmadıkça müracaat reddolunur²⁷.

Bu arada certiorari müracaatının tamamen olacağı gibi kısmen, yani tetkiki talep olunan bütün noktalarda değil, Yüksek Mahkemenin uygun göreceği hususlarda kabulü de mümkündür. Bu durumda, Yüksek Mahkeme, sadece tetkikini kararlaştırdığı noktaları murakabe eder ve bunlar hakkında hüküm verir. Fakat bu konudaki kaide bu olmakla beraber, alt mahkeme kararının hukukiliğini incelerken, lüzum görürse, Yüksek Mahkeme evvelce ihmal veya kontrolü reddolunan hususların da nazarı itibare alınmasını ve hatta tarafların, certiorari müracaatında bulunurken, temas, iddia veya

25) *Coleman v. Miller*, 307 US 433 (1939), *In Re Summers*, 325 US 561 (1945), *In Re Yamashita*, 327 US 1 (1946), dâvalarında olduğu gibi.

26) Dâvanın esasına ait «mürafaa» Yüksek Mahkemenin certiorari müracaatını kabul kararından sonra ve mutlaka yapılır. Halbuki bu ise certiorarinin tanınıp tanınmaması konusunda takdirî ve istisnai bir mürafaa - duruşmadır.

27) *Stern, R. L. - Gressman, E.*: not: 7, sf: 128, 139-140; *Robertson, R. - Kirkham, F. R.*: not: 10, sf: 541-543; «Dört hâkimin müsbet reyi» kaidesi Kongrenin sevk ettiği bir kaide olmayıp, Yüksek Mahkemenin kendisi tarafından tatbik edilegelen bir kaidedir. Nitekim bu husus C. J. Stone'un *Bailey v. Central Vermont R.*, 319 US 350 (1943), kararındaki, «Bu Mahkemenin uzun süreden beri tatbik ettiği dört hâkimin müsbet reyi üzerine certiorari tanınması esasına itibar etmekte bulunduğumuzdan, dâva huzurumuza usulüne uygun surette gelmiş olup, kanaatimce (alt mahkeme tarafından) doğru bir şekilde karara bağlanmıştır.» sözlerinde açıkça belirtilmiştir... *Knauss, Robert L.*: not: 23, sf: 120-121.

münakaşa etmedikleri meselelerin dahi hazırlanıp tartışılmasını emredebilir²⁸.

III

MÜTALÂA VE MÜLÂHAZALAR

Anayasanın 114 ncü maddesiyle ilgili kısımda Gerekçe - Rapor'da, «önem derecesi ne olursa olsun her çeşit meselenin behemahal Danıştaya kadar gitmesi gibi yersiz derecelenmeyi önlemek» ten bahsedilmektedir. Evvelce de işaret ve kabul ettiğimiz gibi, bu sözler Danıştayın bir kısım ihtilâfları incelememesi demektir. Danıştayın çıkan her idarî dâva ve ihtilâftan bir kısmını rüyet etmemesi, esas itibariyle, prensip olarak, kabule şayan bulunmakla beraber, Anayasa vazınının tasarladığı «usul», «yol» münakaşayı ve tenkidi gerektirecek mahiyettedir.

