

**T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
Prof. Dr. RAMAZAN YILDIRIM**

**Hazırlayan
OSMAN ERMUMCU**

Konya 2011



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Öğrencinin	Adı Soyadı	OSMAN ERMUMCU	
	Numarası	084234002002	
	Ana Bilim / Bilim Dalı		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora <input type="checkbox"/>
	Tezin Adı	HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası
(İmza)



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	OSMAN ERMUMCU	
	Numarası	084234002002	
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/İDARE HUKUKU	
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input checked="" type="checkbox"/>	Doktora <input type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı		
	Tezin Adı	HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan ...HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU..... başlıklı bu çalışma 26.1.09.1.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı
Prof.Dr.RAMAZAN
YILDIRIM
Prof.Dr.MUSTAFA AVCI

Doç.Dr.FARUK BİLİR

Danışman ve Üyeler
Tez Danışmanı

üye

üye

İmza



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Osman Ermumcu	Numarası 084234002002
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku/İdare Hukuku	
	Danışmanı	Prof.Dr.Ramazan Yıldırım	
Tezin Adı		Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu	

ÖZET

Toplumda hakimlerin görev yaparken tamamen serbest ve sorumsuz oldukları kanaati yaygındır. Bu belki haklı bir beklentidir ancak yanlış bir düşüncedir. Çünkü sınırsız sorumsuzluk hakim keyfiliğine, koşulsuz bir sorumluluk ise ürkek – korkak hakimler sistemine yol açar.

Anayasamızda kamu görevlilerinin ve idarenin sorumluluğu 40/3, 125/son ve 129/5. maddelerde düzenlenmiş olup açıkça hakimlerin haksız fiilleri sebebiyle kişinin nasıl bir hukuki sorumluluk altında olduğunu açıkça düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Ancak özellikle 40/3. maddede düzenlenen “resmi görevliler” ifadesinin hakimleri de kapsadığını kabul etmek gerekir.

Hukuk sisteminde hakimlerin hukuki sorumluluğu açıkça 1086 sayılı Kanunun 573. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş ve 80 yıl uygulanmıştır. Bu düzenleme yargı teşkilatının mevcut halini tam karşılamayıp, idari hakimlerin ve yüksek mahkeme hakimlerinin durumu muğlak idi. Nitekim 6100 sayılı Kanun ile bu müessese yeniden düzenlenmiştir. Burada getirilen en önemli yenilik; hakimlerin doğrudan sorumluluğu yerine, öncelikle devlet aleyhine dava açabilme yolunun getirilmesidir. 6100 sayılı Kanun 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecek iken bu sefer 14/02/2011 tarihinde 6110 sayılı Kanunda 2802 sayılı Kanun'a 93/A maddesi eklenmiş ve konuyla ilgili yeni düzenlemeler getirilmiştir. Buradaki önemli yenilikler ise, savcılarının ve adalet müfettişlerinin de bu sisteme dahil edilmesi ve haksız fiil de dahil her tür sorumluluk halinde ancak devlet aleyhine dava açabilecek olması ve bu kuralın derdest davalara da uygulanacağı kuralıdır.

Hukuk sistemimizin son halinde, hakim, savcı ve adalet müfettişlerinin meslekleriyle ilgili fiilleri sebebiyle ancak Devlet aleyhine dava açılabilir olup devlet, ödediği tazminatı ilgiliye rücu edebilecektir. Bu hem hakim hem de zarar gören için bir güvencedir. Ancak rücu müessesesinin nasıl işletileceği belirsizdir. Bu ise sorunsuz hakim riskinin önemli bir sebebi olabilir.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Osman Ermumcu	Numarası 084234002002
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kumu Hukuku/İdare Hukuku	
	Danışmanı	Prof.Dr.Ramazan Yıldırım	
Tezin İngilizce Adı		Civil Liabilities of Judges	

SUMMARY

It is something very common in the Turkish society that the judges are fully free and irresponsible while on duty. No matter how it is common, it is a false opinion since a limitless irresponsibility yields an arbitrary of judges. Meanwhile, any responsibility without conditions produces a system of timid judges.

In the Turkish Constitution, the responsibility of administration has been regulated only under the articles of 40/3, 125/ last and 129/5 but with no clear article regarding the torts of the judges. However, it should be accepted that the article 40/3 covers the judges with the clear statement of the “officials”.

In Turkish legal system, while the legal responsibilities of the judges were arranged by the 573th. and following up articles of the Code 1086, the Code 6100 has re-arranged it. What is the most important novelty in Code 6100 is the new mechanism that stipulates the suing against the state without suing against the direct responsibility of the judges. Since Code 6100 takes into effect at the date of 1st. October, 2011, Code 6110 has added a new article, 93/A, to the Code 2802 stating that public prosecutors and inspectors to be included in the so-called system.

Therefore, it should be stated that it is required to sue only and only against the state in the cases for the responsibility of judges, prosecutors and inspectors including the torts. Besides, this rule will be applied upon the in hand cases. In cases of compensation for the damages, the right of recourse of the state is reserved. Such a new arrangement is a safeguard for both judge and those damaged. However, how the right of recourse to be worked is uncertain. That could be a reason for judge arbitrary.

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
BİLİMSEL ETİK SAYFASI	ii
YÜKSEK LİSANS KABUL FORMU	iii
ÖZET	iv
SUMMARY	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN SORUMLULUĞU

I- SORUMLULUK KAVRAMI	6
A- GENEL ANLAMDA SORUMLULUK	6
B- HUKUKİ ANLAMDA SORUMLULUK	7
II- DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN ANLAMI.....	7
A- DEVLETİN SORUMLULUĞU	7
1-Yürütme fonksiyonu-idare fonksiyonu ayrımı	8
2 -İdarenin Sorumluluğunun türleri	10
a.İdarenin Kusur Sorumluluğu.....	11
b- İdarenin Kusursuz Sorumluluğu.....	15
B- YASAMA ORGANININ SORUMLULUĞU.....	17
C- YARGI ORGANININ SORUMLULUĞU	19
III- KAMU GÖREVLİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	23
A-KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE HAKİMLERİN KONUMU	23
B- YÜRÜTME ORGANINDA GÖREVLİ OLANLARIN HUKUKİ	
SORUMLULUĞU.....	25
C- YARGI ORGANINDA GÖREVLİ OLANLARIN HUKUKİ	
SORUMLULUĞU	28
1-Hakimler	28
2- Savcılar	32

3- Kalem mensupları.....	37
--------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HAKİMLERİN SORUMLULUĞU

I- HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNUN ESASI	38
A- HAKİMLİK MESLEĞİNİN ÖZELLİKLERİ.....	38
B- HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TARTIŞMA	43
1- Hakimlerin Sorumlu Olması Gerektiği Görüşü	45
2- Hakimlerin Sorumlu Olmaması Gerektiği Görüşü.....	48
3-Pozitif Hukukumuzda Benimsenen Görüş	50
II- HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ.....	54
A- DİSİPLİN SORUMLULUĞU	54
B- CEZAİ SORUMLULUK.....	59
C- HUKUKİ SORUMLULUK.....	62
III- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	67
A- İTALYAN HUKUKUNDA	67
B- FRANSIZ HUKUKUNDA.....	68
C- ALMAN HUKUKUNDA.....	70
D- İNGİLİZ HUKUKUNDA.....	71
E- YUNAN HUKUKUNA	72
F- ABD HUKUKUNDA	72
IV- HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ.....	73
A- HAKSIZ FİİL SEBEBİYLE HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	73
B- YARGISAL FAALİYET SEBEBİYLE HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	76
C- İDARİ FAALİYET SEBEBİYLE HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	79
V- HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI.....	81

A- GENEL OLARAK YASAL DURUM	82
B- YEREL MAHKEME HAKİMLERİ YÖNÜNDEN	91
1- Adli Yargıda	91
a- Hukuk Hakimleri	91
b- Ceza Hakimleri	92
2-İdari Yargıda.....	100
3. Askeri Yargıda.....	103
a-Askeri Ceza Mahkemesi Mensupları.....	103
b- Disiplin Mahkemesi Mensupları	105
C- YÜKSEK MAHKEME MENSUPLARI YÖNÜNDEN	107
1- Anayasa Mahkemesi Mensupları	107
2- Yargıtay Mensupları	110
3- Danıştay Mensupları.....	116
4- Sayıştay Mensupları	122
5- Askeri Yargıtay Mensupları	124
6- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Mensupları	126
7- Uyuşmazlık Mahkemesi Mensupları	128
8- Yüksek Seçim Kurulu Mensupları	129

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN UNSURLARININ 1086-6100 VE 6110 SAYILI KANUNLAR YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRMALI OLARAK BELİRLENMESİ

I- MEVCUT YASAL DURUMUN TESPİT VE TAHLİLİ	131
II- SORUMLULUĞUN GENEL KOŞULLARI	133
A- HUKUKA AYKIRI EYLEM	133
B- KUSUR.....	136
C- ZARAR.....	138
D- İLLİYET BAĞI	139
III- HUKUKİ SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE TAZMİNAT DAVASI.....	140

A- DAVANIN TARAFLARI	140
1- Davacı.....	140
2- Davalı	141
B- DAVANIN ŞEKLİ KOŞULLARI.....	142
1- Dilekçe Şekli	142
2- Vekalet.....	144
IV- HUKUKİ SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE GÖREVLİ	
MAHKEME	145
A- ADLİ YARGI HAKİMLERİ YÖNÜNDEN	145
1- Yerel Mahkeme Hakimleri	145
a- Hukuk Hakimleri	145
b- Ceza Hakimleri	148
2- Bölge Adliye Mahkemesi Hakimleri.....	151
3- YARGITAY MENSUPLARI.....	152
a- Başkan ve Üyeler	152
b- Tetkik Hakimleri	154
c- Yargıtay Savcıları	155
B- İDARİ YARGI HAKİMLERİ YÖNÜNDEN.....	156
1- Yerel Mahkeme Hakimleri	156
2- Danıştay Mensupları.....	161
a- Başkan ve Üyeler	161
b- Tetkik Hakimleri	163
c- Danıştay Savcıları	164
C- ASKERİ YARGI HAKİMLERİ YÖNÜNDEN	164
1- Yerel Mahkeme Hakimleri	164
2- Yüksek Mahkeme Mensupları.....	167
D- ANAYASA MAHKEMESİ MENSUPLARI YÖNÜNDEN	168
E- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ MENSUPLARI YÖNÜNDEN	168
F- YÜKSEK SEÇİM KURULU MENSUPLARI YÖNÜNDEN.....	169
V- SORUMLULUK SEBEPLERİ.....	170

A- HAKİMİN İKİ TARAFTAN BİRİ İLE DOSTLUK VEYA DÜŞMANLIK DOLAYISIYLA DİĞER TARAF ALEYHİNE KANUNA VE ADALETE AYKIRI BİR HÜKÜM VEYA KARAR VERMİŞ OLMASI	173
B- TEVİL VEYA TEFSİRE İHTİYAÇ GÖSTERMEYECEK DERECEDE AÇIK VE KESİN OLAN BİR KANUN HÜKMÜNE AYKIRI ŞEKİLDE KARAR VERİLMİŞ OLMASI.....	175
C- YARGILAMA TUTANAĞINDA MEVCUT OLMAYAN BİR SEBEBE DAYANARAK HÜKÜM VERİLMİŞ OLMASI	177
D- MAHKEME TUTANAKLARI VE KARARLARI DEĞİŞTİRİLEREK SÖYLENMEYEN BİR SÖZ SÖYLENMİŞCESİNE KARARA ETKİ ETTİRİLMESİ.....	179
E- MENFAAT KARŞILIĞI KANUNA AYKIRI KARAR VERİLMESİ.....	181
F- HAKKIN YERİNE GETİRİLMESİNDEN KAÇINILMASI.....	182
G- MEMURİYET GÖREVİNİN YAPILMASINDA İHMAL VE SAVSAMA GÖSTERİLİP KANUNA GÖRE VERİLEN EMİRLERİN SEBEPSİZ YERİNE GETİRİLMEMESİ.....	184
VI- DAVANIN GÖRÜLMESİ VE SONUÇLARI	186
A- DAVANIN KABULÜ HALİNDE	186
B- DAVANIN REDDİ HALİNDE	187
1- Esastan Reddi Halinde.....	187
2- Usulden Reddi Halinde.....	189
C- KANUN YOLLARI	191
SONUÇ	192
KAYNAKÇA.....	197

KISALTMALAR

age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
AHM	:Asliye Hukuk Mahkemesi
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	:Ana Yasa
AYİM	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
CMK	:Ceza Muhakemeleri Kanununun
CMUK	:Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DGM	:Devlet Güvenlik Mahkemeleri
DMK	:Devlet Memurları kanunu
E	: Esas Numarası
HFD	:Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanununun
HSK	: Hakimler Savcılar Kanunu
HSYK	: Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBGK	:İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İBK	:İçtihadı Birleştirme Kararı
İHFM	:İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	: Karar Numarası
KT	: Karar Tarihi
md	: Madde
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
sk	: Sayılı Kanun
SÜSBE	:Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Sy	: Sayı
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:Türk Ceza Kanununun
UM	:Uyuşmazlık Mahkemesi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
YBGK	:Yargıtay Büyük Genel Kurulu
YHGK	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YİBKK	:Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı
YSK	:Yüksek Seçim Kurulu
YxHD	: Yargıtay.. Nolu Hukuk Dairesi

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı Türk hukukunda, hakimlerin hukuki sorumluluğu ile ilgili rejimi tespit ve tahlil ederek, mevcut sistemdeki eksiklik ve aksaklıkları irdeleyip hukuk devleti bağlamında olması gereken sistem önerisi getirmektir.

Konu seçiminin ilham kaynağı, hakim sıfatıyla vermiş olduğumuz bazı kararlar sebebiyle aleyhimize açılan tazminat davalarında savunma hazırlarken yaptığımız önemli tespitlerdir. Bu müessesenin, meslek mensupları da dahil olmak üzere kamuoyunun ilgi alanının ve hatta bilgi alanının son derece uzağında olduğu gözlemlenmiştir. Çünkü hem meslek camiasında hem de genel olarak kamuoyunda hakimlerin mesleki faaliyetleri sebebiyle “sınırsız sorumsuz” olduğu, bu sebeple hukuki ve cezai sorumlulukları olmadığı peşin hükmü mevcuttur. Oysa pozitif hukuk incelenince (1086 Sayılı HUMK), hakimlerin hukuki sorumluluk yönünden en alt düzey devlet memuru kadar bile güvenceye sahip olmadığı tespiti etkileyici bulunmuştur.

Son zamanlarda kamuoyunda bir çok yönüyle tartışılan yargı, yine popüler davalar sayesinde bu müessese yönünden de tartışılmaya başlanmıştır¹. Ancak hukuk

¹ Kamuoyunda Ergenekon davası olarak bilinen davada sanık olan bir kişi ile ilgili olarak, tutuklama kararı veren ve tutukluluğun devamına karar veren 9 hakim hakkında sanık tarafından ayrı ayrı tazminat davaları açılmıştır. Bu davalarda, ilk tutuklama kararını veren hakim aleyhine açılan davada Y4HD, 08.06.2010 gün E-2010/14 K-2010/9 sayılı karar ile; “...yasal çerçevede kullanılan takdir yetkisi nedeniyle hakimın hukuki sorumluluğundan sözedilemeyeceği” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve davacıya 500.00 TL para cezası yanında 500.00 TL nin davacıdan alınıp davalıya verilmesine hükmedilmiştir. Anılan kararın temyizi üzerine YHGK’nun 27.10.2010 gün E-2010/4-553 K-2010/537 sayılı kararı ile Y4HD’nin anılan kararının onanmasına karar verilmiştir. Yine aynı konuda tutukluluğun devamına karar veren hakimler hakkında açılan tazminat davalarında, Y4HD tarafından, 08.06.2010 gün E-2010/4-5-12-13-16-17-19 K-2010/14-15-7-8-11-12-13 sayılı kararlarla; “...dava konusu tutukluluğun devamına ilişkin karar ile davacının yaşam hakkının tehlikeye düşürüldüğü, koruma tedbirleri ile öngörülen amaç dışında sonuçlar meydana geldiği; eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı ve yeterli gerekçe de gösterilmediği, masumiyet karinesinin göz ardı edildiği; bu durumun, yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan kanun hükmüne aykırı olduğu ve ağır kusur oluşturduğu “ gerekçesi ile davanın kabulüne ve konunun YHGK’nda da tartışılabilmesi için

ve yargı ile ilgili tüm medyatik tartışmalar gibi hakimlerin hukuki sorumluluğu müessesesi de somut olay çerçevesinde dolayısıyla da hukuk bilimi dışında tartışılmıştır. Doğal olarak bu tartışmalar, yalan-yanlış da olsa hakimlerin hukuki sorumluluğu müessesesinin hukukla ilgili ilgisiz herkes tarafından bilinmesini sağlamıştır.

Bu medyatik tartışmalar, tez konumuz yönünden hem avantaj hem dezavantaj olmuştur. Öncelikle, konunun popüler olması konuya eğilme ve yoğunlaşma yönünden motivasyon yaratmış ve konunun aslını bilme ve araştırma gayretine sebep olmuştur. Ancak konunun medyatik ve hatta siyasi cepheleşme zemininde tartışılması, yasakoyucunun siyasi saiklerle konuya el atmasına yol açmıştır.

Hal böyle olunca, bazı milletvekilleri alelacele torba kanunların içine kanun değişikliği teklifleri vererek acil olarak mevcut müessesenin değiştirilmesini sağlamaya çalışmışlardır². Bu durumda da bir yıla yakındır hazırlığını yaptığım tez çalışmasının bir anda konusuz kalma riski belirlemiştir. Ne var ki, siyasi bir tepki olarak beliren bu yasa çalışması yine siyasi saiklerle geri çekilince tezin konusuz kalma riski ötelenmiştir. Bu sefer uzun zamandır Mecliste bekleyen Hukuk

kesinlik sınırı üzerinde olan 1.500 TL.tazminata hükmedilmesine karar verilmiştir.Bu kararların temyizi üzerine YHGK tarafından;kusurun tespitine ilişkin kısmın , değişik gerekçe ile onanmasına(kararların gerekçesiz olduğu),Tazminat miktarının tespitine ilişkin kısmın ise; YHGK'da da tartışılması için rakamın yüksek tutulmasının hukuka uygun olmadığından bozulmasına karar verilmiştir(YHGK nun 24.11.2010 gün E-2010/558-551-552-554-555-556-557 K-2010/604-598-599-600-601-602-603 sayılı kararları)Yine aynı davada,tutukluluğun devamı yönünde görüş bildiren savcı ve Adalet Bakanlığı aleyhine açılan davada;Ankara 1.AHM'nin 25.02.2010 gün E-2009/376 K-2010/30 sayılı kararı ile,davanın reddine karar verilmiş,kararın temyizi üzerine,Y4HD'nin03.05.2011 gün E-2010/4959 K-2011/5080 sayılı kararı ile;6100 SK. İle 2882 sayılı kanuna eklenen 93/A maddesi hükümleri uyarınca yeniden karar verilmek üzere mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.Anılan Yargıtay kararları yayımlanmamıştır.

Bu kararlar, kamuoyu ve medya tarafından iki cepheye ayrılarak değerlendirilmiştir. Ergenekon davalarını gayri ciddi ve komplo olarak değerlendirenler, keyfi karar veren hakimlerin hesap vermesi gerektiği yönünde; aksini savunanlar ise, bu davaların halen derdest olduğu böyle bir kararın bu dosyaya bakan hakimleri baskı altına alacağı yönünde görüş bildirerek tazminat kararlarını alkışlamış veya eleştirmiştir.

² **Vatan Gazetesi**, 7 Aralık 2010, s.15.

Muhakemeleri Kanun Tasarısı³ hızla Meclis gündemine alınmış ve bir gecede kanunlaşmıştır⁴. Yeni kanun ile anılan müessese tümünden kaldırılmamış olup devlet birinci derece sorumlu hale getirilip sorumluluk sebepleri ve şekli aynen muhafaza edildiğinden, eski kanun yönünden tez çalışmasına devam edilip hem yeni kanun ile (6100 Sayılı Kanun) getirilen müessese tanımlanmış hem de eski kanun ile (1086 sk.)karşılaştırması yapılmıştır.

Yeni kanunda özellikle sorumluluk sebeplerinin(bir madde eksiğiyle) aynen muhafazası konuyla ilgili uygulamaların değerini korumasını sağlamıştır.

