

DEVLET ŞÛRASI VE TEMYİZ MAHKEMESİNİN KONUSU AYNİ,
HUKUKİ NETİCELERİ AYRI OLAN BİR DÂVAYA DAİR
PRENSİP KARARLARI VE MÜTEZAT İKİ İÇTİHADİ
ÜZERİNDE BİR TAHLİL

Kararın hütlâsası, şûra içtihadı :

1 — Memurun, mensup olduğu müessese kanunundaki (iyi ahlak sahibi olmak vasfını kaybedenlerin çıkarılacağına) dair hükme dayanılarak azli için (iyi ahlak sahibi olmak vasfını kaybetme) hususu camia vicdanında yarattığı tepkiye ve kanunlarda aldığı vasma göre takdir edilmek lâzım gelir.

2 — Mahiyeti itibarile bir suç olan fiilden dolayı umumi hükümler dairesinde takibata geçilip netice alınmaksızın inzibati takibata geçilemez.

3 — Maaş hizmet karşılığı tediyesi gereken bir meblağ olduğundan hizmetin ifa edilmediği günler için maaş istenemez. (Dev Şûra. Daire 5 31.12.1955 tarih ve E. 55/3444 ve K. 55/1782)

4 — Azil tasarrufunun iptaline mütedair ilamın dâvalıya tebliğ edilmesi üzerine dâvacının yeni vazifeye derhal tâyin edilmeyip arada kırk günlük bir zamanın geçmesine sebebiyet verilmesi bir hizmet kusuru sayılır ve tazmini gerekir.

5 — Umumi kâtiplik vazifesinden azledilen dâvalı hakkında tasarrufun iptalinden sonra o memurun aynı sınıf ve derecede tâyin olunduğu diğer bir memuriyet muadil bir vazifedir.

Eski vazifesine bir diğerinin tâyini üzerine onun da iptali hakkında bir dâva açılmadıkça sadece eski vazifesine iadesi dâvası mesmu değildir. (Dev. Şû. Da. 5 17.4.1956 ve E. 56/1872 K. 56/4187).

Temyizin içtihadı : Tem. 4 HUKUK dairesi 26/ E. 58/1824/K 1214

6 — Bir memur hakkında yapılan cezai veya inzibati takibat birbirinden ayrı olup yekdiğerine mani olamaz. (Şûraya zıt içtihat)

7 — Inzibati karar verilmezden evvel hukukçuların düşüncelerinin alınması dâvalıya kusur atfına mani teşkil eder.

8 — *Delillerin takdiri âfaki ölçülere dayandığı gibi enfüsi ölçü-
rede dayanılması zaruri bir iştir.*

Kanuni ceza verilmek için kuvvetli delillere ihtiyaç olduğu halde inzibati ceza için daha hafif deliller umumiyetle kâfidir.

9 — *Devlet şûrasının dâvacıya atfolunan fiüllerden yalnız birini tetkik etmesi hasebile onun ilami adli mahkeme için bir dayanak olamaz.*

10 — *Şûranın iptal kararı, sadece idari kararın kanuna aykırılığı hakkında kaziyeye muhkeme teşkil eder. Kusurun mevcudiyeti hakkında muhkem kazıye olamaz.*

11 — *Şûranın ceza takibinin sonunu beklemeden inzibati ceza verilemeyeceği hakkındaki görüşün aksi de doğrudur. Hilâfını benimsemekle kusur işlenmiş olmaz. (Şûraya zıt içtihat)*

12 — *T. B. M. M. sinin tefsiri, âmme müesseseleri memurlarına ait inzibati ceza bakımından umumî hükümler mahiyetindedir.*

13 — *Manevî tazminat için kusurun ağır olması lâzımdır, mahkeme manevî tazminata hüküm için kusurun ne itibarla ağır olduğunu bildirmesi gerekir.*

14 — *Dâvalılardan birinin ölümü ile borç mirasçıya geçer. Dâvalı öldü diye dâva ret edilmez.*

V a k ı a :

A) ticaret borsasında umumî kâtiplik yapmakta olan M. hakkında vaki şikâyet üzerine borsa idare heyeti reisi harekete geçerek bir komisyon teşkil ediyor, Şikâyet mevzuu şu üç vakıya temas etmektedir : a) Umumî Kâtip memurlardan iki hanıma yakışsız muamelede bulunmuştur. b) bazı memurları evinde istihdam eylemiştir. c) Umumî Kâtinin huzur hakkı almamasına dair Odalar Birliği tamiminin idare heyetine intikal ettirmemiş ve buna rağmen huzur hakkı almıştır. Neticede bu vakıalar sabit görülerek Ticaret ve Sanayi Odaları ve Borsaları tüzüğü-
nün 103 üncü maddesinin 1 ve 5 inci bentlerine tevfikân Umumî Kâtinin iyi ahlak sahibi olmak vasfını kaybettiği mucip sebeble işten çıkarılıyor.¹

¹ 5590 sayılı kanununun 32 nci maddesi : Ticaret Borsaları Kanununda yazılı esaslar dairesinde borsaya dahil maddelerin alım ve satım fiatlarının tesbit ve ilânı ile meşgul olmak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumlarıdır.