Hangi ihtilâf ve meselelerin temyiz yoluyla Danıştaya gidip gidemiyeceğinin tayin ve tesbiti, Anayasa vazınca, kanun koyucuya bırakılmıştır. Fakat teşriî uzuv, bu meseleyi nizamlarken hangi esas veya ölçüye göre hareket edecektir? Bu konuda Anayasa vazı herhangi bir kriter vermiş olmayıp, kanun koyucu tamamen serbest duruma sokulmuştur; kabul edeceği herhangi bir kriter, veya Danıştayın görevi dışında kalacak hususları birer birer sayması gibi bir usul kabul etmesi ve bu sahayı dar veya geniş tutması Anayasaya aykırı olmayacaktır. Bu halde Anayasa ile çatışan bir durum bulunmamakla beraber, bir takım mahzurlar ortaya çıkacaktır. Meselâ, yüz liradan aşağı meblâğdaki vergi ihtilâfları veya bin liradan az talebi muhtevi bilumum dâvalar, yahut kaza belediye idareleri, kaza disiplin komisyonlarının verdikleri bilumum veya bir kısım kararlardan çıkan ihtilâflar Danıştay tarafından temyizen incelenemez şeklinde konulacak bir hüküm, Yüksek Mahkemenin bu ihtilâflara *hiç bir surette* ulaşamaması neticesini doğuracaktır. Kanun vazı, bu kategori dâvaların Danıştayın murakabesini gerektirecek önemde olmadığı, binaenaleyh alt derecedeki idarî mahkemelerce yapılan yargılamanın ferdin menfaatini korumak bakımından yeterli olduğu kanaatini taşıyabilir. Hangi meselelerin «kat'î surette» Danıştaya kadar gitmesi lâzım gelecek ve hangilerinin «mutlaka» gitmemesi gerekecek derecede önem taşıdığını ve «önem» in ne bakımdan, hangi mülâhazalarla

28) Robertson, R. - Kirkham, F. R.: not: 10, sf: 558; Stern, R. L. - Gressman, E.: not: 7, sf: 136.

tayin edildiği gibi her zaman tartışılabilir meseleler bir tarafa; bu gibi basit addolunan dâva ve ihtilâflar prensip meselelerini ihtiva eden problemlere taallûk edebilir. Elli liralık bir ihtilâf veya kaza disiplin komisyonunun bir kararından, veya on bin nüfuslu kaza belediyesi bile olmıyan bir belediyede encümenin kararından doğan dâvalar taşıdıkları «hukukî meseleler» veya ilgilendirdikleri «konu» itibariyle büyük, mühim dâva hüviyetini taşıyabilir. Bu durumda, kanunla Danıştay nezdinde temyiz'i bu kategori ihtilâflar için kat'î surette kapalı tuttuğumuz için, Yüksek Mahkemeye bu gibi dâvalara ulaşmak, rüyet etmek fırsat ve imkânı verilmemiş olmıyacak mıdır? Danıştayın bu gibi «mesele» ler hakkında karara varması, görüşünü belirtmesi gerekmez mi? Bu gibi ihtilâflar, önemli sayıldığı mülâhazasıyla, temyiz yolu açık tutulan dâvalardan -meselâ, Bakanlar Kurulunun tasarrufları aleyhine açılanlar- hangi bakımdan farklıdır ki Danıştayın murakabesinden «kat'î» ve «mutlak» surette menediliyorlar?

Diğer bir problem de, Danıştayın altında -bir veya iki dereceli- yer alacak olan ve Anayasaya göre de tesisi gereken alt derecedeki idare mahkemelerinden sâdır kararlar arasında içtihat farkı olabilmesidir. Bu idarî mahkemeler, ister birkaç vilâyeti içine alan bölge mahkemeleri şeklinde, ister her vilâyette bir veya iş hacmine göre birkaç tane olmak üzere kurulsun, herhalde bunların sayısı birden ziyade olacağından, bu mahkemeler arasında çıkabilecek görüş ve karar ayrılığını giderici, içtihadı tevhid edici bir üst mahkemenin bulunması şarttır. Bu mahkeme fonksiyonunu Danıştay, «temyiz» yetkisinin şâmil olabileceği meselelerde ifa edebilmekle beraber; temyiz hakkının tanınmadığı ihtilâflara ulaşamayacağı için, bu konudaki tevhid ve telif nasıl yapılabilir? Danıştay tereddütsüz bütün meselelerde haiz olduğu merkezî ve birleştirici rolünü nasıl oynıyabilir?