Tez'e 1086 ve 6100 Sayılı Kanunların karşılaştırılması şeklinde devam ederken, kanunkoyucu 6100 Sayılı Kanunla getirilen değişikliği de yeterli görmeyerek bu sefer 10 gün sonra 14.02.2011 gün ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 09/02/2011 gün ve 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile hukuki sorumluluğa ilişkin yeni düzenlemeler getirmiştir. 6110 Sayılı Kanun özü itibari ile Yargıtay ve Danıştay'ın yeniden yapılandırılmasına dönük (daire ve üye sayılarını arttıran) bir kanun olup, kanunkoyucu 6100 Sayılı Kanunda (10 gün önce) ihmal ettiğini düşündüğü bazı kuralları getirme ihtiyacı hissetmiştir. Bu ihtiyacın hukuk biliminin gerektirdiği ve gerçekten 6100 Sayılı Kanunda unutulmuş olmasından ziyade siyasi konjonktür ve popüler davalarda duyulan ihtiyaç olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü 6100 Sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecek olup, bu tarihe kadar 1086 Sayılı Kanun uygulanacak ve derdest popüler davalar bu tarihe kadar kesinleşmiş olacaktır. Kanunkoyucu'nun, 6110 Sayılı düzenleme ile, bu geçiş döneminde de eski sistemin uygulanmasına

³ **AÜHF Kütüphanesi, 123300.347.C., s.1.**Kanun tasarısı Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğüne hazırlanmış ve Başbakan imzası ile 16.04.2008 tarihinde TBMM başkanlığına sunulmuştur.

⁴ 04.02.2011 gün ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6100 Sayılı 12/01/2011 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecektir.

devam olunmasını içine sindiremeyip , derdest popüler davaların da hemen devlet aleyhine davaya dönüşmesini ve eski sisteme göre yeni davalar açılmasını önlemeyi amaçladığını düşünmekteyiz.

Çünkü 6110 Sayılı Kanunda; sorumluluk alanı genişletilmiş (...her türlü karar nedeniyle) ve ancak devlet aleyhine dava açılabileceği, kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa tazminat davası açılmayacağı ve bu madde hükümlerinin görülmekte olan davalar, kesinleşmemiş hükümler ve miktar ve değer itibariyle temyiz yoluna gitmeden kesinleşen hükümler bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir.

Tez çalışması sırasında tespit edilen en önemli husus, hukukumuzun (1086 Sayılı Kanunun) hakimlerin sorumluluğunu düzenlerken, görevin hassasiyeti ile bağdaşmayacak derecede hakimleri (ve yargıyı) güvencesiz ve korumasız bırakmasıdır. Hatta en düşük düzeydeki devlet memurları kadar bile güvenceye bağlamamasıdır. Çünkü hiçbir devlet memuru aleyhine görev kusuru sebebiyle doğrudan tazminat davası açılmazken (bazı şekil koşullarına bağlansa da), hakimler aleyhine doğrudan tazminat davası açılabilmektedir. Oysa devlet Memurları Kanunu'na tâbi personel yönünden önce devlet (idare) aleyhine dava açılmakta olup, bu kural hem memur için hem de dava açan için güvence sağlamaktadır. Nitekim 6100 Sayılı Kanun'un getirdiği en önemli değişiklik bu konuda olup, öncelikle devlet aleyhine dava yolunu getirmiştir.

Nitekim bu yenilikler 6110 sayılı kanunla daha da vurgulanmıştır. Çünkü 6110 Sayılı Kanunla, davanın ancak devlet aleyhine açılabileceği vurgulandığı gibi, kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim (ve savcı) aleyhine tazminat davası açılmayacağı düzenlenmiştir.

HUMK'ta düzenlenen müessesenin bir başka zayıf noktası ise idari yargı hakimleri aleyhine dava açılacak mahkemenin net olarak belirlenmeyip yüksek yargının da bu konuda net bir içtihat oluşturmamasıdır. Nitekim 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar, idari hakimler aleyhine de adli yargı sistemini öngörerek bu zafiyetini sürdürmüştür.

Pozitif hukuktaki (1086 Sayılı Kanun) mevcut boşluk ve belirsizlik sebebiyle yüksek mahkeme hakimleri aleyhine doğrudan dava açılmayacağı şeklinde oluşan içtihat ise, yüksek yargı mensuplarının kendilerini kendi kararları ile sorumluluktan kurtarması olarak karşımıza çıkmaktadır. 6100 ve 6110 sayılı kanunlar bu ayrıcalığı ortadan kaldırmıştır.

Bu çalışmada, 1086 Sayılı Kanun'un uygulaması sırasında oluşan yargı içtihatları ile doktrinin görüşlerinden faydalanılarak müessese tahlil edilip 6100 ve 6110 sayılı kanunlar ile getirilen değişikliklere yer verilip, iki sistemin karşılaştırılması yapılarak olması gereken ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bunun için, birinci bölümde genel olarak sorumluluk kavramı ve devlet organlarının sorumluluğu, ikinci bölümde hakimlerle ilgili sorumluluk türleri esasları, sebepleri, kapsamı ve karşılaştırmalı hukuk örnekleri verilmiş olup, üçüncü bölümde ise 1086-6100 ve 6110 sayılı kanunlar yönünden, sorumlulukla ilgili yasal durum tespiti, sorumluluğun genel koşulları, yargı organlarına göre görevli mahkeme, sorumluluk sebepleri ve davanın sonuçları incelenmiştir. Sonuçta da mevcut müessesenin tespit ve değerlendirilmesiyle, öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN SORUMLULUĞU

I- SORUMLULUK KAVRAMI

A- GENEL ANLAMDA SORUMLULUK

Sorumluluk, kasıt, ihmal ve kusur veya tedbirsizlik ya da yasanın belirlediği durum ve eylemden doğan bir tehlike ile yaratılan ya da doğumuna sebebiyet verilen zararı tazmin borcudur. Geniş açıdan bakıldığında sorumluluk kavramından bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü anlaşılmalıdır⁵.

Tarihsel olarak birbirini takip eden üç dönemin sorumluluk kavramının gelişiminde varlığı kabul edilmektedir. En azından ideal bir şema içerisinde bu kabulde siyasal, sosyal ve hukuksal sistemlere göre az çok ilerlemeyi ifade eden uygulamalar ve modellerin belirli dönemlerde karşı karşıya kalındığı kabul görmektedir⁶. Yazara göre bu dönemler: Toplu sorumluluk, bireyselleştirilmiş sorumluluk ve sosyalleşmiş sorumluluktur⁷.

⁵ ARMAĞAN Tuncay, **İdarenin Sorumluluğu ve Tamyargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s.11.

⁶ ATAY Ethem, ODABAŞI Hasan, GÖKCAN Hasan Tahsin, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.31.

⁷ ATAY, ODABAŞI, GÖKCAN, age, s.31.

Bu tanımlardan hareketle sorumluluğu en genel haliyle, kişinin bilerek veya bilmeyerek işlediği bir fiil sebebiyle zarar verdiği kişilerin zararını giderme ve/veya bunun karşılığında kanunlarda belirlenen ceza ile cezalandırılma yükümlülüğü altına girmesi olarak ifade etmek mümkündür.

Sorumluluk tamamen kişisel davranış sonucu olabileceği gibi, bir mesleğin icrası sebebiyle de olabilir. Sorumluluğun türü, maddi, cezai, siyasi veya mesleki ceza anlamında disiplin yaptırımı şeklinde tezahür edebilir. Daha geniş anlamda ise sorumluluk ahlaki de olabilir. Örneğin, eşlerin sadakat, çocukların saygı yükümlülüğü ahlaki sonuçları olan bir sorumluluk türüdür.

B- HUKUKİ ANLAMDA SORUMLULUK

Hukuki anlamda sorumluluktan sözedebilmek için, pozitif hukukta bir fiilin tanımlanarak müeyyidesinin belirtilmiş olması gerekir. Bu sorumluluğun türü, pozitif hukukun hangi alanında düzenlenmiş olduğuna göre değişir. Örneğin, ceza kanunlarında cezai sorumluluk, özel hukuk ile ilgili kanunlarda hukuki ve şahsi sorumluluk, kamu hukuku ilgili kanunlarda disiplin sorumluluğu olarak karşımıza çıkar. Bunlardan hukuki sorumluluk ve şahsi sorumluluk, çalışma konumuzun da içinde bulunduğu sorumluluk türleri olup, her ikisi de maddi tazmin sonucu doğuran sorumluluk türleridir.

Hukuki sorumluluk esas olarak kusura dayalı olarak meydana gelmekle birlikte gerek özel hukuk gerekse kamu hukukunda kusursuz sorumluluk halleri de sözkonusu olabilmektedir.

II- DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN ANLAMI

A- DEVLETİN SORUMLULUĞU

Devletin üç organı ve bu organlarla yerine getirdiği üç fonksiyonu (yasama,yürütme ve yargı) olduğuna göre,devletin mali sorumluluğunu gerektiren işlemleri de üç ana gruba ayrılıp işlenmelidir.Bir başka deyişle,devletin yasama fonksiyonu nedeniyle sorumluluğunu,yürütme işlemleri nedeniyle sorumluluğunu ve yargı fonksiyonu nedeniyle sorumluluğunu ayrı ayrı ele alıp,incelemek gerekmektedir.Ancak bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile en fazla çatışan devlet

fonksiyonu yürütme ve onun uzantısı olan idare fonksiyonu olduğu için öncelikle ele alınması gereken yürütme-idare fonksiyonu nedeniyle devletin mali sorumluluğu olmalıdır.

1-Yürütme fonksiyonu-idare fonksiyonu ayrımı

Devlet örgütlenmiş bir toplumdur. Her örgütlenmiş toplum gibi, devletin de bir düzeni vardır. Buna anayasal düzen denir. Anayasal düzen, devlet organlarının görev ve yetkilerini, bireylere tanınan hak ve özgürlükleri belirler⁸. Buna göre devlet kavramı, örgütlenen toplumun oluşturduğu gücün bütününe ifade eder. Bu tanım, kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu devlet biçimleri yönünden önem arz etmektedir. Çünkü, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği devletin üç ana gücü birbirinden ayrı ve bağımsızdır. Bu güçler yasama, yürütme ve yargıdır. Devlet bu üç gücün herbirisi ve aynı zamanda hepsidir. Yürütme gücü içinde yer alan idare de insanların günlük hayatta en çok karşılaştığı devlet organıdır. Bu sebeple toplumsal hayatta idare, devlet olarak algılanmaktadır. Bu sebeple idarenin sorumluluğu ile devletin sorumluluğu kavramlarını netleştirmek gerekmektedir. Çünkü pozitif hukukumuzda, idarenin sorumluluğunu gerektiren düzenlemeler net olmakla birlikte devletin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kapsamı muğlaktır. Bu sebeple, hakimlerin veya yargı organının icraatları sebebiyle meydana gelen zararlardan devletin sorumlu olup olmadığı tartışmalıdır.

Devletin tüm organları yönünden sorumluluğunu düzenleyen Anayasal hükümler, Anayasa'nın 2, 40/3, 125/son ve 129/5. maddeleridir. Bunlardan 125/ son ve 129/5. maddeler net olarak idarenin tazmin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu sebeple bu maddeler devletin sorumluluğu anlamında devletin sadece bir organının

⁸ GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Anayasa Hukuku**, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.12.

sorumluluğunun anayasal zeminidir. Dolayısıyla bu maddelerden hareketle, devletin diğer organlarının sorumluluğuna gidilemez.

Ancak Anayasanın 2. maddesi ve 40/3. maddesi daha genel hükümler içermekte olup, her bir devlet organının sorumluluğunun Anayasal zemini olabilir. Nitekim Anayasanın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. Genel olarak hukuk devleti denildiğinde, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzeni anlaşılır⁹. Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur¹⁰. Bu tanımlara göre, hukuk devleti, kendisi de hukuka uyan ve vatandaşlara hukuki güvenlik sağlayan devlet olduğuna göre, devleti oluşturan tüm organlarının verdiği tüm zararlardan sorumlu olması gerekir. Başka bir ifade ile Anayasanın 2. maddesi, tüm devlet organlarının sorumluluğunu gerektiren (dolaylı da olsa) Anayasal bir dayanaktır.

Yine devletin tümünden sorumluluğunu gerektiren bir diğer Anayasa maddesi de 40/3. Maddesi olup, bu hükme göre “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” Bu madde özet olarak “resmi görevliler” tarafından verilen zararın “Devletçe” tazmin edileceği ve “Devletin” sorumlu olan “ilgili görevliye” rücu edeceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemede kullanılan “zarar veren” tanımı ile tazmin edecek kurum tanımı çok önemlidir. Çünkü Anayasa koyucu burada bilinçli olarak zarara sebep olanı “resmi görevliler” ve de zararı tazmin edecek olanı “Devlet” olarak tanımlamıştır. Bu tanımlar bilinçli ve önemlidir. Çünkü Anayasa 125/son ve 129/5. maddelerde zarar veren ve tazmin edecek olandan “memurlar” ve “idare” olarak söz etmiştir. Gerek “memur” gerekse

⁹ GÖZÜBÜYÜK, age, s.163.

¹⁰ AYM, 23/12/2005, E.2004/68, K.2005/104, RG. 21/09/2005, sy.26296.

“idare” tanımları devlet gücünün sınırlı ve belirli bir kesimini ifade etmektedir. Örneğin hakimler memur tanımına girmediği gibi idare organı içinde de yer almazlar. Ancak devlet, yargının da içinde bulunduğu tüm organları kapsadığı gibi hakimler de “resmi görevliler” tanımına girmektedir. Bu durumda Anayasanın 40/3. maddesindeki sorumluluk düzenlemesinin hakimleri de kapsadığını kabul etmek gerekir. Bu düzenlemede hakimler yönünden tereddüt oluşturan tek husus ise maddede yer alan “... haksız işlemler sonucu...” ifadesidir. Hakimlerin yargısal faaliyetinin burada ifade edilen “işlemler” kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılabilir. Kanaatimizce Anayasanın bu hükmünde düzenlenen kural tüm devlet görevlilerini kapsayan bir sorumluluk halini içermektedir. Çünkü Anayasa maddesinin konuyu “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlığı altında düzenlemesinin yanında, maddede “resmi görevliler” ve “Devletçe tazmin edilir” ifadesi, “haksız işlemler” tabirinin idari işlem anlamında kullanılmadığı sonucunu doğurmaktadır. Nitekim Anayasanın 125/son maddesinde gerek görülmüş olmalı ki açıkça “idari eylem ve işlemler”den söz edilmiştir.

Sonuç olarak Anayasanın 2. maddesi dolaylı olarak 40/3. maddesi ise doğrudan, hakimleri ve yargı organını da kapsayacak şekilde Devletin sorumluluğunu, 125/son ve 129/5. maddesi ise sadece idari görevlilerin ve idarenin sorumluluğunu düzenlemektedir.

2 -İdarenin Sorumluluğunun türleri

Türk Hukukunda idarenin sorumluluğunun en üst düzeyde yasal temeli Anayasanın 125/son ve 129/5. maddeleridir. Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında “*İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*” hükmüne yer verilerek, idarenin tazmin sorumluluğu hiçbir istisnaya yer vermeden düzenlenmiştir. Yine Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında da “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükmüne yer verilerek, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hizmet kusuru sonucu oluşan zararların da idarece tazmin edilmesi ilkesi benimsenmiştir.

Türk hukukunda devletin sorumluluğunun tarihi gelişimi, idare hukukumuzun kendisinden ilham aldığı Fransız hukuk sistemindeki gelişmelere paralel olarak; Türk Danıştay'ının yani Şurayı Devlet'in 1868'de kurulmasından sonra kuvvet kazanmıştır. Bu tarihe kadar kısmen de olsa özel hukuk esasları çerçevesinde düşünülen Devletin sorumluluğu, bu tarihten sonra kamu hukuku hükümlerine tâbi kılınmıştır¹¹. Devletin sorumluluğu ilkesi ve buna özgü idari yargı rejimi ilk kez 1924 Anayasası'nın 51.maddesinde yer almıştır¹². İdarenin sorumluluğu ilkesi ise net olarak 1961 Anayasası'nın 114/son maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür”. Bu kural 1982 Anayasası'nın 125/son maddesinde de aynen yer almıştır. Görüldüğü gibi Anayasalarımız, Devletin sorumluluğu ile ilgili olarak soyut hükümler koymakla yetinmişler, gerek kusurdan kaynaklanan sorumluluk, gerekse kusursuz sorumluluk ilkelerinin ortaya konulması ve gelişimini Fransa'da olduğu gibi yargısal içtihadla bırakmışlardır¹³. Nitekim idari yargı yerleri içtihatları ile idarenin sorumluluğunun unsurlarını belirlemişler ve ortaya *kusur sorumluluğu* ve *kusursuz sorumluluk* olarak iki ana sorumluluk türü çıkmıştır.

a.İdarenin Kusur Sorumluluğu

Kusur kavramı, sorumluluğa ilişkin hukuki rejimlerin büyük bir çoğunluğunun esas aldığı kavramdır¹⁴. Hizmet kusuru olarak da adlandırılan bu sorumluluk türünde idarenin zarardan sorumlu tutulabilmesi için bir “kusurunun” sübuta ermesi gerekir ya da kusuru oranında sorumlu tutulabilir. Hizmet kusurunun

¹¹ AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.145.

¹² 1924 Anayasa'sının 51. maddesinde, “İdari dava ve ihtilafları rü'yet ve halletmek üzere şûrayı Devlet teşkil edilecektir” kuralı yer almaktadır.

¹³ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, age, s.147.

¹⁴ ATAY, ODABAŞI, GÖKCAN, age, s.55.

varlığından sözedebilmek için ise, idari hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi veya hiç işlememiş olması gerekir¹⁵. Burada kastedilen kusur, kamu görevlisinin değil bizzat idari işleyişin kusurudur. Nitekim bu kriterleri içeren bir tanıma göre hizmet kusuru : hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde, yürütülmesinde, teşkilatlandırılmasında, personelinde veya denetiminde ortaya çıkan düzensizlik, bozukluk, aksaklık, eksiklik veya hizmete tahsis olunan teçhizatın yetersiz, elverişsiz, kötü olması gibi kamu hizmetinin yapısından, işleyişinden ya da vasıtalarından kaynaklanan afaki, objektif bir mahiyet sergilemektedir¹⁶. Bu kriterler doğrultusunda idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için:

- Ortada aktüel bir zarar olmalı,
- Zarar idari bir eylem veya işlemde kaynaklanmalı,
- İdari eylem veya işlem hizmet kusuru içermeli,
- Zarar ile hizmet kusuru arasında nedensellik bağı olmalı

Kusur sorumluluğunda en önemli unsur, idari faaliyetin bir kusur içermesidir. Bu kusur bazen idari faaliyetin kendisinden bazen de idarecilerin kişisel davranışlarından kaynaklanabilir. Bu durumda kişisel kusur karşımıza çıkar. Çoğu zaman kişisel kusur ile hizmet kusurunu ayırmak kolay olmayabilir. Kamu görevlisinin sebep olduğu kusurun kişisel kusur mu hizmet kusuru mu olduğunun tespiti konusunda doktrinde bazı kriterler geliştirilmiştir.

Kişisel kusurun tespitinde esas alınabilecek bazı kriterler ana hatlarıyla şöyle sıralanabilir:¹⁷.

- Hizmet dışı işlenen kusur,

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 821.

¹⁶ AKYILMAZ,SEZGİNER, KAYA,age,s.63

¹⁷ ATAY, ODABAŞI, GÖKCAN, age, s.60.

- Hizmet içinde veya hizmetle ilgili kusur,
 - Suç niteliği taşıyan kusur,
 - Kasıtlı kusur,
 - Ağır kusur,

Kişisel kusur-hizmet kusuru ayırımının aslında idarenin sorumluluğu anlamında çok da önemi bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda anılan Anayasanın 129/5. maddesi uyarınca, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı idare aleyhine tazminat davası açılabilir ve idarece bilahare kamu görevlisine rücu edilebilir. Hal böyle olunca; kamu görevlisinin, hizmet dışı işlenen kusuru dışında, hizmet içinde veya hizmetle ilgili her tür kusuru, kişisel kusur olsa bile idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmıyor. Bu sebeple, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak kaydıyla, kin, garez, husumet gibi saiklerle işlenen fiiller dolayısıyla ağır şahsi kusur hallerinde bile Anayasanın 129/5. maddesi gereği idare birinci derecede sorumlu olacak ve ilk etapta sadece idare aleyhine dava açılacaktır. Bunun istisnası ise hizmet dışında işlenen şahsi kusur halleridir (mala zarar verme-insan öldürme, hakaret gibi). İdarenin birinci derece sorumlu tutulmasını gerektiren kriter ise, Anayasa 129/5. maddesinin ifadesiyle “yetkilerini kullanırken” kusurun işlenip işlenmediğidir. Doktrinde bu görüşün aksi de ifade edilmektedir. Buna göre: Anayasanın bu hükmünü salt olarak uygulamak, memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kin, garez, husumet gibi saiklerle hareket ederek, ağır ve hizmetten ayrılabilen kişisel kusurları nedeniyle idare aleyhine tazminat davasının açılabileceğini kabul etmek, amacı aşan bir yaklaşım olur¹⁸. Anayasal ilke, memurların hizmet kusuru sebebiyle verdikleri zarardan idarenin birinci derece sorumlu olması olmakla birlikte bunun istisnası 2577 sayılı kanunun

¹⁸ YILDIRIM Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri I**, Mimoza Yayıncılık, Konya 2006, s.232-233.