Tüzüğün 103 üncü maddesi : Oda ve Borsa memur ve hizmetlileri aşağıda yazılı sebeplerden dolayı işten çıkarılır. 9 uncu maddenin a, b, c, d fıkralarında yazılı vasıflardan birini kaybetmek, 5 - İşinde kifayetsizliği maddî delillerle sabit olmak.

Tüzüğün 9 uncu maddesinin C bendi : Memur olmak için iyi ahlâk sahibi bulunmak...

B) *Birinci dâva* - Umumî Kâtip borsanın bu tasarrufunun iptali ve ödenmeyen maaşları ile pahalık tahsisatının ödenmesi talebile Devlet Şûrasında bir iptal dâvası açıyor. Şûra 1.12.1955 tarihli karar ile borsanın tasarrufunu iptal ediyor, ancak maaş hizmet karşılığı tediyesi gereken bir meblâğ olduğundan hizmet ifa edilmediği günler için maaş namile bir şey verilmesi mümkün olamayacağı mucip sebeble maaşa müteallik talebi red ediyor.

Şûranın kararı üzerine Borsa tashihi talebinde bulunuyor ve bu hususta mütalâasına müracaat ettiği İstanbul Hukuk Fakültesi Profesörlerinden Prof. Ragıp Sarıca ve Doçent Lütfü Duranın mütalâalarından istifade ediyor, fakat şûra tashih talebini red ediyor.

C) *İkinci Dâva* - Bu arada Borsa Umumî Kâtipliğine başkası tâyin olunuyor, Borsa Devlet Şûrası kararına ittiba ile beraber Umumî kâtipliğin münhal olmadığı mucip sebeble dâvacıyı Umumî kâtibin aldığı maaş ve aynı derece ile müşavirliğe tayin ediyor, davacı müşavirliğin katipliğe muadil olmadığı iddiası ile umumî kâtipliğe iadesi ve iade tarihine kadar maaş ve buna müteferri hakların verilmesi talebile yine Devlet Şûrasında ikinci bir dava açıyor.

Şûra, davacının müşavirliği kabul etmemesi ve müşavirliğin umumî kâtipliğe muadil olduğu, yerine tayin edilen umumî kâtipliğe ait muamelelerin iptali hakkında bir dava bulunmadığı mucip sebeble davayı reddediyor.

D) *Üçüncü dava* — Davacı, İstanbul asliye mahkemesinde işden çıkarma kararını veren borsa meclisi azasından 16 kişi aleyhine, haksız fiili ile kendisine zarar verildiğinden bahsile, 10 000. - lira maddi ve 20 000. - lira manevi tazminat davası açıyor, asliye mahkemesi davayı kabul ile davalıları maddi ve manevi tazminata mahkum ediyor, ancak temyiz mahkemesi aşağıda tahlil edilen mucip sebeplerle hükmü bozuyor ve tashihi karar talebi de red olunuyor.

Kararın tahlili :

Devlet Şûrasî tasarrufun iptaline dair verdiği birinci kararında (Umumî Katibin azline sebep olan vakıanın (yakışksız muamelede bulunmak) sabit olmadığını bildirdikten sonra şu mülahazada bulunuyor, (davacının kendisine atf ve isnat olunan fiil ve hareketin sübutu dolayısıyla iyi ahlak sahibi bulunmak vasfını kaybettiği idiası ile nizamnamenin 103 üncü maddesine istinaden çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bir fiilin iyi ahlak sahibi olmak vasfını kaybetmek hususunda âmîl ve müessir olduğunu kabul edebilmek için camia vicdanında yarattığı tepki ve aldığı vas-

fa göre tayin ve takdiri lâzım gelir. İdarenin bu fiillerin iyi ahlak sahibi olmak vasfını izale ettiği yolundaki takdirini kullanırken, kanunlarda bu vasfı kaybettiği açıkça sayılmış olan suçlarla mukayesesi ve buna ait kıstasların göz önünde bulundurulması icap eder. Davacıya atfolunan fiil ve hareketin ahlaki vasıfları kaybettirecek şekilde tezahür ve tecelli ettiği *kanaatbahş delillerle* sabit olmadığı gibi maiyetinde bulunan kadın memurları izaç edecek şekilde laübali harekette bulunduğu sadece müştekillerin mücerret beyanından ibaret kalmaktadır.)