Yukarıki soruların, Danıştayın üst derece mahkemesi olarak dâvaları rüyet ve murakabesi için başvurulacak «yol» un sadece -bazı dâvaları kapsamıyan- «temyiz hakkı» olması halinde, cevabı yoktur. Yüksek Mahkeme önüne dâvayı alâkalı fert, yalnız temyiz hakkına istinaden, münhasıran ve mutlaka bu vasıtayla getirebileceği gibi, Danıştay da, meselenin alt derecedeki mahkemeden kendisine gelmesini sağlıyan bir yol olmadıkça, ihtilâfa el koyamaz. Binaenaleyh, yukarıda belirttiğimiz mahzurların giderilmesi veya bunlara meydan verilmemesi için Danıştayın alt derece idarî mahkemeler tarafından verilen «bilumum» kararları (ihtilâf ko-

nusu kararı veren makam, dâva konusu veya miktar nazarı itibare alınmaksızın) «murakabe edebilir» durumda bulunması şarttır.

Bu sözlerimizle bilhassa şunu ifade etmek istiyoruz: Kanun vazı hangi ölçüyü, hangi esas veya kriteri tatbik ederse etsin bir kısım ihtilâf ve dâvaların Danıştay tarafından mecburî «temyiz hakkı» na müsteniden murakabe edileceğini emredebilir. Bu mecburî temyiz hakkının şümulü dışında kalan meselelerin, dâva ve ihtilâfların ise, Yüksek Mahkemeye ulaşabilmesi, gerek ferdin alt derece mahkemesinin Hukuka aykırı kanaatinde olduğu kararını Danıştaya götürebilmesi ve bu düşünüşte olan Yüksek Mahkemenin de bu gibi meseleleri murakabe edebilmesi, gerekse idare mahkemeleri arasında çıkabilecek görüş ve içtihat ayrılıklarını izalesi için mecburî mahiyetteki «temyiz hakkı» nın yanında ve ilâveten ikinci bir «yol» un mevcudiyeti şarttır.

Bu «yol» veya «vasıta» nın ne olacağı konusundaki cevabı, bir taraftan «Danıştayın iş hacminin azaltılması» esasını ve getirilmek istenen mevki, diğer taraftan zikrettiğimiz mahzurları gözönünde bulundurarak, yazımızın ikinci kısmında izahına çalıştığımız «certiorari» gibi bir müessesenin kabulü şeklinde veriyoruz. Bu suretle Danıştay alt derece idare mahkemelerinin vermiş olduğu bütün, bilumum kararlar üzerinde, üst derece mahkemesi sıfatıyla, «temyizen» murakabe yetkisini; birincisi, ABD Yüksek Mahkemesinin «appellate» selâhiyetine müşabih ve kanunların ferde bir hak olarak tanıdığı ve Yüksek Mahkemenin mutlaka icra etmesi gereken murakabe şekli olan «mecburî temyiz» diyebileceğimiz yol, ikincisi, yine ABD Yüksek Mahkemesinin «certiorari» yetkisine benzeyen ve mecburî temyiz gibi taraflara tanınmış bir hak olarak değil de, Yüksek Mahkemenin takdirine bağlı olarak temin ve icra edilen «takdirî temyiz» adını verebileceğimiz yol ile kullanacaktır. Certiorarinin mahiyeti, esasları, hükümleri, hattâ usulî meseleler hakkında topluca ikinci bölümde verdiğimiz izahata ve ABD Yüksek Mahkemesinin bu konudaki tutumuna aynen ve tamamen katıldığımızı bildirirken, memleketimizde de, Danıştayın «temyiz» mercii sıfatıyla haiz olduğu görev ve selâhiyetin ikili şekilde düzenlenmesinde; birincisi, Danıştayın bir kısım değil, bütün idarî kararları nihaî olarak murakabe edebilen Yüksek Mahkeme haline gelmesi, ikincisi, bilhassa certiorariye tamamen eş anlamda kullandığımız «takdirî temyiz» daha geniş ölçüde tutularak, yani «mecburî temyiz» yoluyla Danıştaya gelecek dâva sayısı azaltılarak, ağır iş hacmi meselesinin de halledilmiş olması, üçüncüsü,