28/4.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, idari yargı kararlarını en geç 30 gün içinde uygulamayan kamu görevlileri aleyhine tazminat davası açılabilir¹⁹. Anayasanın 129/5. maddesinin net ve yorum gerektirmeyecek kadar açık olan amir hükmü karşısında bu düzenlemenin Anayasaya uygunluğundan sözedilemez.

Bu görüşe göre; yargı kararını süresi içinde kasıtlı olarak yerine getirmemenin veya süresi içinde bunun için gerekli eylem ve işlemlere başlamamanın kişisel kusur olma yanında aynı zamanda suç olduğu , hukuk devleti'nin suç işleyeni korumayacağı eleştirisi getirilebilir. Bu eleştirinin, olması gereken yönünden doğru olduğunu ancak mevcut Anayasal düzenleme (AY'nın 129/5.md.si) karşısında Anayasaya aykırılık düşüncemizi bertaraf etmediğini belirtmek gerekir.

Buraya kadarki değerlendirmeler sonunda; idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan tüm zararlar (kamu görevlisinin kusurundan kaynaklansa da) idarece tazmin edilir. Ancak bu genel ilkenin bir istisnasını daha belirtmek gerekir. Ya da bu ilkeyi maddi zararlar yönünden mutlak olarak kabul etmekle birlikte manevi zararların tazmininde istisnai bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu da manevi zararın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Manevi zarar; hukuka aykırı davranış sebebiyle duyulan elem ve ızdıraptır. Maddi zarar ise, hukuka aykırı davranış sebebiyle maddi varlıkta meydana gelen azalmadır. Bu tanımlara göre, hizmet kusuru sebebiyle uğranılan her maddi zarar (ispat edildiği kadar) tazmin edilecektir. Ancak her hukuka aykırılık veya hizmet kusuru manevi zarara yol açmayabilir. Örneğin, hukuka aykırı olduğu için iptal edilen her işlemin manevi zarara yol açtığından söz edilemez. Çünkü idari işlemler bazen basit usul hataları, bazen idarenin içtihat hatası veya yasayı yanlış yorumlaması sebebiyle de iptal edilebilir. İllaki davacıyı zarara

¹⁹ 2577 S.K. md. 28/4: “Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.”

uğratmak, kasten ve ısrarla benzer hukuka aykırı tarzda işlem tesis etmek gibi ağır kusur halleri tespit edilemiyorsa, ilgilinin bu hukuka aykırılıklar sebebiyle elem ve ızdırap duyduğunun kabulü gerçekçi olmaz. Bu sebeple her hizmet kusuru manevi zarara yol açmaz. Dolayısıyla da tazmini gerekmez.

b- İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için bazı durumlarda kusurunun olması gerekmez. Gözler, bu durumu “idarenin hukuka uygun eylem ve işlemlerinden doğan zararları bazı durumlarda tazmin etmesi yükümlülüğüdür” şeklinde tanımlamaktadır²⁰. Kusursuz sorumluluk ilkesine “risk”, “adalet”, “hakkaniyet”, “kamu yükümlülüklerinde eşitlik”, “nesafet”, “hasar”, “tehlikeli işlerle iştilal” gibi kavramlardan hareketle varılmaktadır²¹. İdari faaliyetler nedeniyle doğan zararların, hizmet kusuruna dayanarak tazmin edilebilmesi için, kural olarak idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekmekte iken, kusursuz sorumlulukta böyle bir kanıt yükümlülüğü yoktur ve idarenin kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Sorumluluk için, idarenin davranışıyla zarar arasında “illiyet bağının varlığı yeterli olup, idarenin tutum ve davranışının kusurlu olması” gerekli değildir. Kusursuz sorumluluk daha çok idarenin “tehlike” taşıyan faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkmaktadır²². İdarenin yürüttüğü faaliyetlerden veya kullandığı araçlardan bazıları, niteliği gereği belli bir tehlikeyi içerir. İşte bu gibi faaliyet ya da araçlar bir zarara yol açar ise, idare kusursuz dahi olsa bu zararı ödemek zorundadır²³.

²⁰ GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, Esin Kitabevi Yayınları, Bursa 2009 s.1071.

²¹ AYDINALP Sezai, **Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1997, s.50.

²² TOPUZ İbrahim, ÖZKAYA Kadir, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 2002, s.23.

²³ GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık**, 8. Baskı, Ankara 2003, s.343.

Bütün bu tanımlardan ortaya çıkan sonuç, idarenin bazı hallerde, gerek yaptığı faaliyet gerekse kullandığı araç gereç, bünyesinde doğal bir tehlike taşımakta olup, sözkonusu faaliyetle ilgili teknik ve hukuki tüm kurallara uyulsa bile zarara sebep olabilmektedir. Örneğin büyük barajlar, atom santrali, uçak işletmeciliği, nükleer enerji merkezleri gibi yerlerde her türlü tedbir alınsa bile zararlı bir sonuç meydana gelebilir. İdare bu durumda kusuru olmadığını ispat ederek zararı tazmin sorumluluğundan kurtulamaz. Bu tür sorumluluğa bu sebeple kusursuz sorumluluk denilmektedir. Sorumluluk için, idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir.

Teorik nitelikteki bu kuramların yanında pozitif hukukumuzun açıkça telaffuz ettiği (belirlediği) bir kusursuz sorumluluk hali de bulunmaktadır. Bu, idare ajanlarının (kamu görevlilerinin) kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında üçüncü kişilere verdikleri zararlardan bu kişilerin bağlı oldukları kurumun sorumlu olması (657 S. DMK, md.13) yolundaki “idari sorumluluk”tur²⁴.

Kusursuz sorumluluk ilkesine göre, idarenin sorumlu tutulması için idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmasının yeterli olduğunu söylemiştik. Ancak bazı durumlarda sorumluluk için nedensellik bağına bile gerek bulunmamaktadır. İdarenin önlemekle görevli ve yükümlü olduğu birtakım olayları önleyememesi sonucu, kişilerin uğramış oldukları özel ve olağandışı nitelikli zararları da ödemesi gerekir. Bu, hem Anayasanın 125. maddesi, hem de “sosyal hukuk Devleti” olmanın gereğidir²⁵.

²⁴ KARAVELİOĞLU Celal, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Cilt I, 6. Bası, Karavelioğlu Yayınevi, 2006, s. 289.

²⁵ KARAVELİOĞLU, age, s.306.

Görüldüğü gibi, idarenin sorumluluğu, Anayasal düzeyde net bir düzenleme alanına sahip olduğu gibi, bu sorumluluğun türleri, koşulları ve unsurları gerek doktrin gerekse yargı kararlarıyla teferruatlı olarak geliştirilmiştir.

B- YASAMA ORGANININ SORUMLULUĞU

Devlet, belli bir yeryüzü parçası üzerinde teşkilatlanmış bir halk demektir. Devlette varolan güç aslında halkın gücü olup, halk bu gücünü devlet organları eliyle kullanır. Devletin üç temel gücü olduğu kabul edilir. Bunlar Yasama, Yürütme ve yargı gücüdür. Bu üç kuvvetin tek organda toplanmayıp birbirinden bağımsız üç kuvvet şeklinde örgütlenmesine kuvvetler ayrılığı ilkesi denir.

Güçler ayrılığı kavramı, devlet niteliğini kazanmış her siyasi toplumda, birbirinden farklı üç görev olduğu, bu görevlerden her birini yerine getiren bir güç bulunduğu ve bunların birbirleri karşısında oldukça bağımsız bir statüye sahip oldukları esasına dayanır. Bunlar yasama, yürütme ve yargı güçleridir²⁶.

Türk Devlet yapısında, Cumhuriyetin kuruluşundan beri yasama organının adı Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. Meclisin görevi genel olarak kanun yapmak olmakla birlikte, başka görevleri de vardır. Anayasanın 87. maddesinde Meclisin görevleri ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak; Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmek şeklinde sayılmıştır. Bütün bu görev ve yetkiler ise millet tarafından seçilen

²⁶ GÖZÜBÜYÜK, age, s.74.

vekilleri tarafından yerine getirilir. Dolayısıyla yasama organının sorumluluğu denilince, yasama organının kendisi ile birlikte tek tek milletvekilleri de düşünölmeli ve ele alınmalıdır.

Gerek Anayasada gerekse kanunlarda tüzel kişilik anlamında yasama organı'nın yetki ve görevlerini icra ederken doğan zararlardan sorumlu olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, Yasama faaliyeti sonucu, mevcut kanunlara göre yatırım yapan bir işadınının yasadaki değışiklik sebebiyle uğradığı zararı Yasama Organından tazmin edebilme olanağı bulunmamaktadır. Yine, Yasama organının çıkardığı af kanunu veya Bakanlar Kurulunu yeterince denetlemediğı gerekçesiyle uğranıldığı ileri sürölen zarar Yasama Organından talep edilemez. Hatta Yasama Organınca çıkarılan bir kanunun emredilen şekilde uygulanmasından doğan zarardan dolayı idareler de sorumlu tutulamaz²⁷. Yukarıda da bahsedildiğı üzere Meclis kararları ve uygulamaları millet iradesinin tezahürüdür. Yapılan görev millet iradesini yansıtmaktadır. Bu sebeple, sorumluluk yine millet iradesinin sonucuna göre belirlenir. Başka bir ifade ile görevin niteliğı siyasi olup, müeyyidesi de siyasidir. Doğru kanunlar çıkarmamak, Bakanlar Kurulunu denetlememek, milleti rencide eden aflar çıkarmak, milletin arzusu hilafına anlaşmaları uygun bulmak, sandıkta tekrar seçilmemek şeklinde sorumluluk doğurur. Bunun ayrıca hukuki sorumluluğı bulunmamaktadır.

Yasama organının sorumluluğı denilince bir de tek tek milletvekillerinin sorumluluk durumunu irdelemek gerekir. Milletvekilleri millet adına görev yaptığından bu görevlerini hiçbir baskı ve çekince altında kalmadan yapabilmeleri için görevleri boyunca bazı ayrıcalıklar sağlanmışır. Bu ayrıcalıklar, sorumsuzluk ve dokunulmazlık olarak tanımlanır. Anayasanın 83.maddesinde Yasama

²⁷ GÖZÜBÜYÜK, TAN, age, s.866.

Dokunulmazlığı başlığı altında milletvekillerinin sorumsuzluğunun ve dokunulmazlığının unsurları düzenlenmiştir.

Yasama sorumsuzluğu genel anlamda, milletvekillerinin Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve aksine bir karar almadıkça bu söz ve düşünceleri Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Bu sorumsuzluk güvencesi milletvekilliği görevi süresiyle sınırlı olmayıp ömür boyu devam eder.

Yasama dokunulmazlığı ise genel anlamda, milletvekilliği süresince önceden işlenmiş olsa dahi bir suç sebebiyle tutulamaması, sorguya çekilememesi, tutuklanamaması ve yargılanamaması sonucunu doğurur. Bunun istisnası ise; ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile Anayasanın 14. maddesinde düzenlenen suçların işlenmesidir. Ancak bu ayrıcalık sorumsuzluk halinde olduğu gibi ömür boyu olmayıp Meclis üyeliği süresiyle sınırlıdır. Ayrıca meclisin iradesi ile bu koruma, görev sırasında da kaldırılabilir.

Konumuzla ilgili en önemli husus ise, yasama organının bu ayrıcalıklarının hukuki sorumluluk yönünden mutlak olmamasıdır. Örneğin, Meclis kürsüsünden hasımlarına küfreden, başkalarının evini, arabasını tahrip eden milletvekilinin hukuki sorumluluk yönünden ayrıcalığı yoktur. Çünkü, bu eylemler milletvekilinin yasama göreviyle ilgili değildir.

Yasama dokunulmazlığı, yalnızca ceza kovuşturmasına ve verilmiş ceza hükmünün yerine getirilmesine karşı milletvekilliğini koruduğuna göre, hukuk davaları ve icra takipleri, bu korumanın dışında kalır²⁸.

C- YARGI ORGANININ SORUMLULUĞU

²⁸ GÖZÜBÜYÜK, age, s.195.

Devletin üç ana kuvvetinden birisi de, yargı kuvvetidir. Anayasanın 6. maddesine göre; Türk Milleti, egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır. Nitekim yargı alanındaki yetkisini de mahkemeler eliyle kullanmakta olup, tüm mahkemeler, “Türk Milleti Adına” karar verirler ve bu ifadeyi kararlarının başında belirtirler.

Bir görüşe göre, “Yargılama, Devlet tarafından sunulan bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin sunulması sırasında hizmeti yerine getiren devlet görevlisinin kusurlu davranışıyla meydana gelen zararların giderilmesini Devlete yükleyen bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Türk Hukuk Sisteminde, Devletin sorumluluğu için, açık bir hukuk kuralının bulunması ve öngörmesi gerekmektedir. Sistemimiz, anılan özelliği ile tüm kamu hizmetlerini bir tutmadığını, kimilerinin ayrı ve özel durum ve özelliklerinin bulunduğunu, bu özelliklerinin hizmet gereğinin yerine getirilmesinde kendini gösterdiğini benimsemiştir. Yasama ve yargılama çalışmaları bu türdendir. Hukuk Sistemimizde, yasama ve yargılama çalışmalarından dolayı meydana gelen zararların Devletçe giderilmesi benimsenmemiştir”²⁹. Yazara göre aynı Yasama Organında olduğu gibi Yargı Organi için de yargısal faaliyet sebebiyle sorumsuzluk hali geçerlidir. Bunun sebebi ise, pozitif hukukumuzda sorumluluğu öngören açıkça bir hukuk kuralının bulunmamasıdır. Gerçekten de Anayasamızda ve yasalarımızda idarenin sorumluluğu hatta kamu görevlilerinin haksız işlemleri sebebiyle Devletin sorumluluğu düzenlendiği halde, yargısal faaliyetin rutin işleyişinden kaynaklanan zararlar sebebiyle sorumluluk hali öngörülmemiştir.

Yargıtay'a göre, hakimler görevlerinde bağımsız olduklarından ve yargı yetkisinin kullanılmasında hiçbir organ, makam, merci ve kişi kendilerine emir ve talimat veremeyeceğinden, tavsiye ve telkinde bulunamayacağından, hakimlerin

²⁹ GÜNAY Erhan, **Hakim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar**, Seçkin Yayınları, Ankara 1997, s.66.

vermiş olduğu kararlardan dolayı eski BK.nun 55..maddesi gereğince Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla tazminat davası açılmayacağı gibi, Anayasa ‘nın 129.maddesinin 5.fikrasına dayanılarak dahi idare aleyhine doğrudan doğruya bir tazminat davası açılmaz³⁰. Bu sorumsuzluk halinin temelinde mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi yatmaktadır. Anayasanın 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı, 139. Maddesinde de hakimlik ve savcılık teminatı düzenlenmiştir. Buna göre, hakimler görevlerinde bağımsız olduğu gibi hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez. Dolayısıyla hiçbir makam veya merciye bağlı olmayan bir organın faaliyetleri sebebiyle de diğer Devlet organları tarafından sorumlu tutulamaz. Örneğin, yargının rutin işleyişi sonucu zamanaşımına uğrayan bir dava veya yıllar süren dava sonrası elde edilen hakkın anlamsızlaşması sebebiyle yargı organı tazminle sorumlu tutulamaz. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu sorumsuzluk hali Devletin kendisinin ürettiği iç hukuk kuralları çerçevesinde ve iç yargı yetkisi yönündendir. İç hukukumuzun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarını bu kuralın istisnası sayabiliriz. Çünkü AİHM tarafından “Devlet” örgütü tüm unsurlarıyla yargılamaya tâbi tutulmaktadır. Buna yargı organının görev kusurları da girmektedir. Örneğin, yıllar süren davalar, davalarda yeterli araştırma yapılamaması, savunma hakkının kısıtlanması vb. sebeplerle ve netice olarak yargı organının geç ve kötü işlemesi sebebiyle Devlet tazminata mahkum edilebilmektedir. Bu sebeple AİHM nezdinde yargı organının da sorumluluğu sözkonusudur.

Yargı organının sorumluluğu kavramını Devletin kendisinin ürettiği iç hukuk açısından da iki yönden ele almak gerekir. Birincisi bir Devlet organı olarak yargının sorumluluğu, diğeri ise organı oluşturan meslek mensuplarının yani hakim ve

³⁰ GÖZÜBÜYÜK, TAN, age, s.868.

savcılarının sorumluluğudur. Organın sorumluluğu genel olarak yukarıda izah edildiği gibidir. Diğer boyutu olan hakimlerin sorumluluğu ise iç hukukumuzda da Anayasal ve yasal olarak düzenlenmiş olup, esas inceleme konumuzu oluşturmaktadır.

Hukuk Devletinde yargı organının mutlak sorumsuzluğu kabul edilemez. Çünkü, Devletin diğer organları gibi yargı organı da kötü işleyebilir, geç işleyebilir hatta hiç işlemeyebilir. Veya düzgün ve rutin işlese bile vardığı netice haksızlıklara veya zararlara yol açabilir. Bu zararda kimsenin kusuru da olmayabilir. Örneğin, yargının yavaş işlemesi sebebiyle ceza zamanaşımının dolması, yargılamanın çok uzun sürmesi sebebiyle elde edilen hakkın değerinin anlamsızlaşması, yıllarca ağır ceza tehdidi altında yargılanan kişinin beraat etmesi gibi kusursuz bir zarar da doğabilir. Bu durumda yargı organının sorumsuzluğundan söz etmek hukuka uyan devlet anlayışını zedeler. Ayrıca kamu külfetleri paylaşılmamış olur. Bu sebeple her tür yargı kararı sebebiyle uğranılan zararın devlet olarak tazmini gerekmektedir.

Hesap verebilirlik ve şeffaflık demokrasinin temel gereklerindedir. Demokratik bir hukuk devletinde yargısal hesap verebilirlik yargıya olan saygı ve güveni artırır³¹. Organ nazariyesini savunan bir görüşe göre, “hakimlerin yargısal faaliyetlerinden zarar görenler, tazminat davasında hakimle birlikte devleti de hasım gösterebilecekler ve bu durumda davayı kazandıkları takdirde verilen tazminat hükmü devlete karşı da kesin hüküm (kaziyei muhkeme) teşkil edecektir. Organ nazariyesine dayanan Medeni Kanununun 48'inci maddesi uygulandığında, hakim, yargı organı olarak verdiği karar ile Devlet tüzel kişiliğinin iradesini belirtmiş ve bu suretle Devleti ilzam etmiştir. Hakimin kararı kusurlu ise, bundan şahsen kendi

³¹ AKINCI Müslüm, “Yargı Erki ve Sorumluluğu” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 1, Sy.3, s.93.

sorumlu olduğu gibi, kusurlu karardan zarar görenlere karşı Devlet de sorumludur ve bunun sonucu olarak doğrudan doğruya dava edilebilecektir.”³²

Netice olarak pozitif hukukumuzda, yargı organının sorumluluğunu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamakla birlikte dolaylı olarak AİHS gereği yargı organının faaliyetleri sebebiyle de Devlet'in sorumluluğu sözkonusudur. Ayrıca dolaylı olarak Anayasanın 2. maddesi de yargı organının verdiği zararlardan Devletin sorumlu olmasını gerektirir.

III- KAMU GÖREVLİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A- KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE HAKİMLERİN KONUMU

Devlet'i tarif ederken üç ayrı erkten oluştuğunu ve bunların yasama, yürütme ve yargı olduğunu söylemiştik. Bunlar, Devleti oluşturan kurumsal organlardır. Bu organların somutlaşmış ve fiilen işleri yürüten, bu organların fonksiyonlarını icra eden insanlara da kamu görevlisi denir.