Görülüyorki Devlet Şûrası burada bir fiili iyi ahlak sahibi olmak vasfını kaybettirecek mahiyetini tâyinde kıstası *camia vicdanında* ki aksi ile ölçmek gibi müphem bir formül aramakta, ancak bununla da kalmıyarak müsbet bir delili lüzumlu görmekte, yani kanunlarda bu vasfın açıkça sayılmış olmasını lâzım geldiğini beyan etmekle bir prensip kararı koymaktadır. Diğer münakaşayı davet edici bir hal de disiplin meclisinin kâfi gördüğü delilleri şûranın yeterli bulmuyarak onun takdir hakkına müdahale etmesidir.

Yukarıda mütalâalarına müracaat edildiğini söylediğimiz İstanbul Üniversitesi hocaları şûra kararını her bakımdan tenkit ile şöyle diyorlar : «İyi ahlak sahibi olmak vasfının ceza anlamındaki bir suç ile bir güna ilgi ve münasebeti yoktur. Memurin kanununda olduğu gibi burada da bir memur ceza mevzuatına göre her iki hangi bir suç işlemeksiniz dahi alelâde bir fiil ve hareketi yani sırf mesleki bir kusur dolayısıyla iyi ahlâk sahibi vasfını kaybedebilir, aksini kabul etmek ceza mevzuatı dışında kalan veya ceza muhakemelerince cezalandırılmıyan fiil ve hareketleri ile Türk Âmme efkârı muvacehesinde iyi ahlâk sahibi vasfını taşıyıyan kimselerin idare tarafından gerek memur olarak tâyinlerine ve gerek memuriyetten çıkarılmalarına cevaz vermek demek olur. İyi ahlâk sahibi olmak vasfının ceza hukuku ile, ceza mevzuatı ile hiç bir alâkası mevcut olmadığı muhakkak iken 5 inci dairenin bu vasfın tâyininde kıstas olarak kanunlarda bu vasfı kaybettiği açıkça sayılmış bulunan suçlarla mukayesesi yapılması ve buna ait kıstasların göz önünde bulundurulması «lüzumundan bahsetmekle iyi ahlak sahibi mefhumunu tâyin ve tasnifinde suç mefhumuna dayanmakta meseleyi ceza mevzuatı zaviyesinden mütalâa etmekte... hülâsa idare hukuku esaslarına aykırı bir ölçü tatbik edilmektedir. Gerçekten iyi ahlak sahibi mefhumu sırf manevi mahiyet taşıyan içtimai ve ferdi ahlâk sahasına ait bir keyfiyet olduğu halde suç müessesesi tamamen hukuk alanında yer alan yalnız maddi mahiyeti haiz bir hususta teşkil eder, kaldığı, iyi ahlak mefhumu suç müessesesi ile ilgili bir mesele olduğu kabul edilse bile, bu unsurun tâyin ve tesbitinde yine de ceza mevzuatına müracaat ve kanuni kıstasta istifade etmek mecburiyeti idareye tahmil edilmiş değildir. Çünkü, B. M.

M. nin 12.5.1937 tarihli ve 991 sayılı memurin kanununun 4 ve 49 uncu maddelerindeki (muhilli haysiyet ve namus cürümler) tabirinin tefsirinden, bu mahiyeti taşıyan suçların dahi hiç bir kanun ve içtihatlarda gösterilmemiş olduğu beyanile, bu mefhumu kanununun tatbiki ile mükellef olan salâhiyetli mercilerin takdir ve içtihatlarına bırakılması muvafık görülmüştür. Salâhiyetli makamlar bu husustaki takdirlerini kullanırlarken, aynı tefsir kararına göre, kanunî ahlâm ve kıstalarla mukayyet olmayıp sadece muhitin içtimai telakkilerini göz önünde tutmakla iktifa edeceklerdir. Zira bu nevi fiillerin «kanun vazınının tâyin ve inhisar ifade edecek tarzda tadat etmesi mümkün ve doğru olmadığı B. M. M. nce de içtihat ve kabul edilmiştir» (..... Şu hale nazaran idare bir kimsenin iyi ahlak sahibi bulunup bulunmadığını tâyin ederken evleviyetle» muhilli haysiyet ve namus suç faili olup olmadığını beyan hususunda haiz olduğu takdir salâhiyetinden çok daha geniş bir serbestiye maliktir.)