Yüksek Mahkemenin alt derece mahkeme kararları arasında çıkabilecek herhangi bir içtihad ayrılığını ele alıp düzeltebilecek ve herhangi bir mesele hakkında tek bir görüşün tesisini sağlayacak duruma gelmesi bakımından fayda mülâhaza etmekteyiz.

Yukarki mütalâaya rağmen, acaba Anayasa, metni ve gerekçesiyle, certiorari» yolunun kabul edilmesine mâni bir hükmü veya sistemi muhtevi midir? Sorunun cevabını önce bir «hükmün» bulunup bulunmadığı yönünden verelim. Danıştayın, bilhassa temyiz, görevi hakkında Anayasanın 114 ve 140 ncı maddeleri ayrı ayrı münakaşa edildiğinde:

114 üncü maddenin gerekçesinde, Anayasa vazı, her çeşit meselenin *behemahal* Danıştaya gitmesi gibi yersiz bir derecelenmeyi önlemek istediğini bildirmektedir. İlk bakışta bu ifade certiorarinin kabulüne mani bir mâna taşıyor gibi görünüyorsa da, esas maksadı, mecburî temyiz yolu ile Yüksek Mahkemenin «lüzumsuz yere» işgal edilmesini ve iş hacminin «bilhassa alt mahkeme kararını tetkik ile esas hakkında karar vermek» mecburiyetiyle artmasını önlemektir. Certiorari müracaatının şartları kanunda teferruatıyla tesbit edildiği, ve ne gibi, hangi mahiyetteki dâva ve meselelerde certiorarinin tanınacağı da kanunda kullanılacak umumî bir formülün yanında Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla belirtildiği takdirde, iş hacminin, bilhassa ihtilâfın esasını inceleyip karar vermek bakımından, gerekçeyle takip edilen gayeyi ihlâl edecek şekilde artmıyacağı, binaenaleyh gerekçede kullanılan lisanın certiorari yolunun kabulünü menedecek derece ve mahiyette olmadığı ve daha mühimi bu metne rağmen certiorarinin kabul ve tatbikinin Anayasaya aykırı, onu ihmal eden bir hareket olmıyacağı fikrindeyiz.

140. maddenin birinci bendinin temyiz ile ilgili kısmını ve «genel olarak» mefhumunu, yazımızın bir numaralı bölümünde izaha çalıştığımız gibi, 114 ncü maddedeki sisteme uygun şekilde tefsir ettiğimizden, bu bendin certiorarinin kabulünü menedici olup olmadığı konusunda, az evvel 114 ncü madde hakkında yazdıklarımızı tekrar ediyoruz.

Maddenin ikinci bendinde ise, «Danıştay, idarî uyuşmazlıkları ve dâvaları görmek çözümlmek.... le görevlidir.» diyen kısma istinaden Danıştayın her idarî tasarruftan doğan *her* ihtilâfa bakması -ilk derece veya temyiz mahkemesi olarak- gereklidir denilebilir. Danıştayın idarî tasarruf ve fiillerden çıkan ihtilâfları rüyet ve kontrol vazifesi bu şekilde anlaşılabilir, certiorari yolu, bilhassa certiorari vasıtasıyla denetimi gerektirecek önem ve mahiyette