Devlet ve idare örgütü içinde yer alan gerçek kişileri, “hükümet (idare) edenler” ve “ajanlar” olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Bu ayrımın temelinde, devlet teşkilatı içinde yer alan kişilerin kullandıkları yetkinin niteliği ve sınırı yatmaktadır³³. Kamu görevlisi kavramına, Anayasa'nın 128. ve 129. maddelerinde yer verilmiştir. Buna göre, kamu hizmeti “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” eliyle görülür. Hatta 129. maddede bu iki kamu görevlisi yanında bir de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensupları da

³² BERKİN M. Necmeddin, “Mahkeme Kararlarından ve Yargısal Tasarruflardan Devletin Sorumluluğu” İHFM, Cilt XLIII, Sy.1-4, s.188.

³³ YILDIRIM, age, s.157.

sayılmıştır. Anayasada bunun yanında 51, 53, 68, 71, 76, 121 ve 137. maddelerinde de kamu görevlilerine ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır³⁴.

Bu tanımlar ele alınınca, Yıldırım'ın tasnifine göre³⁵, öncelikle devlet içinde yer alan görevlileri iki ana gruba ayırmak gerekir. Bunlar, yukarıda da belirtildiği gibi hükümet edenler ve idare edenler idi. Yıldırım'a göre, hükümet edenler daha ziyade siyasi irade sahibi olan seçmenler, milletvekilleri, bakanlar yani politikacılarıdır. Bunlar kamu hizmeti üretmezler. Hükümet edenler anayasa hukuku açısından devletin asli (birincil) organıdır. Kamu görevlileri ise, hükümet edenlerin uzman yardımcılarıdır. Kamu görevlilerinin (idare ajanlarının) fiili çalışması olmazsa kamu hizmetleri yürümez. Bu kategoriye ise; valiler, belediye başkanları, belediye meclis üyeleri, encümen üyeleri, hakimler, öğretmenler, fen memurları, zabıta memurları, subaylar , astsubaylar vs. girmektedir.

Bizim konumuzla ilgili olan kamu görevlileri de bu ikinci sınıfa girenlerdir. Çünkü bu görevliler siyaseten Devletin siyasi organlarında yer almayıp, teknik ve somut icraatı bizzat yaptıklarından sorumlulukları da siyasi değil hukukidir. Kamu görevlilerinin bu genel tanımı yanında, günlük hayatta memur olarak tanımlanan ve yürütmenin idari fonksiyonunu icra eden görevliler de kamu görevlisi tanımı içinde yer alır. Hatta kamu görevlisi deyince bu dar anlamdaki idare içinde görev yapan memurlar akla gelir.

Türk yargı kararlarında da kamu görevlisinin netleşmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Bunun nedeni, özellikle yüksek yargı yerlerinin kendi görev alanları açısından kamu görevlisini tanımlamalarıdır. Çünkü, Yargıtay sorumluluk

³⁴ ATAY Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.675.

³⁵ YILDIRIM, age, s.158.

hukuku, Danıştay idarenin yargısal denetimi, Uyuşmazlık Mahkemesi de yargı yerinin belirlenmesi açısından kamu görevlisini tanımlama yoluna gitmişlerdir³⁶.

B- YÜRÜTME ORGANINDA GÖREVLİ OLANLARIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yürütme işlemi kural olarak yasama ve yargı işlemlerinin dışında kalan işlemlerdir³⁷. Ülkemizde Yürütme iki başlı olup, bunlar Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruludur. Cumhurbaşkanı, yürütmenin sorumsuz kanadıdır. Anayasanın 105. maddesi uyarınca tek başına imzaladığı kararlardan sorumsuz olup, Başbakan ve ilgili bakanlarla birlikte imzalanan kararlardan da Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olmayan eylem ve işlemler sebebiyle tazmin sorumluluğu mevcuttur.

Yürütme organının diğer başı ise Bakanlar Kurulu olup, Başbakan ve Bakanlardan oluşur. Başbakan Cumhurbaşkanınca TBMM üyeleri arasından atanır. Bakanlar da Başbakan tarafından seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır. Bakanlar Kurulunun siyasi, cezai ve hukuki sorumluluğu mevcuttur. Siyasi sorumluluk TBMM'ne karşıdır. Buna göre, siyasi denetim gensoru ve güvenoyu şeklinde tezahür eder. Her bakan, başbakana karşı siyasi açıdan sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden sorumludur.

Cezai sorumluluk ise, Bakanlar Kurulu üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan Anayasa Mahkemesinde yargılanmayı gerektirir. Bunun için, Başbakan veya bakan hakkında önce Meclis soruşturması açılır ve Yüce Divan'a gönderme kararı alınır. Başbakan ve bakanların görevi dışındaki suçlardan yargılanması genel hükümlere tâbi olup, bunun için Meclis tarafından dokunulmazlığının kaldırılması gerekir.

³⁶ YILDIRIM, age, s.161.

³⁷ GÖZÜBÜYÜK, age, s.227.

Başbakan ve Bakanların sadece görev suçu sebebiyle cezai yönden yargılanmaları Yüce Divan'da yapılır. Başka bir ifade ile Yüce Divan sadece ceza yargılaması yapar. Bakanlar hakkında, Devlete verdikleri zarardan dolayı ancak genel kurallara göre tazminat davası açılabilir³⁸. Üçüncü kişilere verdikleri zararda ise (görev kusuru sebebiyle) zaten başında bulunduğu bakanlık (idare) aleyhine dava açılır. Kişisel kusurları sebebiyle genel hükümlere göre dava açılması gerekmektedir.

Yürütme organının asıl nüvesini teşkil eden kamu görevlileridir. Yürütme organı içinde yer alan ve esas ana kitleyi oluşturan memurların rejimi 657 Sayılı Kanunda düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, Yürütme organı içinde yer alan kamu görevlilerinin sorumluluğunu memurlar çerçevesinde ele alacak olursak:

Kamu görevlilerinin ve memurların görev kusuru sebebiyle işledikleri zararların tazmininin Anayasal zeminini Anayasanın 125/son ve 129/5. maddeleri oluşturmaktadır. Bu sorumluluğun yasal zemini ise 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunudur. Anayasa hükümleri uyarınca; idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olup, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görev kusuru sebebiyle verdikleri zararlarda, idare aleyhine sonuçlanan davalar sonucu idare ödediği tazminatı zarara sebep olanlara rücu eder. Anayasanın 129/5. maddesi idareyi iki tür sorumluluk altına sokmaktadır. Buna göre kamu görevlileri hem idare edilenlere karşı hem de idareye karşı sorumludur. İdare edilenlere karşı sorumluluk 657 Sayılı Yasanın 13. maddesinde de aynen düzenlenmiştir³⁹.

³⁸ GÖZÜBÜYÜK, age, s.249.

³⁹ 657 S.K. Madde 13 - (Değişik: 12/5/1982 - 2670/6 md.) (Değişik birinci fıkra 6/6/1990-3657/1 md.) “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai

Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi hem memur için hem idare edilenler için bir güvence getirmektedir. Şöyle ki, bir yandan memur idare edilenlerin dava açma tehdidinden belli ölçüde uzaklaştırılırken, öte yandan idare edilenler de uğradıkları zararların giderilmesi bakımından karşılarında memura göre ödeme gücü çok fazla olan idareyi bulmaktadırlar⁴⁰.

Memurların diğer hukuki sorumluluğu ise idareye karşı olup, bu kuralın yasal düzenlemesi 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir⁴¹. Buna göre memurlar, görevlerini yerine getirirken idareye verdikleri zararı tazminle sorumludur. Memurun zarardan sorumlu tutulabilmesi için kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu zararın meydana gelmesi gerekir. Zarar memura genel hükümlere göre ödettilir. Bunun için idarenin memur aleyhine adli mahkemelerde dava açması gerekir. Bunun istisnası ise yine 12. maddede düzenlenmiş olup, en alt derecedeki memurun (1. kademe) brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, memurun kabulüne bağlı olarak disiplin amiri veya kurulu kararı ile doğrudan memurca ödenebilir.

Gerek Anayasa hükmü gerekse 657 Sayılı Kanunun anılan hükümleri uyarınca, görev kusuru sebebiyle uğranılan zararlarda doğrudan memur aleyhine değil, öncelikle idare aleyhine dava açılması prensibi getirilmiştir. Bunun tek

takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

⁴⁰ GÜNDAY, age, s.559.

⁴¹ 657 S.K. Madde 12: Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır. Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir.”

istisnası ise 2577 Sayılı Yasanın 28/4. maddesidir⁴². Buna göre, idari yargı kararlarının uygulanmaması sebebiyle, zarar görenler idare aleyhine dava açabileceği gibi, doğrudan yargı kararını uygulamayan kamu görevlisi aleyhine de dava açabilir. Anayasa'nın 129/5 maddesinin açık, net ve amir hükmü karşısında 2577 Sayılı Yasanın 28/4. maddesi ile getirilen seçimlik hakkının Anayasaya uygun olduğundan sözedilemez.

İdarenin üçüncü kişilere tazmin ettiği zararı memura genel hükümlere göre rücu davasının adalet mahkemelerine açılması gerektiği görüşü yanında⁴³, bunun aksine rücu davasının adli yargı değil idari yargı merciinde görülmesi gerektiğini savunan görüş de mevcuttur⁴⁴.

C- YARGI ORGANINDA GÖREVLİ OLANLARIN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yargı organında görev yapanlar denilince akla hemen Hakimler ve Savcılar gelmektedir. Gerçekten yargının ana unsuru hakimler ve savcılar olup, ayrıca onlara yardımcı olan kalem personeli denilen memur sınıfı da mevcuttur. Buna göre yargı organında görevli olanların hukuki sorumluluğunu hakimler, savcılar ve idari personel yönünden incelemek gerekir.

1-Hakimler

Hakimlik mesleği Anayasa'nın 140. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Görevle ilgili koşulların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa'ya

⁴² 2577 S.K. md. 28/4: "Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir."

⁴³ GÜNDAY, age, s.560.

⁴⁴ GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2006, s.664.

göre hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar. Buna göre hakimlerin görev alanı sadece yargısal olup Devlet erkleri arasında yargı içinde yer alırlar. Dolayısıyla hukuki sorumluluk halleri de buna göre belirlenmelidir. Nitekim, Anayasada kamu görevlilerinin, memurların ve idarenin sorumluluğu düzenlendiği halde ayrıca hakimlerin sorumluluk hali düzenlenmemiştir. Bunun yanında, Anayasa'da hakimlerin fiillerinden dolayı Devletin sorumluluğunu doğrudan düzenleyen bir hüküm de yoktur.

Yargı işlevinin gereği olan faaliyetinden dolayı Devletin aksine bir kanun hükmü bulunmadıkça sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir⁴⁵. Yargıtay'a göre, hakimler görevlerinde bağımsız olduklarından ve yargı yetkisinin kullanılmasında hiçbir organ, makam, merci ve kişi kendilerine emir ve talimat veremeyeceğinden, tavsiye ve telkinde bulunamayacağından, hakimlerin vermiş oldukları kararlardan dolayı BK'nun 55. maddesi gereğince Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla tazminat davası açılmayacağı gibi, Anayasa md.129/5'e dayanılarak dahi idare aleyhine doğrudan doğruya bir tazminat davası açılmaz⁴⁶. Bu arada Anayasanın 140. maddesi uyarınca hakimlerin yargısal kimliği yanında idari kimliğinin de bulunduğunu, bu sebeple sorumluluk durumunun iki halde farklılık arzettiğini belirtmek gerekir. Nitekim AY'ın 140/6. maddesine göre, hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlıdır. Hal böyle olunca da, hakimlerin idari görev icra ederken sebep oldukları zararlarda dava diğer kamu görevlileri gibi önce idare aleyhine (Adalet Bakanlığına) açılır ve idarece hakimlere rücu edilir. Başka bir ifade ile, yukarıda ifade ettiğimiz yürütme organı içinde yer alan kamu görevlilerinin sorumluluğu için geçerli olan Anayasanın 129/5. maddesi burada da geçerlidir.

⁴⁵ GÖZÜBÜYÜK, TAN, age, s.867.

⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK, TAN, age, s.868.

Bunun yanında 6100 Sayılı Kanun çıkıncaya kadar hakimlerin şahsi fiilleri sebebiyle, verdikleri zararlardan dolayı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine göre sorumlu olmalarına engel bir hal bulunmamakta idi. Yine bu dönemde hakimlerin yargısal görevleri sırasında meydana gelen zararlardan sorumluluk halleri ve şekli ise esas çalışma konumuz olan HUMK'da özel olarak düzenlenmiş idi.

Ancak, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar ile, hakimlerin yargısal görevleri nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı ancak Devlet aleyhine dava açılabileceği hükmü düzenlenmiştir. Böylece 1086 Sayılı Kanundaki düzenlemedeki en önemli değişiklik, hakimın şahsi sorumluluğunun Devletin sorumluluğuna dönüştürülmesi olmuştur. Yine 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca da, artık hakimlerin şahsı aleyhine, kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa dava yolunun kapatılması bir başka önemli değişikliktir. Buna göre biz incelememizi 80 yıllık HUMK uygulamasını da değerlendirerek ele alacağız.

Bu bağlamda, hakimlerin sorumluluğunun diğer kamu görevlilerinden farklı olarak, mesleki faaliyet sebebiyle özel hükümlere tâbi olduğunu vurgulamak gerekir. Hakimler 2802 Sayılı Kanunda görev alanları net olarak belirlendiği üzere, Adli ve İdari Yargı hakimleri ve ayrıca kendi yasalarında görev alanları belirlenen askeri hakimlerden oluşmaktadır. Hakimlerin görev alanları değişse de, hukuki sorumluluk yönünden genel olarak aynı ilkelere tâbidirler. Özellikle de esas çalışma konumuz olan ve HUMK'da düzenlenen “hukuki sorumluluk” hükümlerinde “hakim”lerden sözedilmekte olup, yasal olarak “hakim” sıfatını taşıyan tüm kamu görevlileri bu hükümlere tâbidir. Bu çerçevede durumu muğlak olan ise yüksek mahkeme mensuplarıdır.

İleride ayrıntılı olarak ele alacağımız tek farklılık ise; sorumluluk sebebiyle yargılamayı yapacak mahkeme yönündendir. Çünkü HUMK'da görevli-yetkili mahkeme belirlenirken Adli Yargı teşkilat şeması esas alınmış olup, diğer yargı koluna mensup (idari) hakimler yönünden bu husus belirsiz ve tartışmalı bırakılmıştır. Yasada sadece “hakimler”den söz edildiği için yasal olarak “hakim” sıfatı taşıyan herkes için bu kararlar geçerlidir. Aksi bir görüşe göre, İYUK ve Danıştay Kanunu'na göre HUMK'nun 573 vd. maddelerine atıf olmadığı için kıyasen bu madde hükümlerinin idari yargı mensuplarına uygulanma olanağı olmadığı, bu

nedence müstakilen sorumluluğa giden ve HUMK 573 vd. maddelerinde düzenlenen tazminat davasının idari yargı mensupları hakkında uygulama alanı bulmadığı, bu davaları çözümlenmeye görevli ve yetkili bir mahkemenin bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak İYUK tarafından HUMK'na yapılmış bir atıf bulunmamasına rağmen, bu görüşün temel gerekçesinin aksine, ilk derece idari yargı hakimleri için açılan tazminat davalarında Yargıtay kendisini görevli saymaktadır⁴⁷. Belgesay, “*Kanun koyucu, hakimin görevini tarafsızlık ve iç huzuru ile yerine getirebilmesi için, onun sorumluluğunu özel bir şekilde düzenlediğinden, ismi ne olursa olsun, doğrudan doğruya sürekli veya geçici olarak yargısal bir görev yapan her kişi hakkında bu özel hükümlerin uygulanması gerekir*” görüşünü ileri sürerek hukuki sorumluluk sisteminin sıfatı hakim olmasa da yargısal görev yapan herkesi kapsadığını ifade etmektedir⁴⁸.

Doktrinde hakimlerin hukuki sorumluluğunun olması veya olmaması gerektiği yönünde görüşler mevcut olup, bu husus ileride ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bu aşamada hukuk sistemimizdeki mevcut durum özet olarak belirlenecek olursa;pozitif hukukumuz hakimlerin hukuki sorumluluğunu düzenlemiştir. Sorumluluğun sebebini Günay şu şekilde ifade etmektedir: “*Kanaatimizce hakimlerin hukuki sorumluluğunun kaynağı şudur, hakimler de netice olarak birer insan olmaları itibariyle, bazı nedenlerle hatalı (kusurlu) hareket edebilirler. Yasakoyucu hakimlerin bu kusurlu davranışları, kasıtlı ve ağır ihmalden doğan zararlarını gidermek amacıyla HUMK'nun 573. maddesinde sınırlı olarak*

⁴⁷ DERE Ahmet, **Davadan Feragat**, SÜSBE, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007, s.72, Yayımlanmamıştır.

⁴⁸ BELGESAY Emcet, “Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti”, Aktaran: Tercan Erdal,. “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576) Hakim Kavramı Açısından Uygulaması,” AÜHFD, 1995, Cilt 44, Sy.1-4, s.238.

hukuki sorumluluğu gerektiren durumları saymıştır. Esasen hakimin kusurunun bulunmadığı ahvalde sorumluluğu söz konusu değildir.”⁴⁹

Bir Yargıtay kararında, hakimlerin hukuki sorumluluğunun üç şekilde tezahür edebileceği belirtilmiştir. Buna göre: 1-Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zarar için hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığı'na karşı açılabilir. 2- Kişisel kusura dayanması durumunda ise, hakime karşı haksız eylem hükümlerine (BK 41 vd) göre adliye (hukuk) mahkemelerinde tazminat davası açılabilir. 3- Hakimlerin hakimlik görevini yaparken “yargısal faaliyetleri” nedeniyle vermiş oldukları zarar için HUMK'nun 573. maddesinde sayılan hallerde 573-576 hükümlerine göre hakime karşı tazminat davası açılabilir⁵⁰.

Nitekim bu belirsizlik 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla giderilmiştir. Hakimler, ilk derece, istinaf ve yüksek yargı hakimleri olarak ele alınıp ilk iki grup için Yargıtay ilgili hukuk dairesi, yüksek mahkeme başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanlarla ilgili davalarda ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yetkili ve görevli kılınmıştır. Yine yukarıda anılan Yargıtay kararında belirtilen sorumluluğun tezahür şekillerinin de 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar karşısında çok anlamı kalmamıştır. Çünkü, artık hem dava sadece Devlet aleyhine açılacak hem de kişisel kusur ve haksız fiil de dahil başka hiçbir sebeple hakim aleyhine tazminat davası açılmayacaktır.

2- Savcılar

Savcılık mesleği Anayasa'da hakimlerle birlikte tanımlanmış olup, 139. maddede de hakimlerle aynı teminat altına alınmıştır. Savcılarının görevlerinin “idari”

⁴⁹ GÜNAY ERHAN, *Yargısal Görevlerinden Dolayı Hakimlerin “Tazminat” Sorumluluğu ile Hakimlere Cumhuriyet Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2000, s.18.

⁵⁰ Yargıtay 4HD, 24/12/1996, 5036/12614, Aktaran: GÜNAY, *Yargısal...*, s.18.

mi yoksa “yargısal” nitelikte mi olduğu konusunda öğretide ve yargı kararlarında hakim olan görüş, savcılarının faaliyetlerinin “kazai” olmayıp “idari” olduğu yolundadır⁵¹.

Konuyu önce 1086 Sayılı Kanundaki sorumluluk rejimi çerçevesinde ele almak gerekirse:

Savcılar her ne kadar, fiiliyatta adliye bünyesinde görünseler de, yargısal faaliyete iştirak etseler de, hakimlerle aynı kanuna (2802 S.K.) tâbi olsalar da, yaptıkları görev ağırlıklı olarak yargılamaya ilişkin olmayıp idari bir görevdir. Bu sebeple, görevleri sebebiyle hukuki sorumlulukları, yukarıda belirttiğimiz kamu görevlileri gibidir. 2802 Sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca “hakim ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı” olup, bu sebeple neden oldukları zarar sebebiyle Adalet Bakanlığı'na karşı dava açılır. Bunun yanında diğer kamu görevlileri gibi kişisel kararlarıyla sebep oldukları zararlar, genel haksız fiil hükümlerine göre tazmin olunur.