(Devlet Şûrası dâvacının iyi ahlak sahibi bulunup bulunmadığı hakkında idarenin takdir salâhiyeti olduğunu bir kere teslim ettikten sonra bu yetkinin şu veya vasıtalarla kullanılıp kullanılmaması *kazai bir merci tarafından* hukuken takyit ve tahdit olunamaz. İdare bu hususta tam bir serbestiye sahip sayılır, *aksi takdirde bağlı bir yetki bahis mevzuu demektir*. Takdir salâhiyeti ile bağlı salâhiyet arasında üçüncü bir ihtimal veya vaziyet mutasavver değildir. Bununla beraber idare ancak takdir yetkisini hakkın suistimali şeklinde tezahür eden salâhiyetin sapdırılması suretile istimal ettiği takdirde kazai murakabenin müeyyedelelerine maruz kalabilir. Hâdisede ve ilâmda borsanın takdir salâhiyetini kullanırken kanuni esasları nazara almadığı mucip sebeble kararın butlan ile müeyyedelendirilmesine idare hukuku prensipleri manidir).

İlim heyetinin şu mütalâası idare hukuku prensiplerini tebarüz ettirmektedir. İtiraf edelimki, biz kendimizi yine bir iphamdan kurtaramadık. Çünkü, «iyi ahlak sahibi olup olmamanın» ölçüsü muhilli haysiyet ve namus suç olup olmadığının ölçüsünden daha geniş ve daha kaypaktır. Bir taraftan idareye bu salâhiyet tanınırken diğer taraftan delilleri takdir yetkisinde verilmesi halinde kazai murakabenin mevzuu azalmış olmaz mı? Sonra bu takdir yetkisi ile salâhiyetin sapdırılmasını telif ve bunları ayıracak kıstası bulmak hayli güçtür. Filhakika,

Delillerin kifayeti üzerinde de mütalâada bulunan üniversitenin mümtaz erkânı şöyle diyorlar: (Borsa meclisinin kararının dâvacıya atf ve izafe olunan fiillerin içtimai telakki ve maşeri vicdan ölçülerile iyi ahlaklı olmak vasfının hudutları içinde mütalâa edilebilecek hal ve hareket olmadığı muhakkaktır demek suretile bu lâzıme riayet etmiş durumdadır. Borsa meclisinin takdir salâhiyetini içtimai kıstaslara tevfikân

kullanarak verdiği bu kıymet hükmünün isabetsizliği artık *kazai bir surette münakaşa ve cerh* edilemez. Aksi takdirde ortada takdir salâhiyeti diye bir şey kalmaz. Zira bu halde idarenin takdirinin mahkemenin takdirine tâbi olması gibi, idare hukukuna tamamen yabancı ve hattâ mü-nafi bir vaziyet tahaddüs etmiş olur.)

Şu mutalâa ve bunu benimseyen Temyiz Mahkemesinin aşağıda nakledeceğimiz içtihadı, Devlet Şûrasının idarenin takdir salâhiyetine müdahale edemeyeceğini bildirmektedir. Acaba bu görüş, hukuk usulünde olduğu gibi, ilk derece mahkemesinin delillerin takdiri salâhiyeti-ne yüksek dereceli mahkemenin karışamayacağı hakkındaki bir içtihadın idamesi midir? Çünkü, meselâ Prof. Sıddık Sami Onar, (Devlet Şûrasının istişari kararına göre disiplin komisyonları kazai vazife ile mükellef bir idare heyetidir.) demektedir. (İdarenin Umumi Esasları Sayfa 657) O takdirde Devlet Şûrası idarenin takdir hakkına müdahale edemezse delillerin kifayetsizliği üzerinde durabilir. Nitekim aynı mutalâada da bu noktayı gözden kaçırmıyan ilim heyeti şöyle demektedir: (Delil kifayetsizliği noktasına gelince, bu da tahkikat dosyası ve meclis kararı muvacehesinde asla varit değildir. Gerçekten borsa idaresi çıkarma kararını vermeden önce müteaddit tahkik heyetleri teşkil etmiş ve muhtelif deliller toplamak suretile sahîh ve salim bir neticeye varmış bulunmaktadır..... Hâdisede delil kifayetsizliğinden bahsedilemez.)

Ancak burada usul bakımından münakaşaya değer bir mesele halledilmiş değildir. Filhakika, müteaddit tahkik heyetleri teşkil etmek başka, delillerin kâfi olduğu, yani artık şuranın disiplin meclisinin bu takdir hakkını olduğu gibi kabul etmesi lazım geldiği noktası başkadır.

II — Şu mutalâa mesnet ittihaz edilerek şifahi duruşma yapılmak suretiyle tashihi karar istenilmiş, şura şu sebeplerle bu talebi ret etmiştir:

a) Devlet Şûrasında cari muhakeme usulünün esas itibarile tahriri olmasına ve istisnai duruşma usulünün cereyanı ve bu bapta taleplerini kabulü mecburiyeti ise dâva hakkında mevzu olup karar düzeltilmesi ve muhakemenin iadesi gibi kanun yollarına şumulü bulunmuyacağına ve bu hususta duruşma icrasının ancak heyetin tasvip ve takdiri ile cereyan edebileceğine binaen hâdisede duruşmaya lüzum görülmemiştir.)