veya Hukuka aykırı bir kararın bulunmaması sebebiyle talebin reddinin de bir «çözüm» olarak mütalâa edilmesi halinde, bu mutlak hükme aykırı değildir. Zira maddenin bu kısmı ile, evveleminde Danıştaya gitmenin, Yüksek Mahkeme önüne ihtilâfı götürebilmenin yasaklanmaması, kısıtlanmaması derpiş edilmiştir. Certiorari, izah edildiği gibi, ferdin Yüksek Mahkemeye *başvurması*, murakabeyi talep hakkına bir tahdit koymamakta, Mahkemeyi o ihtilâfa ulaşabilir, el koyabilir hale getirmektedir. Bu sebeple, certiorari ile, ferde müracaat hakkını tanıyıp, Danıştayı da bu başvurmayı ve denetimi kabul ve reddi takdir selâhiyeti ile techiz etmek, Anayasanın bu hükmüne ve maddenin bu şekildeki tefsirine aykırı düşmez.

Bir kaç paragraf önce vaz edilen sualin cevabını, şimdi de, Anayasa vazınının kurmak istediği «idarî kaza sistemi» açısından vermek için, yukarki son üç paragrafta ayrı ayrı, müstakilen ele aldığımız 114 ve 140 ncı maddeleri birlikte mütalâa etmemiz gerekir. Her ikisi de umumî hüküm olan mevzuubahis maddeler gerekçeleriyle ve birbirini tamamlar şekilde tefsir edildikte; Anayasanın, kademeli bir idarî kaza manzumesi kurulmasını ve Danıştayın da, manzumeye dahil alt derecedeki idarî mahkemeler üzerinde koordinatör, nâzım bir mevki işgal etmesini, bu surette çalışmasını sağlıyan bir sistemin tesisini emrettiği müşahade olunur. Yine Anayasa, Danıştayın bu durum ve fonksyonunu bertaraf etmemek kaydı ve o derece ileri gitmemek şartıyla, kanun vazınının, hukukîden ziyade pratik mülâhazalarla, bazı ihtilâf ve dâvaların alt derecedeki idarî mahkemelerde kalıp Danıştaya kadar çıkmamasına cevaz veren bir usul koymasına da müsaade etmiştir. Bu sistem karşısında, acaba certiorari müessesesinin kabulü Anayasaya aykırılık arzeder mi? Kanaatimizce, certiorari, «takdirî temyiz» yolunun kabulü, 114 ncü madde ile alâkalı izahatımız muvacehesinde, Anayasaya herhangi bir surette aykırı düşmiyecektir. Ayrıca, «bir kısım dâvaların Danıştaya kadar gitmemesi» prensibi benimsenmiş olmakla beraber, Yüksek Mahkemenin idarî kaza sistemindeki nâzım ve merkezî durumu, kilit noktası mevkie karşısında, bir taraftan Danıştayın bu fonksyon ve görevini en iyi şekilde görebilmesi, diğer taraftan 140 ncı maddenin, 114 ncü maddenin gerekçesiyle pek uyuşmayan ikinci bendinin *lâfzî* emrini yerine getirmek ve uyuşmazlığı izale etmek için, «her» idarî dâva ve ihtilâfa yetişebilmesini mümkün kılacak bir «yol» un, «vasıta» nın

kabulü iktiza eder. Anayasa, tümüyle -metni ve gerekçesi- mütalâa edildikte, behemehal her dâvada değil, muayyen hususlarda «mecburî temyiz» e yer veren bir sistemi de benimsediğine göre, Yüksek Mahkemeyi bu muayyen hususların dışında kalan konularda da denetleme görevini tamamen ifa edebilir hale getirebilmek için «mecburî temyiz» in yanında ve ilâveten certiorari gibi «takdirî temyiz» yolunun da kabul ve ihdasına lüzum vardır. Binaenaleyh, yukarki izahatımıza göre, certiorari (takdirî temyiz) yolunun kabulü, Anayasaya aykırı olmadığı gibi, kanaatimizce, Anayasanın kurmak istediği sistemin tasarlanan şekilde tesisi ve işlemesi için hukuken lüzumlu bir «usul» veya «yol» olarak mütalâa edilmek gerekir.

Asistan Saîr GÜRAN