Savcılarının bir kısım görevlerinin ise yargısal olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmada, yargısal görevli olduğunu benimsesek dahi, savcılarının HUMK ‘un 573.vd. maddelerinde düzenlenen sorumluluk sistemine dahil olmadığı kabulü gerekir. Çünkü anılan hükümlerin düzenlendiği 10. Bab'ın başlığı “Hakimlerin Mesuliyeti” olup, 573. maddede de “hakim ve icra reisi...” olarak ifade edilmektedir. Buna göre, anılan hükümler “yargı mensupları”nın değil “hakimlerin” sorumluluk sistemini düzenlemektedir. Bu sebeple savcılar her durumda bu hükümlerin dışında olup, ya genel kamu görevlilerinin sorumluluğuna ya da şahsi sorumluluğa tâbidirler.

Savcılarının (idari) faaliyetlerinden doğan zarar için hizmet kusuruna dayanarak, Adalet Bakanlığı'na karşı idare mahkemesinde bir tamyargı davası

⁵¹ AYDINALP, age, s.65.

açılabilir. Bundan başka, savcılarının (idari) faaliyetlerinden doğan zarar kişisel kusura dayanmakta ise savcılara karşı haksız fiil hükümlerine göre (BK'nun 41.vd. md.) adalet mahkemelerinde tazminat davası açılabilir⁵².

Savcılarının kusurlu davranışlarının, hizmet kusuru niteliğinde mi, kişisel kusur niteliğinde mi olduğunun ayrımı her zaman kolay ve istikrarlı olmayabilmektedir. Nitekim Yargıtay bazı kararlarında, bize göre net bir şekilde hizmet kusuru olan fiili kişisel kusur olarak tanımlamıştır. Bu kararlarda; “DGM Cumhuriyet Savcısının esas hakkında sunduğu mütalaasında, hukuka aykırı delillere dayandığı, çelişkiler bulunduğu, pek çok ihmal bulunduğu iddiasıyla açılan davada, zararlandırıcı eylemin BK'nun 41. maddesinde ifadesini bulan haksız eyleme dayandığının anlaşıldığına” hükmetmiştir⁵³. Yargıtay yine bir başka benzer kararında: “DGM Cumhuriyet Savcısının, iddianamede davacı isminin hiç ilgisi olmayan iddialarla birlikte yazıldığı, sadece emniyet ifadesinin esas alınarak iddianameye bu bilginin eklendiği ... iddiasıyla açılan tazminat davasında ... zararlandırıcı eylemin BK'nun 41. maddesinde ifadesini bulan haksız eyleme dayandığının anlaşıldığına” hükmetmiştir⁵⁴.

Bu kararların Anayasa'nın 40/3 ve 129/5. maddeleri karşısında doğru olduğunu söylemek olanaksızdır. Öncelikle bu Anayasa hükümlerine göre, görev kusuru sebebiyle uğranılan zararlarda kamu görevlisi aleyhine doğrudan dava açılmaz. Bunun yanında bir Cumhuriyet savcısının en klasik görev alanı, iddianame hazırlamak ve mütalaa vermek olup, bu sebeple işlenen hiçbir kusurun kişisel kusur

⁵² KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, Ders Kitabı, 20. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.841-842.

⁵³ Yargıtay 4HD, 2002/9823-11850 E.K. Sayılı Kararı, Aktaran: Mert Uluhanlı, www.stratejikboyut.com/haber/savcinin-hukuki-sorumluluklari-nelerdir-29368.html, Erişim: 16/08/2010.

⁵⁴ Yargıtay 4HD, 22/10/2002, 2004/9855 E.-2002/11851 K., Aktaran: Mert Uluhanlı, www.stratejikboyut.com/haber/savcinin-hukuki-sorumluluklari-nelerdir-29360.html, Erişim: 16/08/2010

olarak kabulü olanaksızdır. Bu sebeple anılan davaların, öncelikle, idare (Adalet Bakanlığı) aleyhine idari yargıda açılması gerekir idi. Adli yargıda görülmesi ve BK 41. maddesi kapsamında değerlendirilmesi kişisel kusur-görev kusuru ayırımına ve Anayasa'nın 40/3 ve 129/5 maddelerine uygun olmamıştır.

Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, savcılarının iddianame hazırlama, mütalaa verme görevini, idari görev değil yargısal görev saymaktadır. Ancak, iddianamenin yargılama faaliyetine dahil olmasının da tek başına eldeki davada HUMK'nun 573 ve devamı maddelerinin uygulanmasına yetmediğine, anılan maddelerde açıkça Cumhuriyet savcılarının sorumluluğunun düzenlenmediğine, konunun genel hükümlere göre adliye mahkemelerinde çözümlenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında savcılarının görev kusuru sebebiyle HUMK 573 vd. maddeler kapsamında olmadığını belirttiği gibi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararında geçen “Cumhuriyet savcılarının faaliyetlerinin yargısal değil idari nitelik taşıdığı” ibaresinin de çıkarılmasına karar vermiştir.

Savcılarının sorumluluk sebepleri, idari görevden veya yargısal görevden kaynaklanabilir. Her iki halde de HUMK'un 573.vd. maddelerine göre sorumluluklarından söz edilemez. Çünkü bu maddeler sadece “hakimlerin” sorumluluğuna yer vermiştir. Eğer kişisel kusur sözkonusu değilse, hizmet kusuru sebebiyle Adalet Bakanlığına karşı idari yargıda dava açılacaktır. Yargısal faaliyet sebebiyle sorumlulukta ise yukarıda anılan YHGK kararında belirtildiği üzere genel hükümlere göre dava açılır.

Bunun yanında, savcılarının yargısal görevleri sebebiyle oluşan zararlarda, aynen hakimler gibi HUMK'un 573. ve devamı maddelere göre sorumlu olacağı görüşü de mevcuttur. Bu görüşe göre, “... savcının görevini 'toplum adına' yapması

⁵⁵ Yargıtay HGK, 07/10/2009, 2009/4 E.-2009/399 K.,
www.adalet.org/torun2/kararı/cprint.php?id1=3718, Erişim: 11/11/2010

yahut 'kamu adına talepte bulunması' ile hakimlerin 'Türk ulusu adına' (AY'nın 9.md.si) yargılama yapmaları ölçütü konunun çözümünde sonuca etkili bulunmamaktadır. Nitekim yargılama “iddia”, “savunma” ve “hüküm”den oluşmaktadır. O halde “yargılama”nın “kamu görevlisi” olarak sav (iddia) kısmında bulunan, tüm hazırlık soruşturmasını yapan, iddianame düzenleyen, duruşmalarda “esas hakkında görüş” bildiren savcılarının bu görevlerinin salt “idari görev olduğu görüşünün kabulü mümkün görülmektedir. Zararların tazmininin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573.md.si ve müteakip maddeler kapsamında istenilmesi, açılacak davanın aynen “hakimler” aleyhine açılacak tazminat davaları gibi görülmesi gerektiği” savunulmaktadır⁵⁶.

Tüm bu görüşlere rağmen, savcılarının yargı örgütünün olmazsa olmaz unsuru olmasına, çokça yargısal görevleri bulunmasına ve hakimlerle aynı yasada yer alıp aynı güvencelere sahip olmalarına rağmen hukuki sorumluluk rejiminin hakimlerle aynı olmadığı, HUMK'un 573.md.vd. maddelerin kapsamına girmediklerini düşünmekteyiz. Çünkü yasada net olarak “hakimlerin” sorumluluğu düzenlenmiş olup, “yargısal görev yapanlar” denilmemiştir.

Bu tereddüt ve tartışmalar 6100 Sayılı Kanunda yapılan düzenleme içinde geçerli idi. Çünkü 6100 Sayılı Kanunda, yine sadece “hakimlerin” yargılama faaliyetleri sebebiyle sorumluluk sistemi düzenlenmiş ve savcılara yer verilmemiştir. Ancak 6110 Sayılı Kanun ile bu durum değişmiştir. Nitekim 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna eklenen 93/A maddesinde “Hakim ve savcılarının” yargısal faaliyetleri sebebiyle verdikleri zarar sebebiyle açılacak davalar düzenlenmiştir. Böylece, yargısal faaliyet sebebiyle hukuki sorumluluk rejimine hakimlerin yanında savcılar da yer almıştır. Bu düzenleme ile hakimler yönünden getirilen tüm prensipler savcılar için de geçerlidir. Yine kişisel kusur, haksız fiil veya

⁵⁶ AYDINALP, age, s.75.

diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak doğrudan savcıların şahsı aleyhine dava açılmayacaktır. Bu durumda, HUMK çerçevesinde savcılar yönünden yapılan “hukuki sorumluluk” tartışmaları anlamını yitirmiştir.

3- Kalem mensupları

Kalem mensupları, yazı işleri müdürü, zabıt katipleri, mübaşir ve hizmetlilerden oluşmaktadır. Bunlar organik olarak yargı organı içinde yer alsalar da, yargı görevi görmemektedirler. Tâbi oldukları mevzuat ve yaptıkları iş itibariyle idari görevlilerdir. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi olup, hukuki sorumluluk anlamında tamamiyle yukarıda ifade edilen yürütme organında olan idari görevlilerle aynı rejime tâbidirler. Bu anlamda, Adalet Bakanlığı teşkilatı içinde yer alıp, bakanlığın memuru durumundadırlar. Dolayısıyla Adalet Bakanlığı adına yaptıkları görev sebebiyle neden oldukları zararlardan sorumlulukları Anayasa'nın 40/3 ve 129/5. maddeler ile 657 Sayılı Yasanın 12 ve 13. maddeleri doğrultusundadır. Bu sebeple diğer memurlarda olduğu gibi adliye memurlarının neden oldukları zararlar sebebiyle Adalet Bakanlığı'na karşı idari yargıda tamyargı davası açılabilir. Adalet Bakanlığı ödediği tazminatı memura rücu eder.

Bu çerçevede yaptıkları iş yargı hizmetinin çok önemli bir kısmına tekabül etse de kalem mensuplarının hakimler gibi HUMK 573 ve devamı maddelerine göre sorumlulukları sözkonusu değildir.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK HAKİMLERİN SORUMLULUĞU

I- HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNUN ESASI

A- HAKİMLİK MESLEĞİNİN ÖZELLİKLERİ

Hakim, herhangi bir uyuşmazlığı, tarafsızlığına ve adil olduğuna güvenilen ve taraflar üstü olduğuna inanılarak, çözümlenmekle yetkili kılınan meslek mensubudur. Hakimlik tarih boyunca hep yarı mistik bir meslek olarak algılanmıştır. Çünkü bu mesleğin adalet dağıtan, haklıyı haksızı ayırt eden en önemlisi ayırt etme becerisi olan kişilerden oluştuğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, adalet dağıtacak kişilerde hep diğer insanlardan farklı vasıfların olması aranmış veya arzulanmıştır. Örneğin Türk kültüründe hakimlik mesleğinin konumu ve değeri o kadar yüceltilmiştir ki, bu makam için “peygamber postu” tabiri kullanılmaktadır. Nitekim Türk Hukuk Sisteminde önemli bir yere sahip olan Mecelle'de hakim veciz bir ifadeyle; **“hakim, fehîm, mustakim ve emin, mekin, metin olmalıdır”** şeklinde tarif edilmiştir⁵⁷. Hakimlerde bulunması gereken bu vasıfların her biri incelenecek olursa, adaleti sağlamaya dönük, adil karar vermek için gerekli olan üstün vasıflar olduğu görülecektir.

İnsan vicdanında basit ve apaçık bir adalet fikri vardır. İşte bu fikir hukukun en yüksek idealini oluşturur. J.J.Rousseau, her türlü adaletin Tanrı'dan geldiğini ve doğru insanın, adaletin gereklerine uyması gerektiğini söyler⁵⁸. İnsanların en çok peşinden koştuğu ve en çok da şikayetçi olduğu şey adalet duygusudur. Bu duygu

⁵⁷ OKUR İbrahim, “Hakimlerin Mesleki Davranışlarını Yönlendiren İlke ve Kurallar Çerçevesinde Türkiye'de Yargısal Etik” Adalet Dergisi, Ocak 2005, Sy.21, s.45.

⁵⁸ SELVER Ömer, “Hakimlerin Yükümlülükleri” www.webcache.googleusercontent.com, s.2, Erişim: 16/08/2010.

yarı mistik yarı dünyevidir. Bu sebeple “şeriatın kestiği parmak acımaz”, “adalet mülkün (Devletin) temelidir” denilmektedir. Bu dünyada adalete ulaşmanın belirleyicisi de hakimlerdir. Bu sebeple hakimlerde diğer insanlardan ve diğer kamu görevlilerinden farklı vasıflar aranır, üstün yetkiler verilir. Hakim tarihi süreçte, sosyal-siyasal yapının şekline göre geçerli olan egemen kültürün en üst temsilcisi sayılmıştır. Nitekim Selçuk'a göre hakim, “Metafizik dönemde mistik; dinsel dönemde tanrısal; bilimsel dönemde laik bir güçtür.”⁵⁹

Hakim, hiçbir kamu görevlisine tanınmamış yetkilerle donatılmış kişidir. O, devletin, toplumun yargı gücünü elinde bulunduran, bireyin tüm hak ve özgürlükleri üzerine son sözü söyleyen kişi olarak hemcinsini yargılamaktadır. Bir yanda devlet gücünü, otoritesini elinde bulunduran kişi yani hakim varken, diğer yanda elinde soyut olarak “adil yargılanma hakkından başka gücü olmayan” hak arayan kişi veya kişiler bulunmaktadır⁶⁰.

Bütün bu ayrıcalıklar, yetkiler, güç, hakime bir ayrıcalık sağlamak amacıyla veya şahsına dönük lütuftan dolayı değil, adalete en iyi şekilde ulaşmak için verilmektedir. Bunun için de, hakimın tarafsız ve bağımsızlığını sağlayıcı mekanizmalar geliştirilmiştir. Çünkü tarafsız ve bağımsız olmayan hakim adil karar veremez. Nitekim, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilen Bangalor Yargı Etiği ilkelerinde, bağımsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat, hakimler için bulunması gereken değerler olarak sayılmıştır⁶¹. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla bu ilkelerin benimsenmesine karar vermiş ve

⁵⁹ SELÇUK Sami, “Yargı Bağımsızlığı” TNBD, 15/11/1997, Sy.96, s.2.

⁶⁰ SAYIN Gökhan, “Hakimin Hukuki Sorumluluğu” www.abchukuk.com/makale.421.s.1, Erişim: 16/08/2010.

⁶¹ GÜZEL Abdullah, “Hakim-Savcı ve Etik” www.abdullahguzel.av.tr/indeks=makale, s.1, Erişim: 16/08/2010.

tüm yargı teşkilatına tebliğ etmiştir. Bu ilkelerin esasen Türk pozitif hukukunda yerini bulduğu görüşü savunulmaktadır⁶².

Hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve bunları gerçekleştirmeye yönelik güvenceler, hukuk devletinin bir gereği olmakla birlikte, bu korumanın, hakimlerin yargılama faaliyetlerini keyfi ve sorumsuz bir tutum içinde gerçekleştirebilmelerini sağlamaya yönelik olmadığı da, hukuk devleti ve adalet ilkelerinin bir başka gereğidir⁶³. Davalarda çatışan menfaatler arasındaki adalet denilen dengeyi bulacak dağıtacak olan hakimler sıradan kimseler olamazlar. Gerçek adaleti yasalar değil, hakimler dağıtır. Hukuk devleti uygulamasında ve hukukun ilerlemesinde iyi yasalar yanında hakimlerin isabetli karar vermeleri önemli yer tutar. Yalnız en mükemmel yasa kötü uygulayıcı yönünden büyük yıkıntılara sebep olur. Adaleti dağıtan hakimın yapacağı haksızlık diğer memurların haksızlıklarından daha korkunç, açtığı yara daha derin olur⁶⁴.

Bu sebeple üstün yetkilerle donatılmış, üstün kişilikte, donanımlı, ahlaklı hakimler arzulanmaktadır. Selçuk, hakime sağlanan üstün ayrıcalığı şu şekilde izah etmektedir: *“Görülüyor ki, yargıç bağımsızlığı, yargıcın yürüttüğü etkinliğin/işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bir “kast” ayrıcalığı değildir. Temel amaç da, yargıcın karar verirken yansızlığını ve beyin özgürlüğünü sağlamaktır. Ancak bu yansızlık, yargıçlık yeterliliğinin yalnızca bir yüzüdür. Doğru deyiş, nesnelliktir (objektifliktir), nesnel mantıkla davranabilme yeteneğidir/yeterliliğidir”*⁶⁵.

⁶² OKUR, agm.

⁶³ ÇAĞLAR Selda, “Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden Sorumluluğu” İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 2, Yıl 2006, s.707.

⁶⁴ AVCI Mustafa, “Türk Hukukunda Hakimin Görevi İhmal Suçu” www.hukuki.net/hukuk/mdex=2217, s.1, Erişim Tarihi: 16/08/2010.

⁶⁵ SELÇUK Sami, “Yargıcın Yansızlığı, Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk” Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s.185.

Başta İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya olmak üzere pek çok ülkede “Kral asla hata yapmaz!” (the king can do no wrong) deniyordu. Burada, kamu görevlilerinin hukuk dışına taşan işlem ve eylemleri nedeniyle sorumluluktan bağışık kılınma durumu, kralın kolu olarak görülen yargıçlar için de geçerliydi. Bu dönemde, egemenlik düşüncesinin devletin sorumluluğu ile bağdaşmadığı kabul ediliyordu. Çağımızda ise ydevletin sorumluluk alanı giderek genişlemektedir. Demokratik bir toplumda yargıç kararlarından dolayı sorumlu tutulabilmektedir⁶⁶. Ne kadar üstün vasıflar aranırsa aransın, ne kadar donanımlı ve iyi eğitilmiş olursa olsun hakimlerin de insan olduğunu unutmamak gerekir. Her insan gibi zaafı olabileceğini, gücünün sarhoşluğuna kapılabileceğini, öfke veya sempatiyle hareket edebileceğini akıldan çıkarmamak gerekir. Bu istenmeyen görev tarzı sebebiyle kendisinden adalet bekleyen kişilere bizzat kendisi haksızlık edip zarar vermiş olabilir. İşte tam bu noktada hakimlerin görevini icra ederken verdikleri zarardan sorumlu olup olmayacağı konusu gündeme gelmekte. Hakimlerin sorumlu olup olmamaları konusu doktrinde tartışmalı olup, lehe ve aleyhe görüşleri alt bölümlerde ele alacağız.

Hukuk ve toplumsal düzen adına son derece duyarlı bir kamu görevi yapan yargıcın bu görevi sırasında gerçekleştirdiği bütün etkinlikleri, hakkında “hesap verebilme” sorumluluğuna sahiptir. Esasında yargıcın sınırsız ve sorumsuz bir karar verme özgürlüğünden söz edilemez⁶⁷.

Selçuk'a göre, “*Yargıç somut olay karşısında hukukun ne dediğini söyleme yetkisini kullanırken, başkalarına ve kendilerine karşı yabancı kalabilmelidir. Kişisellikten arınmışlık 'yasa herkes için eşit uygulanır' kuralının hem nedeni hem sonucudur. Zira adalet terazisindeki tartı aynı kalmalıdır. Yargıç ise, bizzat kendine karşı yansız, kayıtsız kalabilmeli, kendini 'ben'ini bütünüyle elemelidir. 'Ben'in*

⁶⁶ AKINCI Müslüm, **İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.104.

⁶⁷ AKINCI, age, s. 105.

elenmesi olayını yargılamada gerçekleştiremeyen bir yargıç, yargılama yeterliğinden yoksundur.”⁶⁸

Bu değerlendirme ve bağımsızlık-tarafsızlık tanımı karşısında, anayasal düzenlemedeki “vicdanına göre” kıstasının tamamen yanlış olduğunu söylemek gerekir. Ancak Anayasa maddesi bu kıstası diğer kıstaslarla eşdeğer olarak değil, hiyerarşik olarak sıralamıştır. Dolayısıyla hakim; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka göre bir çözüm sağladıktan sonra ve bu normların izin verdiği ölçüde “vicdanına göre” karar verecektir.

Sonuç olarak, hakimlik mesleği, tarih boyunca ayrıcalıklı bir yere ve güce sahip olmuştur. Bu ayrıcalık hakimin şahsına değil onun yaptığı görevin hassasiyeti sebebiyle verilmiştir. Görevini adil ve tarafsız, bağımsız yapabilmesi için pek çok ayrıcalık ve koruma sağlanmıştır. Ancak hakim de insan olup, meslekle bağdaşmayan hareketler yaparak zarara sebep olabilir. Bu zararın tazmin edilmemesi ayrı bir adaletsizlik olur. Bu sebeple pozitif hukukumuz da hakimlerin belli koşullarda sorumluluğunu benimsemiştir.