Aceba tashihi karar üzerine duruşma talep edilmesine rağmen şura duruşma talebini kabule serbesmidir? Şûra kanununun 44 üncü maddesi, ancak tebligat, hakimin reddi... v. s. hususlarda H. M. U. nün tatbik edileceğini âmirdir. Binaenleayh, tashihi kararda umumi usul huku-

kunun tatbikine mahal yoktur. Yine şûra kararında belirtildiği gibi, kanun muhakeme usulünden bahis 7 nci faslında açıkca (dâva daireleriyle bu daireler umumi heyetinde tetkikat evrak üzerinde yapılır, duruşma ancak dairelerin veya heyetin göreceği lüzum üzerine yahut kanun sözcüsü ile taraflardan birinin talebile yapılır. (Madde 43) denilmektedir.

22.6.1959 dan itibaren mer'iyete giren 7354 sayılı kanun 43 üncü maddeyi tadil etmiş ve «duruşma ancak iptal dâvaları ile miktarı iki bin lirayı aşan vergi ve resim, tazminat dâvaları ile iki taraftan birinin yahut kanun sözcüsünün talebi üzerine duruşma yapılacağını, fakat dairelerin ve umumi heyetin yukardaki kayıtla bağlı olmaksızın açıklamalarını dinlemek üzere iki tarafı kendiliğinden dâvet edebileceğini) tasri eylemek suretiyle H. M. U. 437 inci maddesine mütenazır bir hüküm tesis etmiştir. İmdi, muaddel kanun, karardan çok sonra neşrolunduğu cihetle vakıayı yeni kanun ile mukayese suretile eski kanun ışığında tatbik ederek şu neticeye varmak gerekir : 1 — Esas dâvanın tetkiki sırasında taraflar duruşma istiyebileceği gibi şûrada karar verebilir. Taraf istediği takdirde daire ret edemez. H. M. U. 37 de aynı hükmü âmirdir. 2 — Şûra kanununun, kanun yollarından bahis 8 inci faslında kanun yollarının nelerden ibaret olduğu tasrih edilmiş değildir. Sadece Mad. 49 da muhakemenin iadesinden 50 de tashihi karardan, 52 de hükmün tavzihinden bahsedilmiştir. Ancak Şûra, tavzih yolundan bahis Madde 52 de duruşmadan bahsedilmemiş olmasına göre duruşmaya dair madde 43 hükmünün kanun yollarında tatbik edilemeyeceğini beyan ile tamamen isabetli karar vermiştir. Nitekim Devlet Şûrası umumî heyeti duruşma taleplerinin esas dâva hakkında mevzu olup tashihi karar gibi kanun yollarına şumulü bulunmuyacağına dair evvelce bir içtihat tesis etmiş bulunuyordu. (K. No. 954/5. Şeref Hocaoglu, Devlet Şûrası karar hulasaları sayfa 125) Ancak duruşma caiz olmadığına göre bu hüküm mutlaktır. Taraflara tanınmayan bu hak daireyede ait olamaz, böyle bir talebi kabul de edemez. Muaddel kanun bakımından da tashihi kararda aynı hüküm caridir.

b) Esasa gelince, disiplin meclisi kararının hukuk esaslarına ve hakaniyet kaidelerine aykırı olduğunu ve esas kararında tetkik konusu edilmeyen ve tashihi karar sebebi olarak dâvalı tarafından ileri sürülen diğer husus da, yani bazı memurları kendi hususi hizmetinde çalıştırdığı iddiası bir suç olarak mutalâa gerektiği cihetle bu bapta umumî hükümler dairesinde takibata geçilip netice alınmaksızın bu hareketin vasfının şimdiden tâyin ve bunun neticesinin de dâvalı hakkında tatbikinin mevzu hükümlerle kabili telif olamayacağını beyan ile esasdan tashih talebini red etmiştir.

III — Adli mahkemede açılan tazminat dâvası üzerine asliye mahkemesi dâvalıların bir tahkik heyeti teşkil eylemelerini bir kusur telakki etmiş Devlet Şûrasının mucip sebeplerini benimsiyerek şu mütalâa ile dâvalıları tazminata mahkum eylemişti: (Tahkikat heyeti marifetile tahkikat icra ettirmesi ve ayrıca suç teşkil eden fiiller hakkında kanun yoluna müracaatla suçların sübutuna karar almadan idari kararlar ittihaz eylemesi ve idare meclisinin buna müsteniden karar vermesi her ne kadar vazifeye taalluk etmekte isede bu usul - muamelenin esasını tetkik etmeden, mahiyetini incelemeyen *kasdan olmasa* bile ihmâl göstererek.... yolsuzluğu tetkik edip incelemeyen azle müncer olan karar vermesi şahsi mesuliyeti icap edecek mahiyette bir haksız fiil teşkil eder.)