Nitekim hakimlik mesleği Anayasamızın 138, 139 ve 140. maddelerinde düzenlenmiş ve hakimler ve Savcılar Kanunu ile yasal ilkelere bağlanmıştır. Anayasanın 138. maddesinde, mahkemelerin dış etkenlerden bağımsızlığı teminat altına alınmış 139. maddede hakimlik teminatı, 140. maddede hakimlik mesleği tanımlanmıştır. Ancak Anayasanın hiçbir yerinde hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin doğrudan düzenlemeye yer verilmemiş olup bu düzenleme kanunlara bırakılmıştır. (1086, 6100, 6110 S.K.)

⁶⁸ SELÇUK Sami, “Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi” Türkiye Günlüğü, Sy.40, Mayıs-Haziran 1996, s.6.

B- HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TARTIŞMA

Yetki ve sorumluluk mutlaka ikisi bir arada bulunması gereken, birbirinin tamamlayıcısı, asla birinin diğerine üstün olmaması gereken iki kavramdır. Yetki, hizmet ve görevin etkin ve hızlı olmasını sağlar, sorumluluk ise yetkinin keyfiliğe dönüşmemesini sağlar. Bu denge bir mahkeme kararında bir apartmanın durduk yerde çökmesi sebebiyle görülen davada belediyenin yetki ve sorumluluğu tespit edilirken şu şekilde ifade edilmiştir: *“Yetki ve sorumluluk kesinlikle bir arada bulunması gereken iki hukuki kavramdır. Yetki olan yerde sorumluluk olmazsa keyfîlik doğar, sorumluluk olan yerde yetki verilmezse acizlik doğar.”*⁶⁹ Yukarıda da değinildiği üzere, tarih boyunca toplumlar adalete ulaşma adına adaleti sağlayacak olan hakimlere toplumüstü statüler vermişlerdir. Bu statüyü olağanüstü yetkilerle ve güvencelerle donatmışlardır. Bu yetkiler o kadar sorgusuz kabullenilmiştir ki, verilen kararları hiç yadırgamamak, kararlar sonucu zarar görse de, canı yansa da bundan şikayetçi olmamak adına “şeriatın kestiği parmak acımaz” sözü bu sınırsız yetkinin en uç kabulleniş halini almıştır. Bu biraz da hukukun ve hakimin mistik düşüncedeki oturtulduğu yerin ürünüdür.

Hakimlerin “yargısal faaliyetleri” sırasında kasten ya da ihmalkar davranışları sonucu davanın taraflarından birine yahut her iki tarafa zarar vermeleri halinde hukuki (mali) sorumluluğu olup olmayacağı hususu tarihi süreç içinde hep tartışılır olmuştur. Zira “yargılama” sözcüğü “büyüleyici” bir sözcüktür. “Yargılamak” bir kudrettir. Bu kudret dinsel açıdan Tanrıya has bir kudret ve kuvvettir⁷⁰. Yargı bağımsızlığı ve hakim güvencesi yargıya tanınan bir ayrıcalık değil, tersine herkes

⁶⁹ KONYA 1. İdare Mahkemesi, 02/03/2005 gün, E.2004/656, K.2005/149, Yayımlanmamıştır.

⁷⁰ AYDINALP, age., s.77.

için gerekli olan hak ve adalete ulaşmanın tek yoludur⁷¹. Kişileri ve hatta kamu idarelerini yargılama görevini üstlenen hakimlere tanınan bu “yetki”nin aynı zamanda belirli bir “sorumluluk” ile birlikte olması gerektiğinde duraksama olmamış ise de, bu sorumluluğun dışına çıkılması halinde ne gibi bir yaptırımın uygulanacağı ve bunun yöntemi uygulamada ne suretle gerçekleştirileceği, tarihi bir süreç içinde farklılık arz etmiştir⁷². Yargıcın kararlarından dolayı sorumluluğu gerçekten son derece duyarlı bir konudur. Kasten yanlış karar verme durumu hariç, yargıcın kararlarından dolayı yaptırımla yüzyüze kalması bağımsızlığı konusunda çekinceler yaratır. Bu nedenle ölçü ve dengenin çok iyi kurulup korunması gerekir⁷³. Hesap verebilirlik ve şeffaflık demokrasinin temel gereklerindedir. Demokratik bir hukuk devletinde yargısal hesap verebilirlik yargıya olan saygı ve güveni arttırır⁷⁴.

Buraya kadarki değerlendirmelerden, hakimlerin yaptıkları görevin önemine binaen olağanüstü yetki ve güvencelere sahip olmaları gerektiği konusunda tam bir görüş birliği mevcut olduğu tespitini yapmak yanlış olmayacaktır. Ancak bu olağanüstü yetkinin kullanılması sırasında doğacak zararlardan sorumlu olmalı mıdır, şayet sorumlu olacaksa nereye kadar sorumlu olmalıdır noktasında birbirinin zıddı iki ana görüş mevcuttur. Bunlara bir üçüncü görüş olarak, “sorumlu olmalıdır ancak bu sorumluluk hakimi korkutmayacak tarzda sınırlı ve katı şekil koşullarına tâbi olmamalıdır” diyen görüşü ekleyebiliriz. Buna göre:hakimlerin sorumlu olması gerektiği görüşünü,hakimlerin sorumlu olmaması gerektiği görüşünü ve pozitif hukukumuzda benimsenen görüşü aşağıdaki alt başlıklar altında ayrıntılı olarak ele alacağız. Hakimlerin sorumluluğu konusundaki görüşleri ele alacak olursak:

⁷¹ ÖZEN Muharrem, **Hakimin Cezai Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.19.

⁷² AYDINALP, age, s.77.

⁷³ AKINCI, İdari Yargıda..., s.107.

⁷⁴ AKINCI, Yargı Erki..., s.93.

1- Hakimlerin Sorumlu Olması Gerektiği Görüşü

Bu doğrultudaki görüşlerin genel anlamını şu şekilde ifade etmek mümkündür: Hakimler, Anayasa'nın 138, 139 ve 140. maddeleri uyarınca, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı genel olarak hakimin hiçbir etki ve baskı altında kalmadan, objektif karar verebilmesini sağlamaya dönük müesseselerdir. Bu sebeple hakimler, bazı teminat mekanizmaları ile her türlü maddi, manevi baskıdan uzak tutulmaya çalışılmıştır. Ancak bu sebep bile, hakimlerin mutlak olarak keyfince yargılama yapıp, kararlar verebileceği anlamına gelmemektedir. Aksi takdirde hakim bağımsızlığı zamanla hakim keyfiliğine dönüşür. Hukuk Devleti ilkesinin deforme olmuş hali olan hakim Devletine yol açılmış olur. Öte yandan Türk milleti adına yetki kullanılarak yapılan her faaliyetin, yargı denetimine açık olması, hukuk devletinin gereğidir. Hakimler yargı yetkisini, ilahi bir kudret adına değil, milletin ortak kabulüyle (Anayasal Yetki – Toplum Sözleşmesi) millet adına kullanmakta olup, millete karşı sorumlu olması işin tabiatının da gereğidir.

Hakimlerin en önemli yükümlülüğü tarafsız, objektif ve adaletli olmalarıdır. Hakimlerin de insan oldukları düşünülürse, bazı kimselerin davalarına bakarken hislerinin tesiri altında kalabileceği akla gelebilir⁷⁵. Bu görüşü kabul edenlerin dayandığı temel sebepler; sorumsuzluğun keyfilik doğuracağı demokratik toplumda mutlak sorumsuzluğun olamayacağı hakimlerin verdiği zararlardan dolayı devletin de sorumlu olmaması halinde zararın karşılıksız kalacağı, bunun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı şeklinde özetlenebilir.

Doktrinde hakimlerin sorumlu olması gerektiği tezini savunan bazı görüşlere genel olarak bakacak olursak:

⁷⁵ SEVER, agm, s.2.

* “Hakimlerin görevlerinde bağımsız ve bazı teminatlara sahip olmaları onların görevlerinde mutlak bir serbestiye sahip olmaları ve görevlerinden dolayı hiçbir sorumlulukları olmadıkları şeklinde anlaşılabilir. Hakimlerin görevlerinde bağımsız ve bazı teminatlara sahip olmaları hukuk devletinin varlığı içinde ne kadar zorunlu ise, onların fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaları da hukuk devletinin yaşaması bakımından o derece zorunludur.”⁷⁶

* “Hakimin her kusurundan değil, ağır kusuru sebebiyle sorumlu tutulması gerekip, vazifesini ifa için bilmesi zaruri olan veya gözü önüne konan hukuki mefhumlara önem vermemesi neticesi olan zarardan sorumlu tutulması adalet icabındandır.”⁷⁷

* “Hakimler de birer kamu görevlisidir. Her kamu görevlisi gibi görevlerinden dolayı, görevlerinin sebep ve etkisiyle olduğu gibi görevleriyle bağlantılı olmayan kişisel kusurlarıyla verdikleri zararların tazmininden sorumlu olmaları “hukuk devleti” olmanın asgari koşuludur. Hukuka saygılı, insana sırf insan olduğu için değer veren toplumlarda bunun aksi düşünülemez.”⁷⁸

* “Hakimin kullandığı erkin niteliği gereği diğer memurlardan farklı güvencelerle donatılması onun hiç sorumluluğunun olmayacağı anlamına gelmemektedir. Gerçekten yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik güvence ve kanunlara rağmen yargılama erkini kullanan hakimin görevi nedeniyle veya kişisel suçlar işlenmesi mümkündür. Böyle bir durum sözkonusu olduğunda hakimin başta hukuki ve disiplin sorumluluğu olmak üzere cezai sorumluluğunun kabulü hukuk devletinin zorunlu bir sonucudur.”⁷⁹

⁷⁶ KILIÇOĞLU M.Ahmet, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu” AÜHFD, 1973, C.30, Sy.1-4, s.231.

⁷⁷ BELGESAY Emcet, “Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti” AÜHFD, 1955, C.XII, s.251.

⁷⁸ AYDINALP, age, s.83-84.

⁷⁹ ÖZEN, age, s.19.

* Yargıcının ödevi, koşullar ne olursa olsun mutlak namuslulukla birleşir. Hakimlerde oluşan bu güvenin tanıklığı, hakimlerin, hukukun ne olduğunun bilinmesi ve yorumlanmasına ilişkin görevlerinden kaynaklanmaktadır. Hatta bu özellik dolayısıyla hakimler için “kanunun ağzı (dili)” olduğu söylenmektedir. Hukuk ve toplumsal düzen adına son derece duyarlı bir kamu görevi gören yargıcın bu görevi sırasında gerçekleştirdiği bütün etkinlikleri hakkında “hesap verebilme” sorumluluğuna sahiptir.”⁸⁰

* Hakimlerin hukuki sorumluluğunun kaynağı şudur; Hakimler de netice olarak birer insan olmaları itibariyle, bazı nedenlerle hatalı (kusurlu) hareket edebilirler. Yasakoyucu hakimlerin bu kusurlu davranışları, kasıtlı ve ağır ihmalden doğan zararları gidermek amacıyla HUMK'nun 573. maddesinde sınırlı olarak hukuki sorumluluğu gerektiren durumları saymıştır. Esasen hakimin kusurunun bulunmadığı ahvalde sorumluluğu sözkonusu değildir. 4. HD 28.06.1955 – 124/3523 sayılı kararı da bu yöndedir.”⁸¹

Hakimlerin hukuki sorumluluğu olması gerektiğini söyleyen tüm bu görüşlerin haklı dayanakları olmakla birlikte, hiçbirinde mahzurlu yönünün dikkate alınmadığını belirtmek isteriz. Bu mahzurlar da yok sayılamayacak kadar önemli ve yine insanların adalete ulaşmasına zarar verecek türdendir. Bu mahzurları, sorumluluk aleyhine görüşlerde ayrıntılı inceleyeceğiz. Ancak hemen burada şu kadarını ifade etmek gerekir ki; sınırsız, ilkesiz ve şekil koşullarına tâbi olmayan sorumluluk da, korkak-ürkek hakimler kitlesi yaratılmasının yolunu açar. Hakim ideal adalete ulaşmaktan ziyade kendisine en az zarar verecek yöntemi ve sonucu hedefler. Bu da hem hukuk devletiyle, hem adalet ilkesiyle hem de hakimlik

⁸⁰ AKINCI, İdari Yargıda..., s.105.

⁸¹ GÜNAY, Hakimlerin..., s.19.

güvenceleriyle bağdaşmaz. Hatta bu usul zamanla, davanın taraflarınca hakimi baskı altına alma ve bertaraf etme yolu olarak kullanılır.

Bu riskleri de düşünerek, sınırlı, katı şekil koşullarına tâbi, haksız müracaatları caydırıcı müeyyideler içeren bir sistem benimsenmelidir. Nitekim inceleme konumuz olan Türk Hukuk Sisteminde hakimlerin sorumluluğu katı koşullara tâbi bir sorumluluk türüdür.

2- Hakimlerin Sorumlu Olmaması Gerektiği Görüşü

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, hakimlik mesleğinin ayrıcalıklı ve imtiyazlı yetkilerle donatılması hakimi şahıs olarak yüceltmek amacıyla değil, toplum nezdinde yüce bir değeri olan adalet idesine ulaşmada güvence yaratmaktır. Çünkü hakimin yaptığı yargısal faaliyet sebebiyle sorumlu tutulması hakimi tedirgin etmenin ötesinde, korkak, ürkek bir hakimin sağladığı adalet de eksik bir adalet olur. Bu sebeple tarihi süreç içerisinde hakimlerin hukuki sorumluluğu olmadığı gibi şimdi de olmamalıdır denilmektedir.

Başta İngiltere, Fransa, Almanya ve İtalya olmak üzere pek çok ülkede bir dönemler “Kral Asla Hata Yapmaz” (The King Can Do No Wrong) deniliyordu. Burada kamu görevlilerinin hukuk dışına taşan işlem ve eylemleri nedeniyle sorumluluktan bağışık kılınma durumu, kralın kolu olarak görülen yargıçlar için de geçerliydi⁸². Kılıçoğlu, hakimlerin hukuki sorumluluğunu reddeden görüşleri ve dayanaklarını ana hatlarıyla şöyle sıralamaktadır⁸³:

- Hakim hukuka aykırı bir karar vermiş veya harekette bulunmuş ise, nasıl olsa kanun yollarına başvurulmak suretiyle hukuka uygunluk sağlanacaktır.

⁸² AKINCI, İdari Yargıda..., s.19.

⁸³ KILIÇOĞLU, agm, s.233.

- Vereceği kararın ileride sorumluluk doğuracağını düşünen hakim adalete yabancı hislerle karar verir.

- Hakimlerin verdiği karar nedeniyle her tür kusurundan dolayı sorumlu tutulmaları, bu mesleği çekilmez hale getirir.

- Sorumlu tutulacağı korkusu hakimi lüzumsuz şekilde ihtiyat ve dikkate sevkeder; bu ise adaletin sürat ve az masrafla icrasına engel olur.

- Hakimlerin hukuken sorumlu tutulmaları iyi hakim bulmayı güçleştirir.

Doktrinde hakimlerin sorumlu olmaması gerektiği tezini savunan bazı doktrinler görüşler aşağıya aktarılmıştır:

* “Diğer kamu hizmetlerinin aksine hakimlerin vermiş oldukları kararlar ve yargılama faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmamaları ana kuralı teşkil etmektedir. Halbuki hakimlerin adalet hizmetindeki yargılama faaliyetleri sebebiyle gösterilecek hizmet kusuruna dayanılmak suretiyle devletin sorumlu tutulmasına ve tazminat davası açılması cihetine gidilemez. Bu husus kamu hukukunda genel kuralı teşkil eder. Aksi takdirde hakimın çözümlediği davada kusuru olduğu iddia edilebilir. Karardan memnun olmayan taraf veya taraflar hakimın şahsi veya hizmet kusuru olduğunu iddia ederek hakim aleyhine veya devlet aleyhine tazminat davası açabilirler. Bu durum ise yargı hizmetinin işlemlerini imkansız hale getirebilir.”⁸⁴

* “Yargıcın kararlarında çekinmemesi ve duraksamaması böyle bir ruhsal durum ile tarafsızlığını bozmaması, yalnız hukuka bağlı kalarak adil karar vermesini sağlamak, sorumluluğunu özel bir düzene bağlı tutma zorunluluğu vardır.”⁸⁵

⁸⁴ ÖZDEŞ Orhan, ” Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet” D.D. 1971, Sy.2, s.9.

⁸⁵ GÜNAY, Hakim-Savcı-Avukat..., s.67.

* “Hakim kendi aleyhine tazminat yoluna başvurulacağını hissettiği anda taraf lehine meyledebilir. Tüm bu sakıncaların önlenmesi hakimin sorumlu tutulmasından daha önemlidir.”⁸⁶

* Belgesay'ın naklettiği bir görüşe göre de, “Hakimin yarı ömrünü hüküm vermekle yarı ömrünü de zamanla intikam hissi çoğalan eski mahkumların cezalarını çektikten sonra vara yoğa açacakları tazminat ve ceza davalarına karşı kendisini müdafa ile geçirmesi doğru olmaz.”⁸⁷

Bu düşüncelerin de genel olarak ortak noktasını şu şekilde özetlemek mümkündür: Hakimin sorumlu tutulması özellikle de gevşek bir sorumluluk sisteminin benimsenmesi, hakimi çekingen ve görev yapamaz hale getirir. Tazminat ihtimali hakimi adaletten uzaklaştırır, hatta taraflarca hakimi bertaraf etme yoluna dönüşebilir.

Elbette bu düşüncenin de vazgeçilemeyecek derecede dayanakları vardır. Ancak, hukuk devleti, devletin tüm unsurlarıyla hesap verebilmesini gerektirir. Hesap vermeyen, denetlenemeyen, zararlardan sorumlu tutulamayan bir devlet unsuru (hakimler olsa bile) zamanla keyfilik alanına dönüşebilir ve sunulan adalet hizmetinin de kalitesinin düşmesine sebep olur. Bu sebeple sorumluluk aleyhine söylenen düşünceler haklı olmakla birlikte koşulsuz sorumsuzluk hali hiçbir gerekçe ile hukuk devletinde meşru kabul edilemez.

3-Pozitif Hukukumuzda Benimsenen Görüş

Hukuk sistemimizde sorumluluğun anayasal temeli Anayasanın 2, 40/3, 125/son ve 129/5. maddelere dayanmaktadır. Bunlardan 2. madde, hukuk devleti ilkesi gereği dolaylı yoldan sorumluluğa zemin hazırlamaktadır. 125/son ve 129/5.

⁸⁶ DERE, agm, s.71.

⁸⁷ BELGESAY, agm, s.249.

maddeleri ise, daha ziyade idarenin sorumluluğunu düzenlemiştir. Ancak 40/3. md.ise genel olarak devletin sorumluluğunu düzenlemekte olup, hakimlerin sorumluluğunun bu maddeye dayanıp dayanmadığı doktrinde tartışmalıdır. Tam bu noktada hemen şunu belirtmekte fayda var, bu tartışma daha ziyade 1086 Sayılı HUMK'nun uygulandığı dönem için geçerlidir. Nitekim bu dönemde ağırlıklı görüş, hakimlerin sorumluluğunun bu maddeye dayanmadığı şeklindedir. HUMK'nun yerini alacak olan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hakimlerin sorumluluğunu 40/3 ve 129/5. maddeye dayandırmıştır.

6100 Sayılı (HMK) Kanun yürürlüğe girinceye kadar 1086 Sayılı (HUMK) Kanun yürürlükte olup mevcut sistemimizi her iki yasa yönünden ele almakta fayda bulunmaktadır. Kaldı ki yeni yasa bazı anlayış farkları ve sorumlulukta ilk sujeyi değiştirirse de sorumluluk sistemi ve sebepleri yönünden hemen hemen eski anlayışı korumuştur.

6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar 1086 Sayılı Kanun uygulanacak iken bu sefer 6110 Sayılı Kanun hukuki sorumluluk rejimine yeni ilkeler getirmiş ve bu ilkelerin bu kanunun yayımıyla birlikte (14/02/2011) uygulanmasını öngörmüştür. Nitekim 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarda da hakimin hukuki sorumluluğu benimsenmiş olmakla birlikte “katı” bir sorumluluk sistemi benimsenmiştir.

Pozitif hukukumuzdaki düzenlemeyi, 1086, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar yönünden birlikte ele almak gerekir.