Bu hüküm Temyiz 4 ncü hukuk dairesince bozulmuş ve yüksek mahkeme, geniş bir esbabı mucibe ile bir çok usuli kaideleri tebarüz ettirmiştir. Gerçekten, Temyiz mahkemesi şöyle diyor :

(a — İnzibati bakımdan bir memur hakkında tahkikat açılması adli tahkikata mani olmadığı gibi adli tahkikat yapılması da inzibati tahkikata mani olmaz..... İnzibati nehç cezai nehç birbirinden ayrıdır.... Dâvalılar, dâvacıya yükletilen fiillerin işlendiğine kanaat getirerek kanundan aldığı salâhiyeti kullanmışlardır. Bunu yapmağa borsalar kanunu ve nizamname hükümlerince salâhiyetlidirler..... Yapılan tahkik muameleleri ve dinlenen şahitlerin birbirini tamamlayan ve önemli bir kısmı belli vakıalara ait bulunan sözlerden dâvacıya yüksetilen fiillerin sabit görülmesinde hiç bir usulsüzlük yoktur.)

(b — Bundan başka inzibati ceza vermezden evvel hukukçuların düşüncesi alınmıştır ve delil durumu ve hareket tarzı karşısında kendilerinden beklenen ihtimamı göstermiş olan davalılara her hangi bir ihmâl yükletilmesi de mümkün olmadığı haldeadı geçenlerin durumlarının ihmâl ile tavsifi ile karar verilmiş olması usule aykırıdır. Bir an için davalıların delil takdirinde yanılmış olduklarıfarz edilse bile onların kararlarını haklı gösteren şahit sözleri hukukçulara incelettirip hukuki düşüncelerini almış olmaları karşısında kendileri her hangi bir şekilde kusurlu sayılmazlar.)

(c — Delil takdiri afaki ölçülere dayandığı gibi enfüsi bir kısım ölçülere dahi dayanması zaruri olan bir iştir.)

(d — Kanuni bir ceza verebilmek için kuvvetli delillere ihtiyaç olduğu halde inzibati bir ceza verebilmek için daha hafif delillere umumiyetle kâfidir.)

Temyiz mahkemesinin şu mucip sebeplerinden bazılarını bir kaç noktadan kandırıcı ve yetersiz buluyoruz :

1 — Davalıların ihtimamı, diğer ifade ile, ihmal göstermediklerini fezlekenin hukukçulara gösterilmiş ve mütalaasının alınmış olması ile izah ediyor. Bu görüş bir kaidenin izahı ise, o takdirde her hangi bir memur hakkında disiplin cezası verilmesi halinde heyetin ihmalkar bir duruma düşmemesi için onun hukukçularla istişaresi gerekmektedir ki ilmi mesnedini bilemediğimiz gibi mahzurlu olduğu da aşikardır. Çünkü, disiplin heyetleri kararlarında tamamen serbest olmaları lâzım gelir. Hukukçu onu ancak mevzu hukuk sahasında tenvir eder. Hukukçunun mütalaasına rağmen tecziyesine karar verse ihmalkâr mı olacaktır? Kaldığı hukukçu mes'ul mevkiinde değildir.

2 — Yüksek mahkeme yine delillerin takdirinin âfâki ölçülere dayandığını beyan etmekle izahı güç bir durum yaratmıştır. Zamanımıza kalırsa âfâkîlik ancak delil mükellefiyetinde düşünülebilir. Nitekim büyük usul âlimi Rosenberg şöyle diyor «delillerin serbest takdiri ve delil mükellefiyeti yanyana ve fakat hudutları açık surette ayrılmış iki sahadedir. Serbest takdir, hâkimi hayat tecrübelerine ve insani bilgilerine göre davada münakaşa edilen hususların doğru veya yanlış olduğuna dair vicdani kanaat getirmesidir. Rosenberg. Die Beweislast 1956. Vierte Auflage S. 61» Cezai bakımdan da böyledir «Serbest takdir, hakim vicdani kanaati ne ise, keyfi olmamak şartıyla, ona göre hüküm vermektir. Tahir Taner Ceza Muhakemeleri Usulü 1943» Temyiz mahkemesi, inzibati nehc ile cezai nehc'in ayrılığını tebarüz ettirmekte olduğu kadar disiplin meclisinin takdir selahiyetini tanımakla mevcut ilmi esasları teyit etmiştir. Ancak Devlet şurası disiplin meclisinin kanaatına mesnet olan delilleri münakaşa edebilirdi. Çünkü hakimin sadece kanaat getirdim demesi kâfi değildir, kanaatına müessir olan vakıaları tafsilen kararında göstermesi lâzımdır. (Max Guldner. Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischen Zivilprozess recht. 1955. Zurich Say. 7). ve çünkü kanaat serbesliği keyfilik değildir. (Leuch Zivilprozessordnung Mad. 219, H. Karafakih. Beyyine mükellefiyeti. Mukayeseli hukuk araştırma dergisi Say. 8 say 11).

3 — Yine temyiz mahkemesinin kanuni bir ceza vermek için kuvvetli deliller aranması ve fakat inzibati ceza için hafif delillerin umumiyetle kafi olması hakkındaki görüşünün de mucip sebebini bulamıyoruz. Çünkü Bin lira para cezasının mahkum üzerinde bıraktığı tesir, azle duçar olan memurun duyduğu elemenden çok hafiftir. Bu itibarla umumi kaidenin istisnasını da belirtmek gerekirdi.

Devlet şurasının yanlış da olsa davalıların takdir ettikleri delilleri kâfi görmeyecek azil tasarrufunu kaldırması karşısında adli mahkeme tazminat bakımından aynı hadiseyi tekrar tetkik edebilir mi? Diğer ifa-

de ile, B. K 53'e tevfikan idari bir tasarruf hakkında idare mahkemesinin kararı hukuk mahkemesini takyit edermi? Temyiz mahkemesi bu noktada şu içtihadını belirtmektedir «Şuranın iptal kararı, davalılarca verilmiş olan idari kararın kanuna aykırılığı hakkında muhkem bir kazıye teşkil ederse idari karar verenlerin B. K 41 maddesi gereğince kusurlu hareket etmiş olduğunda bir muhkem kazıye olmaz. Zira, şura bu ciheti incelemiş olmadığı gibi, bunu inceleme esasen şuranın vazifesi dışındadır.» Bu karar fıkrasından çıkan netice şudur : haksız fiilin vücudu için aranması gereken dört unsurdan ademi meşruiyet kanuna aykırılık şura kararile sabit ise de kusur sabit değildir, onu tetkik adli mahkemenin vazifesidir. Bu görüş doktrindeki galip reye uygundur. Her ne kadar B. K ceza kararlarından bahsetmekte isede kıyasen aynı hüküm tatbik edilebilir. (Oser. Borçlar Hukuku Ter. Recai Seçkin Madde 53 No. 11. «Ceza hakiminin mahkumiyet kararı kusurun bulunup bulunmadığı hakkında hukuk hakimini takyit etmez, sadece fiilin ve gayrimeşruluk karakterinin tesbitinde onu bağlar. Von Thur. Partie générale des obligations Cilt 1 Sayfa 337. Buna mukabil Becker, ceza hakiminin mahkumiyet kararının kanuna aykırılık hususunda da hukuk hakimini bağlamıyacağı kanaatinde dir. (Becker. Obligationen recht 2. Auflage Madde 53)

İnzibati takibata mevzu olan aynı zamanda bir suç karakterini arz ederse disiplin cezası vermezden evvel suç hakkındaki takibin neticesini beklemeğe lüzum var mıdır? İlim heyeti şu mütalaada bulunuyor :

(Devlet şurasının dediği gibi umumî hükümler dairesinde tatbikata geçilip neticenin alınmasını beklemeğe lüzum yoktur. Çünkü ihracı mucip fiil ve hareketler suç mefhumu karşısında üç ayrı şekilde tezahür edebilir : Fiil ya ceza mevzuu ile hiç ilgili değildir (meselâ iyi ahlak sahibi olmak vasfını kaybetmek gibi), ya aynı zamanda suç mahiyetini taşır (haysiyet ve namusu muhil suç gibi) veyahut adi bir cürüm dolayısıyla mahkumiyet neticesi olarak ortaya çıkar (ağır hapsi müstelzim fiil gibi). Bu kategorilerin birincisinde adli takibat asla bahis mevzuu olamaz. İkincisinde disiplin ve umumî ceza mevzuları yekdiğerinde mustakildir. İnzibati ve adli takibatın aynı zamanda ve muvazi olarak yürütülmesi mümkün ve hatta lâzımdır. Zira adli takibat neticesi ne şekilde tecelli ederse etsin, disiplin sahasında alınan kararlara hiç tesir etmez..... Ancak disiplin cezasına çarpılan memurun suçun faili olmaması veya fiilin yuku bulmaması mucip sebeplerile sadır olacak beraet hükümleri, sonradan inzibati kararın iadei muhakeme yolu ile ref'ini icap ettirebilir. Bu halde dahi inzibati cezanın tatbiki için adli takibatın neticesini beklemeğe hukuken lüzum yoktur... Yalnız üçüncü kısım çıkarma sebeplerinde adli mercilerden bir mahkumiyet kararının istihsalı ve bunun kazıyei muhkeme haline gelmesi zaruridir. Çünkü esasen burada