Bu bağlamda mevcut sistemimizin, hakimlerin hukuki sorumluluğunu ele alış şeklini değerlendirecek olursak:

Hakimlerin hukuki sorumluluğu, kanun düzeyinde HUMK’un 573. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun yanında, bazı istisnai uygulamalar yönünden CMK’un 141 ve devamı maddelerinde özel olarak ceza hakimleri yönünden de sorumluluk halleri düzenlenmiş olup, CMK'nun yürürlüğünden sonra HUMK hükümlerinin ceza hakimleri yönünden uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmalıdır. Nitekim bu konuyu alt başlıklarda ayrıca ele alacağız.

Medeni Usul Kanunumuz hakimin hukuki sorumluluğunun leh ve aleyhinde ileri sürülen görüşleri nazara alarak ortalama bir yoldan hareket etmiş ve hakimin hukuken sorumlu tutulmasını gerektiren halleri 573. maddesinde 7 bend halinde tahdidi olarak saymış, ayrıca hakimi himaye amacı ile bu çeşit tazminat davalarını ayrı bir usule tabi tutmuştur⁸⁸.

HUMK'un 573 ve devamı maddeleri incelenince, öncelikle sorumluluk sebeplerinin 7 madde halinde kesin olarak sayıldığı, hemen hepsinde hakimin hukuken sorumluluğu için ağır kusur veya kast şeklinde bir kusurlu hareketin şart kılındığı⁸⁹, özel vekalet gerektiği, dilekçe için özel şekil koşulları getirildiği, hakim talep etmese bile lehine tazminata hükmedileceği, haksız çıkan davacıya para cezası verileceği şeklinde katı koşullara bağlandığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak öncelikle hukuk sistemimizin hakimin hukuki sorumluluğunu kabul ettiğini, isabetli olarak da yeterliği tartışılabilirse de gevşek bir sorumluluk sistemi yerine katı bir sorumluluk sistemini kabul ettiğini söyleyebiliriz.

Katı şekil şartının sebebi ve bu koşulların kamu düzenine ilişkin olduğu hususu Yargıtay HGK'nun 03/04/1974 gün ve 178/322 sayılı kararında şu şekilde vurgulanmıştır: *“Yargıçların sorumluluğuna ilişkin özel usul hükümleri 573. maddedeki ağır iddiaların dayanaksız ve hukuk dışı amaçlarda ileri sürülerek onların kamu önündeki saygınlıklarının zedelenmesini önleyici, aynı zamanda görevlerini huzur içinde yapmalarını sağlayıcı kurallardır. Bu bakımdan, kamu düzeninin koruma amacını gütmesi nedeniyle yargılamanın her aşamasında bu hususun mahkemece kendiliğinden gözönünde tutulması gerekir.”*⁹⁰

⁸⁸ Berkin Necmeddin'den Aktaran: KILIÇOĞLU, agm, s.237.

⁸⁹ KILIÇOĞLU, agm, s.235.

⁹⁰ YHGK,3.4.1974,178/322 , Aktaran:GÜNAY, Hakim-Savcı-..., s.71.

Nitekim 6100 Sayılı HMK'nun 46. ve devamı maddelerinde hakimlerin hukuki sorumluluğu düzenlenirken de aynı katı sorumluluk hali esas alınmıştır. Burada 7 yerine 6 sebebe yer verilmiş, katılığı artırıcı özellik olarak öncelikle devlete karşı dava açılması kuralı getirilmiş ve bilahare hakime rücu edilmesi düzenlenmiş (46.md.) dilekçede sebebin ve delillerin açıkça belirtilmesi koşulu getirilmiş ancak, eksiklik halinde doğrudan dilekçenin reddedilmesi ve özel vekalet koşulu kaldırılmıştır (48/1.md.) Bu sistemde hakim doğrudan davalı olmayıp Devlet davalı olduğundan, hakime ihbar koşuluna yer verilmiş (48/2.md.) ve davanın reddi halinde hakim lehine tazminata hükmetme kuralı kaldırılmıştır. Buna karşın haksız davaları caydırmak adına, davanın reddi halinde, davacıya beyşüz liradan beşbin liraya kadar disiplin para cezası verileceği hükmü düzenlenmiştir. Katılığı arttıran bir başka husus ise 6110 Sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Buna göre; kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakimin şahsı aleyhine doğrudan tazminat davası açılmaz.

Hakimlerin hukuki sorumluluğu konusunda bizim görüşümüz ise, katı sorumluluk sistemi yönündedir. Çünkü sınırsız ve koşulsuz sorumluluğun ürkek-korkak hakimler yaratacağı, bunun da sunulan hizmet kalitesini düşüreceğini, tazminat yolunu tarafların hakimi bertaraf etme aracına dönüştüreceğini düşünmekteyiz. Buna karşın istisnasız sorumsuzluk halinin ise hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağını, sorumsuzluğun zamanla hakim keyfiliğine dönüşeceği, hakimleri özensizliğe sevkedeceğini düşünmekteyiz. Bu sebeple hakimlerin hukuki sorumluluğu olmalı ancak çok katı şekil koşullarına tabi olup haksız açılan davaları caydırmak adına müeyyideler içermelidir.

Nitekim mevcut hukuk sistemimiz (HUMK ve HMK) bazı eksikliklerine rağmen katı sorumluluk halini benimsemiştir. Bu noktada HMK'daki düzenlemede; dilekçe şekil şartlarının hafifletilmesini, özel vekalet koşulunun kaldırılmasını, eskiye göre bir eksiklik olarak görmekteyiz. Ancak HMK ile doğrudan hakim yerine öncelikle Devlet aleyhine dava yolunun benimsenmesi, hem Anayasa 40/3. maddesiyle paralellik sağlamış hem de davacı ve hakim lehine güvence sağlamıştır. Ancak, hakimlik mesleğinin yukarıda ayrıntılı bahsettiğimiz hassasiyetleri sebebiyle bizce diğer memurlardan farklı olarak, tazminat davasının açılmasının izne

bağlanması veya rücu davasının HSYK'nın onayıyla açılabilmesi usulü benimsenmeliydi.

II- HAKİMLERİN SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

Yukarıdaki bölümlerde hakimlere olağanüstü yetkiler ve ayrıcalıklar tanındığını bunun sebebinin ise adaleti en sağlıklı şekilde sağlayacak ortamın sunulması olduğunu ancak buna rağmen sınırsız sorumsuz bir hakimlik anlayışının da hukuk devleti ile bağdaşmadığı gibi dolaylı olarak adaletin kalitesine de zarar vereceğini belirtmiştik. Çünkü sınırsız sorumsuzluk, zamanla tanınan imtiyazları hakimin şahsi gücüne ve hakim keyfiliğine dönüştürür. Bu da hakimler devletine giden yolu açar.

Yargıya tanınan bağımsızlık ve teminatların bir imtiyaz olmadığını Anayasa Mahkemesi bir kararında ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, *“Hakimlik teminatı, hakimleri korumak için değil, yargı organını bağımsızlığa kavuşturmak yoluyla adaletin gerçekleştirilmesini sağlamak için kabul edildiğini”* ifade etmiştir⁹¹. Mesleğin sağlıklı icrası için tanınan ayrıcalıkların kişisel güce ve keyfiliğe dönüşmemesi için hakimler için de sorumluluk halleri öngörülmüştür.

Kanunlarımız yargıçlar için üç tür sorumluluk öngörmüştür. Bunlar disiplin sorumluluğu, hukuki sorumluluk ve ceza sorumluluğudur⁹².

A- DİSİPLİN SORUMLULUĞU

Disiplin sorumluluğu, hakimin disiplin cezasını gerektiren bir fiilinden dolayı idare hukuku esaslarına göre bir disiplin cezasına mahkum edilebilmesidir⁹³. Hakimler, netice olarak bir kamu görevlisi olup, elbette yaptıkları görevin uyulması gereken kuralları vardır. Bu kuralların varolma sebebi; hakimleri başka kişi veya

⁹¹ DEMİRKOL Ferman, *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1991, s.135.

⁹² ÖNEN Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.16.

⁹³ DERE, agm, s.71.

kurumların denetimi altına almak olmayıp, yine hakimlik mesleğinin en iyi şekilde icra edilmesini sağlamaya dönüktür. Bağımsızlık yargısal faaliyet ve karar neticesiyle ilgili olup, bağımsızlığın keyfiliğe dönüşmemesi için önceden belirlenen meslek kurallarına uygun davranmak gerekir. Aksi takdirde, her hakimin kendi doğrularına göre meslek icrası sözkonusu olur. Bu da hakimlik mesleğinde bir belirsizlik hatta güvensizlik yaratır. Bunu önlemek için, hakimler için özel yasalarında, uyulması gereken meslek kuralları ve bunların ihlali halinde uygulanacak disiplin cezaları belirlenmiştir.

Hakimlerin disiplin sorumluluğunun Anayasal temeli AY'nın 140. ve 144. maddeleridir. Hakimlerin hangi disiplin suçlarından dolayı, hangi disiplin cezalarının nasıl verileceği HSK'nın 62-81.md.lerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Ancak, hakimler hakkında disiplin soruşturması yapılması ve onlara disiplin cezası verilmesi HSYK'na aittir⁹⁴. Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 62. maddesine göre hakimlere; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca öngörülen disiplin cezalarından biri verilir. Bunlar, uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme, meslekten çıkarma cezalarıdır⁹⁵. Bu ceza türlerinin nitelikleri kısaca belirtilecek olursa:⁹⁶

* Uyarma cezası; hakim ve savcının görevde daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile kendisine bildirilmesidir. Bu ceza disiplin açısından çok ağır netice doğurmamakla beraber kamu hizmetinin işleyişi açısından daha dikkatli davranmayı gerektiren fiillerin işlenmesi halinde uygulanır.

⁹⁴ KURU, ARSLAN, YILMAZ, age, s.98.

⁹⁵ KIRMAZ Birol, **Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.282.

⁹⁶ KIRMAZ, age, s.297-298-299-300; ÖZEN, age, s.163.

* Aylıktan kesme cezası; izinsiz veya kabul edilir mazereti olmaksızın göreve (bir veya iki gün) gelmeyenlerin aylıklarından her gün için bir günlüğünün kesilmesidir.

* Kınama; belli bir eylem veya davranışın kusurlu sayıldığıнын yasayla ilgiliye bildirilmesidir.

* Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası; ilgilinin bulunduğu kademedeki ilerlemesinin bir yıl süreyle durdurulmasıdır.

* Derece yükselmesinin durdurulması; ilgilinin bir üst dereceye yükselmesinin iki yıl süre ile durdurulmasıdır.

* Yer değiştirme cezası; bulunulan bölgenin en az bir derece altındaki bir bölgeye o bölgedeki asgari hizmet süresi kadar kalmak üzere atanmak suretiyle görev yerinin değiştirilmesidir.

* Meslekten çıkarma cezası, bir daha mesleğe alınmamak üzere göreve son verilmesidir. Bu cezayı gerektiren haller şikayet edilenin meslekte kalmasını engelleyen boyutlara varmış ve tek çözüm olarak ilgilinin meslekten çıkarılması gerekmiştir.

Bir disiplin cezası olmamakla birlikte tedbir niteliğinde olan ve tüm kamu görevlileri için uygulanan görevden uzaklaştırma müeyyidesini de belirtmek gerekir. Buna göre hakim (veya kamu görevlisi) soruşturmanın selameti ve delillerin karartılmasının önlenmesi için bir süre veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar görevden uzaklaştırılır. Bu zaman zarfında, göreviyle ilgili hiçbir yetki kullanmadığı gibi aylık ve ödeneklerinin üçte ikisini alır. Siciline etki eden bir ceza almamakla birlikte doğurduğu netice ve itibar kaybı anlamında bu müeyyidenin de ağır bir ceza olduğunu söylemek lazım. Hatta doğurduğu netice yüzünden yukarıdaki cezaların ilk beşinden daha ağırdır. Bu ilk beş ceza büyük oranda dışarıdan veya meslek camiası tarafından bilinmez ve itibar kaybı alenileşmez. Ancak görevden uzaklaştırma aleni olduğu için, soruşturma sonrasında aklansa bile itibar kaybının telafisi olanaksızdır.

Hakimlerin gerek birinci sınıfa ayrılmalarında, gerekse yüksek mahkemelere seçilmelerinde disiplin cezaları büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir uyarma veya

kınama cezası dahi hakimin mesleki geleceğinde etken olabilmektedir. 2802 Sayılı Kanun hükümlerine tâbi olan adli yargı hakimleri; ceza mahkemesi hakimleri, hukuk mahkemesi hakimleri ve Yargıtay bünyesinde görev yapan tetkik hakimleri ile Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda idari görevlerde bulunan hakimlerdir (HSK'nın 3/a-1.md.leri) İdari yargı hakimi kategorisine ise; Vergi Mahkemesi, İdare Mahkemesi ve Bölge İdare Mahkemesi hakimleri ile Danıştay tetkik hakimleri ve idari yargıda bulunan ve fakat Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda idari görevlerde görev yapan hakimler dahildir (HSK'nın 3/a-2md.leri).⁹⁷

Bu cezaların tümüne karşı yakın zamana kadar yargı yoluna başvurulamamakta idi. Ancak 07/05/2010 gün ve 5982 Sayılı Kanun ile Anayasada yapılan değişiklik ile meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkı getirilmiştir. Yine Anayasanın 144. maddesi uyarınca, hakimler hakkında disiplin cezası dayanağı olan inceleme ve soruşturma Adalet Bakanlığı'nın izni ile adalet müfettişlerince yapılır. Bakanlık soruşturma ve incelemeyi ilgili hakimden daha kıdemli bir hakim eliyle de yaptırabilir. Nitekim uygulamada incelemeler ve basit soruşturmalar, Adalet Komisyonu Başkanları, Bölge İdare Mahkemesi Başkanları ve Başsavcılar tarafından yapılmaktadır. Adalet müfettişlerinin Adalet Bakanlığı'na bağlı olması, yargı bağımsızlığı yönünden dile getirilen eleştirilerin başında gelmekte idi. 5982 Sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin kanun ile, bu duruma son verilmiş ve Adalet müfettişleri HSYK'na bağlanmıştır. Disiplin cezalarından sadece meslekten çıkarma cezasına yargı yolunun açılıp diğer cezaların yargı denetimi dışında bırakılması, olumlu fakat eksik bir iyileştirme dir.

Son olarak, hakimlerin verdiği kararlardan hoşnut olmayan veya bir soruşturma tehdidi ile hakimleri etki altında bırakmak amacıyla dilekçe veren kişilerin şikayetleri kapsamında başlatılan incelemeler hakimleri tedirgin etmekte ve

⁹⁷ ÖZEN, age, s.163.

onların karar verme hürriyetlerini, üzerinde baskı yaratarak çalışma şevk ve arzularını olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Nitekim bu konuda istatistiki bir veri, şikayet furçasının boyutu hakkında bilgi vermektedir:

“... Son bir yıl içinde yıllık ortalama 3500-4000 hakim savcı şikayeti gelmiş, bu şikayetler incelendikten sonra 2000 yılında 230, 2001 yılında 316, 2002 yılında 296, 2003 yılında 233, 2004 yılında ilk dokuz aylık dönemde ise 140 dosyanın Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'na disiplin yönünden sevkine karar verilmiştir... Üzülerek belirtmek gerekir ki ülkemizde hakim ve savcılar çok kolay bir şekilde şikayet edilmekte, hatta isimsiz ve imzasız ihbar mektupları bile soruşturma konusu yapılabilmekte, asılsız şikayette bulunanlara yönelik müeyyideler uygulamada işletilememektedir.”⁹⁸

Yukarıdaki istatistiki bilgiler de göstermektedir ki, disiplin sorumluluğu hakimler için tedirgin edici boyuttadır. Hali hazırda Türkiye'de hakim sayısının 12.000 civarında olduğu düşünülürse, yılda 4000 civarında hakim şikayetinin olması, her yıl tüm hakimlerin üçte birinin şikayete maruz kaldığı sonucu doğmaktadır. Bu ise, çok ciddi bir orandır. Hukuk devletinin hesap verebilirlik yönünü aktif hale getirirken, adalet dağıtıcılarını bu şekilde tedirgin ederek yine sunulan adaletin kalitesinde düşüşe sebep olunmaktadır.

Bunu önlemek için, şikayet usulünün de ciddi şekil koşullarına tâbi tutulması ve haksız şikayetleri caydırıcı müeyyideler konulması gerekir. Hatta soruşturmalarda aklanan hakimlerin meslek platformlarında aklandığının alenileştirilmesi mekanizmasının oluşturulmasının, soruşturma ile yıpranan hakimın itibarının iadesini sağlayacağını düşünmekteyiz.

⁹⁸ OKUR, agm, s.6.

B- CEZAI SORUMLULUK

Hakimlere, toplumun emanet ettiği “yargılama” yetkisini kullanırken hiçbir etki ve baskıya maruz kalmaması diye imtiyazlar verilmiş ve koruma sağlanmıştır. Ancak neticede hakim de bir insandır ve özellikle de verilen imtiyazlar ve sağlanan gücün de etkisiyle hukuk dışı iş ve ilişkiler içine girip suç işleyebilir. Adaleti temsil eden Temis figüründe tanrıçanın gözleri kapalıdır tarafları görüp etkilenmesin diye, bir elinde kılıç vardır tereddüt etmesin diye, diğer elinde terazi vardır adil karar versin diye. Hakimler de bir an insani zafiyetler gösterip, gözünü bir taraf lehine açabilir, teraziyi bir taraf lehine dengesiz tutabilir, kılıcı bir taraf lehine veya aleyhine gereksiz kullanır veya kullanmayabilir. Nitekim günlük hayatta istisnai de olsa bunun örnekleri görülmektedir⁹⁹.

Bağımsızlık ve hesap verme arasında bir çatışma olamaz; bunlar özünde birbirini bütünler. Yargıda bağımsızlık ve hesap verebilirlik bağdaştığı ölçüde naif bir kurumsal “değer” olarak adalet saygınlık kazanır¹⁰⁰. Hakimlerin hukuki sorumluluğu olmalı mı olmamalı mı tartışmanın cezai sorumluluk yönünden olmadığı görülmektedir. Ancak diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi hakimlerin de görev suçlarından dolayı soruşturmaları 2802 sayılı yasanın 82. ile 98. maddelerinde özel bir usule tâbi tutulmuştur¹⁰¹. Hakimler ve Cumhuriyet Savcılarının görev suçlarından doğrudan yani izin alınmadan savcılar ya da zabıta tarafından soruşturma

⁹⁹ 08/12/2010 tarihli **Vatan Gazetesi** haberine göre, “Uyuşturucu baronlarıyla adliyedeki odasında görüşme yapan Ağır Ceza Reisinin görüşmesini özel yetkili savcı tespit etti.”

¹⁰⁰ AKINCI, Yargı Erki..., s.97.

¹⁰¹ 2802 S.K. Madde 82: “Hakim ve savcılarının görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırılabilir. Soruşturma ile görevlendirilen hakim ve savcılar, adalet müfettişlerinin 101 inci maddedeki yetkilerini haizdirler.”

yapılması mümkün değildir. Bu tür bir suçun işlendiği haber alınınca ancak yitirilmesinden korkulan ve gecikme halinde zarar doğacak deliller toplanabilir¹⁰².

Hakim gerçekleştirdiği hukuka aykırı bir eylem, doğrudan doğruya mahkeme tarafından yargı faaliyeti kapsamında yürütülen bir yargılama ve hakimlik görevinden kaynaklanabileceği gibi, yargı görevi sırasında da işlenebilen kişisel bir suç şeklinde de olabilir¹⁰³.

Anayasamız, cezai sorumluluk yönünden tüm kamu görevlileri için izin sistemini benimsemiştir. Nitekim AY'nın 129/son maddesi uyarınca¹⁰⁴; Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin işledikleri iddia olunan suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması kanunun gösterdiği merciin iznine bağlıdır. Anayasanın bu hükmü gereği, 02.12.1999 tarihine kadar 1329 tarihli Memurin Muhatematı Hakkında Kanunu Muvakkat uygulanmıştır. Yürütme organı içinde görev yapan kamu görevlileri bu kanuna tâbi olmuştur. 02.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 Sayılı Kanun ile muvakkat kanun yürürlükten kaldırılmış ve halen 4483 Sayılı Kanun uygulanmaktadır. Hakimlerin, her iki kanunun da kapsamı dışında olduğu tartışmasızdır. Ancak AY'nın 129/son maddesinde ifade edilen "...diğer kamu görevlileri" ifadesinin hakimleri de kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Nitekim Anayasanın 140/2 ve 144. maddelerinde hakimlerin soruşturma ve yargılama usulünün "Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre" kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle Anayasanın 129/son maddesinin cezai sorumluluk yönünden hakimleri kapsayıp kapsamadığı tartışması anlamsızlaşmıştır.