tatbik edilen inzibati bir müeyyide olmayıp, daha ziyade mahkumiyet ilamına kanun hükmi ile terettüp eden bir neticenin mantıki surette idare tarafından uygulanmıştır..... Hadisedeki fiil ve hareketlerin bu kategorilerden hangisine girdiğini tâyinine gelince :..... Davacının şahsını istihdaf eden tamimi mücerret idare heyetine arz etmemesi tek başına bir meslekî suç mahiyetinden telakki ile ceza mevzuu ile ilgili görülmek lâzım gelir. Binnetice bu hal yukardaki kategorilerden ilkinde girip, ceza takibatına vesile ve imkân vermiyeceği gibi neticeye de intizar bahis mevzuu olamaz. Bu hâl,..... bir suç teşkil edecek mahiyette fiil ve hareket olarak kabul edildiği takdirde dahi bunun ancak ikinci gurup çıkarma sebepleri arasında mutalaa edilmesi mümkündür.... Ancak bu fiiller adli suç sayılsa bile bu durum salahiyyetli idare makamlarının derhal inzibati takibata geçmesine mani olamayacağı gibi, idareye evvel emirde, yani kat'i kararını vermek için, adli mercilere müracaat mecburiyetini tahmil etmez.) Hatta daha ileri giderek (adli merciler bir fiili suç saymazlarsa ve bundan dolayı faili beraet ettirmişlerse bu kararın disiplin cezasına tesiri olması gerekir. (Yılmaz Günel, Disiplin cezaları Siyasal Bilgiler Fakültesi dergisi, 1958 No. 2). Yine bu muharririn naklettiğine göre, Donnedieu de Vabres, disiplin cezalarında «kanunsuz suç ve ceza olmaz» kaidesinin tatbikine mahal olmadığı kanaatinde dir. (Aynı makaleden).

Temyiz mahkemesi kusur bakımından ilk mahkeme kararını bozarken hukuk heyetinin bu mülâhazasını da nazara almış ve fakat açık surette benimseyerek şu mülâhaza da bulunmuştur: (Şuranın ceza takibatının sonunu beklemeden inzibati ceza verilmeyeceği hakkındaki görüşü doğru olabilir. Fakat gerek şûra içtihatları ve gerek ilim sahasında bu görüşün tamamiyle aksi kabul edilmekte bulunmasına göre şûranın görüşünün aksinin dâvalılarca benimsenmiş olması kusur sayılmaz. Zira kanun hükümlerinin tatbiki ile mükellef olan makam her hangi bir meselede ilim sahasında ileri sürülen görüşlerden bir tanesini kendi hukuki anlayışına uygun bulup benimsemeğe salâhiyeti vardır. Nihayet borsa kanununda ve nizamnamesinde şûranın görüşüne dayanak olabilecek açık bir hüküm yoktur ki dâvalıların o hükme aykırı davranmış oldukları ve bu itibarla kusurlu buldukları kabul edilebilsin. Mahkemenin bu cihetleri göz önünde tutmuyarak şûra kararına tebaen kusuru sabit sayması usule ve kanuna aykırıdır.) demek suretile Medenî kanunun 1 nci maddesinin 2 nci fıkrasına veciz bir şekilde tatbik ve tefsir eylemiş bulunmaktadır.

Nihayet Temyiz Mahkemesi manevi tazminata mütedair hüküm fıkrasını boğarken ilk derece mahkemesine B. K. 49 nın şartını, yani kusurun ağır olması lâzım geleceğini söylemektedir. Gerçek, bu noktada hiç

bir tereddüde mahal yoktur. Oser (kusurun ağır olması lâzımdır) dediği gibi Becker ve V. Thur'da aynı noktada müttelikler. Kaldı ki, idare hukuku bakımından memleketimizin salâhiyetli müellifleri azil'in manevi tazminata sebep olmayacağı reyindedirler. Çünkü (bazı disiplin cezaları istisna edilirse, şahsi hayat ve hürriyet ve medenî ve siyasî haklar üzerinde bir tesir icra etmeyeceği gibi hukukî bakımdan haysiyeti ihlal eden bir fiil mahiyeti arzetmezler. Bak Sıddık Sami Onar. İdare Hukukunun Umumi Esasları Sayfa 836).

İ. Hakkı KARAFAKİH