¹⁰² GÜNAY, Hakim-Savcı..., s.24.

¹⁰³ DEMİR Mehmet, "Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Tazminat Davası" Erzincan HFD, CİLT VII, Sy.3-4, s.809.

¹⁰⁴ Anayasa, Madde 129/Son: "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır."

Bu Anayasal direktifler doğrultusunda hakimlerin görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi her derece hakim için aynı düzenlenmiştir. Gerçekten kanun koyucu adli ve idari yargıda görev yapan hakimler ile yüksek mahkemelerin başkan ve üyelerinin ceza sorumluluğu koşullarını ilk derece mahkemesi hakimlerinden farklı kurallara bağlamıştır. İlk derece hakimleri olan adli ve idari yargıda görev yapan hakimlerin ceza sorumlulukları 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 82. İla 98. maddelerinde düzenlenmiştir.

“01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı yeni TCK'nun “tanımlar” yan başlıklı b/1-c maddesi, memur tanımını değiştirmiştir. Bunun anlamı, yeni TCK'da “kamu görevlisi” kavramına hakimler de dahildir¹⁰⁵.

Kanununun 247-266. maddeleri “Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar” başlığı altında toplanmıştır. Bunlardan zimmet suçu (207.md.), irtikap suçu (250.md), rüşvet suçu (252.md.), görevi kötüye kullanma suçu (258.md.), kamu görevlisinin ticareti suçu (259.md), kamu görevinin terki veya yapılmaması suçu (260.md) nitelik itibariyle hakimler tarafından da işlenebilecek suçlardandır.

Yeni TCK'da yargısal görevleri nedeniyle sadece hakimler tarafından işlenebilecek suçlara ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Bu anlamda, yeni TCK'nun hakimlerin cezai sorumluluğunu daralttığı söylenebilir.”¹⁰⁶

Hakimlik mesleği bir nevi “sosyal perhiz” gerektiren bir meslektir. Nasıl ki sağlığımız için bazen, çok sevdiğimiz halde keyif aldığımız gıdaları alamıyorsak, toplumun beklentileri ve hakimlik mesleğinin olmazsa olmazı olan tarafsızlık görüntüsüne zarar vermemek için çok arzulansa da her yere girilip çıkılamaz,

¹⁰⁵ ÖZEN, age, s.257.

¹⁰⁶ ÇAĞLAR, agm, s.709.

herkesle ahbaplık edilemez. Nitekim, bu ilkedeki özensizlik, hakimin cezai sorumluluğunu gerektiren yolların başlangıcı olabilir. Cezai sorumlulukla ilgili kamu görevlilerine getirilen ayrıcalık (izin sistemi) diğer kamu görevlileri yönünden eleştirilmekle birlikte hakimler yönünden eleştiri almamaktadır. Çünkü hakimlerin yaptığı görevin hassasiyeti gereği bu ayrıcalığın gerekli olduğu düşüncesi genel kabul görmektedir. Hakimlerin de bu teveccühe layık olmak üzere sosyal perhiz ilkesinde hassasiyet göstermeleri gerekir.

C- HUKUKİ SORUMLULUK

Hakimlerin bir diğer sorumluluk türü de hukuki sorumluluk olup, buna üçüncü kişilere verdikleri zararlardan tazmin sorumluluğu da diyebiliriz. Hakimlerin sorumlulukları arasında en çok tartışılan sorumluluk türü budur. Hakimlerin gerek şahsi gerek mesleki yönden suç işlemesi halinde bunun cezasını çekmesi yani cezai sorumluluğu olması veya meslek suçu sebebiyle disiplin sorumluluğu olması, pek tartışma konusu olmamaktadır. Ancak, mesleki faaliyet sebebiyle verdiği zararı tazmin konusunda, lehe ve aleyhe yukarıda ayrıntılı belirttiğimiz üzere çok güçlü görüşler ileri sürülmektedir. Yine yukarıda belirttiğimiz gibi bizim hukuk sistemimiz (1608, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar) sorumluluğu kabul etmiş olup, katı koşullara bağlamıştır.

Hakimlerin hukuki sorumluluğunun Anayasal zeminini Anayasa'nın 40/3. ve 129/5. maddelerinin oluşturduğunu düşünmekteyiz. Ancak, hemen şunu belirtmek gerekir ki, bu düşünce gerek doktrinde gerekse Yargıtay'da büyük oranda kabul görmemektedir. Örneğin Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında; Anayasanın 40/3. ve 129/5. maddelerindeki düzenlemeyi ifade ettikten sonra, bu hükümlere göre kamu görevlilerinin görev kusuru ve şahsi kusur sorumluluğunu belirtmiş ve devamlı Anayasanın 138. maddesinde düzenlenen hakim bağımsızlığını vurgulamıştır. Bu

açıklamalardan sonra hakimlerin hukuki sorumluluğunun zeminini şu şekilde tespit etmiştir: “...*Bunun bir sonucu olarak, Anayasa'nın 129/5. ve 40/3. maddelerindeki Devletin sorumluluğu; Yargısal faaliyetler bakımından sözkonusu değildir. Ancak, hakimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacakları anlamına gelmez. Bu nedenle HUMK'nun 573. ve devamı maddelerinde hakimlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir.*”¹⁰⁷ Bu gerekçeyi şu şekilde eleştirmek mümkündür: Anayasal temeli-dayanağı olmayan bir sorumluluk sistemi yasa ile getirilirse normlar hiyerarşisine aykırı olur. Ya da başka bir ifade ile kamu görevlilerinin sorumluluğuna dair iki açık Anayasa hükmü var iken, hakimlerin sorumluluğunun bu hükümlere dayalı olamayacağını söyleyip yasal düzenlemeyi dayanak göstermek, Anayasal temeli olmayan sorumluluk gibi hukuk dışı bir müessesenin varlığına yol açar.

Nitekim, 6100 Sayılı Yasanın, genel gerekçesinde ve 51. madde gerekçesinde, “Anayasamızın 129'ncü maddesinin beşinci fıkrasına uygun bir düzenleme yapılmıştır” cümlesine yer verilmiştir. Böylelikle, hakimlerin hukuki sorumluluğunun Anayasal zemininin Anayasanın 129/5. maddesi olduğu (6100 Sayılı Kanunda) vurgulanmıştır. Oysa 129/5. maddede davanın “idare” aleyhine açılacağı düzenlenmiş olup, Devletin sorumluluğunu karşılamamaktadır. Ancak AY'nın 40/3. maddesinde Devletin sorumluluğu düzenlenmiş olup, 6100 Sayılı Kanunun, sorumlulukla ilgili Anayasal dayanağı 40/3. madde olarak belirtilmeliydi.

Anayasal zemini ne olursa olsun, hukuk sisteminde hakimlerin hukuki sorumluluğu kabul edilmiş olup, sorumluluk gerektiren fiil değişik şekillerde tezahür edebilir. Sorumluluk:

* Hakim in haksız fiilinden kaynaklanabilir,

¹⁰⁷ Yargıtay 4HD, 08/06/2010, E.2009/16, K.2010/11, Yayımlanmamıştır.

* Hakimın yargısal faaliyetinden kaynaklanabilir,

* Hakimın idari faaliyetinden kaynaklanabilir.

Tazmin sorumluluğu hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, sorumluluğun genel koşullarına tâbidir. Buna göre tazminat davası açılabilmesi için, tazminat talebinde bulunan davacının, hakimın fiilinden dolayı zarar görmüş olması, bu zarar ile hakimın fiili arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir¹⁰⁸. Bu unsurları Kılıçoğlu şu şekilde sıralamaktadır:¹⁰⁹

* Sorumluluğu gerektiren hukuka aykırı bir halin varlığı,

* Kusur,

* Zarar,

* İliyet bağı.

Sorumluluğun ortak unsurları bunlar olmakla birlikte, sorumluluğun sebebine göre, açılacak davanın türü, yasal dayanağı ve davanın sujesi değişir:

- Zarar hakimın haksız fiili sebebiyle meydana gelmişse; BK'nın 41.maddesinde düzenlenen hükümlere göre hareket edilir. Bu durumda dava doğrudan hakimın şahsına karşı açılır. Hakim şayet kasten ya da ağır ihmalle davanın taraflarına bir zarar vermişse bu halde "haksız fiil"de bulunmuş demektir ve sorumluluğun kaynağı da Borçlar Kanunu'nun 41. vd. hükümleridir¹¹⁰.

- Zarar, yargısal görev sebebiyle meydana gelmişse ve fiil yasada sayılan hallerden birisine giriyorsa, dava, HUMK'da belirlenen usule göre görülür. Bu durumda davanın sujesi 1086 Sayılı Kanun'a göre doğrudan hakim iken 6100 Sayılı

¹⁰⁸ KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir Yayınları, İstanbul 2001, Cilt VI, s.5841.

¹⁰⁹ KILIÇOĞLU, agm, s.242 vd.

¹¹⁰ AYDINALP, age, s.91.

Yasa ile öncelikle Devlete karşı dava açma usulü benimsenmiştir. Bu halde, her iki yasa uyarınca da, fiilin yasada sayılanlardan birisine girmesi gerekir. Zarara sebep olan bir fiil olduğu halde, yasada sayılan fiillere uymuyorsa haksız fiil hali geçerli olur. Örneğin Yargıtay bir kararında, “...davacının dava konusu edilen eylemi hakimlerin hakimlik görevi ile ilgili olmadığı gibi yargısal çalışmalarını nedeniyle vermiş oldukları kararlarla da ilgili değildir. Bu durumda eldeki dava HUMK’un 573 maddesi kapsamında değerlendirilemez. Dava Borçlar Kanunu’nun 41. maddesine göre davalının haksız eylemine dayalı açılmış olduğundan genel hükümlere göre incelenmelidir” şeklinde hüküm kurmuştur¹¹¹. Bu durumda dava ve tazminat koşulları özel koşullara tâbi olmayıp herkes için geçerli olan usule tâbidir.

- Zarar, hakim görevi sırasında meydana gelmekle birlikte, bu görev hakim idari görevi olabilir. Yine burada da ikili bir durum söz konusudur: İdari görev sırasındaki zarar hizmet kusurundan kaynaklanabileceği gibi kişisel kusurdan da kaynaklanabilir. Bu durumda, hakimler idari yönden Adalet Bakanlığı’na bağlı olduklarından, hizmet kusuru ile ilgili olarak Adalet Bakanlığı’na karşı idari yargıda tamyargı davası açılabilir. İdari faaliyetten doğan zararın kişisel kusura dayanması durumunda ise, hakime karşı haksız eylem hükümlerine (BK 41.md. vd.) göre adliye (hukuk) mahkemelerinde tazminat davası açılabilir¹¹². Anayasanın 40/3. ve 129/5. maddeleri karşısında, şahsi kusur sebebiyle doğrudan kamu görevlilerine karşı dava açılabilmesi görüşünü kabul etmek mümkün değildir. Anayasanın kesin ve net olarak istisnasız 1. derece Devletin sorumluluğunu düzenlemesine rağmen, doktrin ve yargı tarafından kişisel kusur ağır kast gibi hallerde şahsi sorumluluk hali kabul edilmiştir.

¹¹¹ Yargıtay 4HD, 03/10/2005, E.2005/11019, K.2005/10106.

¹¹² Yargıtay 4HD, 24/12/1996, 5036/12614, Aktaran: GÜNAY, Hakimlerin..., s.18.

Atay'a göre aşağıdaki dört durumun varlığı halinde kişisel kusurun olduğı kabul edilmektedir.¹¹³

- Kamu görevlileri ve memurların suç niteliğindeki tutum ve davranışları,
- Yargı kararlarına uymama,
- Kamu görevlileri ve memurların kötü niyetli davranmaları,
- Ağır kusurlar.

Hakimlerin idari görevleri sebebiyle açılacak davalarda da bu kriterler gözönüne alınacaktır.

Yukarıda sayılan hususlar 1086 ve 6100 Sayılı Kanunlar yönünden geçerli olup 6110 Sayılı Kanunla getirilen ilkeler, yukarıda sayılan belirlemeleri ortadan kaldırmıştır. Çünkü 6110 Sayılı Kanun ile; hakimlerin (ve savcılarının) mesleki faaliyetleriyle ilgili “her türlü kararları nedeniyle” açılacak davalar düzenlenmiş olup, kişisel kusur, haksız fiil veya diğeri sorumluluk sebepleri nedeniyle hakim aleyhine artık dava açılmayacaktır. Bu sebeple, görev sebebiyle açılacak dava sadece Devlet aleyhine açılabilir olup, artık, haksız fiil, şahsi kusur, ağır kusur gibi kriterlere ihtiyaç yoktur. Ancak, hakim ve savcılarının idari görevleri sebebiyle açılacak davaların 6110 Sayılı Kanunda “soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak işlem, faaliyet, her türlü karar” düzenlenmiştir. Bu kapsama idari faaliyet girmez. Hakim savcılar idari yönden Adalet Bakanlığı'na bağılı olduğundan, bu durumda Bakanlık aleyhine idari yargıda tamyargı davası açılabilir.

¹¹³ ATAY, age, s.585.

III- KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Bu çalışmanın konusu, “Türk Hukukunda Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu” olmakla birlikte çok genel hatlarıyla birçok ülke hukukunda sorumluluk rejiminin tespitinin konuya zenginlik katacağı ve kendi rejimimizi daha sağlıklı tahlil etmemizi sağlayacağı düşünülmüştür. Bu bağlamda örnekler verilirken ayrıntılı ve karşılaştırmalı tahliller yapmak amaçlanmamış, sadece genel bilgi ve tespit ile yetinilmiştir.

A- İTALYAN HUKUKUNDA

Hakimin hukuki sorumluluğu 1988 yılında yapılan değişikliğe kadar İtalyan Hukuk Usulü Kanunu'nun 55. ve 56. maddelerinde hükme bağlanmış ve hakimin yargısal faaliyetlerinden dolayı sadece kişisel sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu hükümler 13 Nisan 1988 tarih ve 117 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde yeniden düzenlenmiş ve İtalyan Hukuk Usulü Kanunu'nun 55. ve 56. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. 117 Sayılı Kanunun getirdiği düzenleme ışığında hakimin hukuki sorumluluğunu şöyle özetlemek mümkündür: Yeni düzenlemeye göre, hakimler, kanunun açık hükmü uyarınca, kast veya ağır ihmal nedeniyle sorumludurlar (md.2).¹¹⁴

Aşağıdaki hallerde ağır ihmal hali gerçekleşmiş olur:¹¹⁵

- Mazur görülmeyecek türden bir ihmal sonucunda gerçekleşen açık ihlal ve özellikle de “belirli bir yasa kuralının açıkça ve ağır surette ihlal edilmesi” durumu,
- Mazur görülmeyecek türden bir ihmal sonucunda varlığı kuşkuya yer bırakmayacak şekilde sözkonusu olan, ancak buna rağmen usuli açıdan yargılama

¹¹⁴ ÖZEN, age, s.126.

¹¹⁵ DEMİR, agm, s.815.

faaliyeti dışında kalan bir işleme yargısal onay verilmemesi gerektiği halde, bu işlemin onaylanması,

- Yine mazur görülmecek türden bir ihmâl sonucunda, varlığı kuşkuya yer bırakmayacak sözkonusu olan ve yargılama faaliyeti kapsamındaki bir hukuksal olgu hakkında işlem yapması gerektiği halde, bu konuda hiçbir karar verilmemesi,

- Ortada herhangi bir geçerli sebep yokken ya da yasada öngörülen sebepler dışında kalan başka bir sebeple kişi özgürlüğünü ilgilendiren bir önleme (örneğin, yakalama-tutuklama ya da ihtiyati tedbir gibi bir önleyici tedbire) karar verilmesi,

Bunların yanında, özellikle bizim sistemimiz ile kıyas yapılabilecek bir diğer önemli unsur ise; devlet, yargılama faaliyeti sebebiyle meydana gelen zarardan dolayı bir yıl içerisinde sorumlu hakime tazminat davası açabilir¹¹⁶. Bu özelliğin bizim hukuk sistemimize 6100 Sayılı Yasa ile girdiğini vurgulamak gerekir¹¹⁷.

B- FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransa'da akçalı ya da ceza sorumluluğunun yargı bağımsızlığını olumsuz etkileyeceği korkusuyla bu konuya ihtiyatla yaklaşılmaktadır. 5 Haziran 1972 tarihli yasa, yargıçların yargısal faaliyetlerinden dolayı sorumluluğunu düzenler. Ancak bu sorumluluk devletin (idarenin) sorumluluğuna soğurulmuş durumdadır. Yargı Örgütü Yasasınının 781-1. maddesi yargı erkinin işlev bozukluğundan devleti sorumlu tutmalıdır. Sorumluluğun dayanağı ağır kusur ve adli hata olarak gösterilmiştir. Fakat

¹¹⁶ DEMİR, agm, s.816.

¹¹⁷ 6100 Sayılı Kanununun 46/1. maddesi uyarınca: “Hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.” 46/3. madde uyarınca da: “Devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hakime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.”

uygulamada nelerin ağır hata içinde değerlendirilebileceği konusu uzun zaman tartışılmıştır¹¹⁸.

1806 tarihli ilk Fransız Hukuk Usulü Kanunu'na göre, hakim aleyhine sorumluluk davalarının açılabilmesi, yetkili makamdan alınacak izne tâbi idi ve ayrıca, hakimin sadece kasten haksız bir karar vermesi ile yasada belirtilen diğer hallerde ise kusurundan sorumlu tutulmaktaydı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik sözkonusu yasanın 505. vd. hükümlerinde hakimlerin hukuksal sorumluluğuna ilişkin olarak özel bir yasal sistem oluşturulmuştur. Buna göre, Fransız Yargıtayı'nın savcılık görüşünü aldıktan sonra sorumluluk ve tazminat davası için bir ön izin kararı vermesinden sonra, hakimlerin hukuksal sorumluluğu için, yeni bir tazminat davası açıp bir parasal ödemeye mahkum edilmesinde doğrudan doğruya devlete karşı dava açılmaktadır. Öte yandan, 16 Mart 1978 tarihli özel bir yasada ise, CPC 505. vd. hükümleri ile uyumlu bir şekilde şu düzenlemeye yer verilmiştir. Devlet, adalet hizmetlerinin kusurlu biçimde işlemlerinden kaynaklanan bir zararı, tazmin etmekle (gidermekle) yükümlüdür¹¹⁹.

Fransa'da hukuki sorumluluk bakımından, devletin sorumluluğu hakim sorumluluğunun yerini almıştır. Bu itibarla yargısal faaliyetten dolayı hakimin doğrudan sorumluluğu söz konusu değildir. Bu sorumluluk için devlete dava açılmakta, devlet de kusurlu hakime rücu davası ile yönelmektedir. Uygulamada otuz yılı aşkın, devletin ödediği tazminatlar için hakime karşı, bir rücu davası açmadığı belirtilmektedir. Ancak 1990'lı yıllardan itibaren bu sistem eleştirisi konusu yapılmaktadır¹²⁰.

¹¹⁸ AKINCI, agm, s.102.

¹¹⁹ DEMİR, agm, s.816-817.

¹²⁰ ÖZEN, age, s.130.

Fransa sisteminin de devletin birinci derecede sorumluluğunu ve rücu sistemini kabul ettiğini bu yönüyle 6100 Sayılı Yasa ile hukukumuza getirilen sistemin örtüştüğünü belirtmek gerekir.

C- ALMAN HUKUKUNDA

Almanya'da, adaletin saptırılması durumu sözkonusu olduğunda yargıcın tazminat sorumluluğu doğmaktadır¹²¹. Hukuksal sorumluluk ve tazminat davasının doğrudan Devlet aleyhine açılması durumunun sözkonusu olduğu Alman hukukunda, ilk zamanlar Alman İmparatorluk Mahkemesini, hakimlerin verdikleri kararlardan dolayı sorumluluğunda kasıt unsuru ile sınırlı gören ve kısmen de bazı durumlarda ağır kusuru dikkate alan uygulamaları olmuştur¹²². Karafakih'in 1956 tarihli tespitine göre, Alman hukukunda, hakimin kazai muamelelerinden dolayı mesuliyetini BGB.839'ncü maddesi tanzim eder. Buna göre, hakimin verdiği hükümden dolayı doğan zararı, ancak, görevi ihlal kusuru ile ceza usulüne göre takibi gerektiği takdirde tazminle sorumlu olur¹²³.

Bugün, Alman pozitif hukukunda bütün kamu görevlileri için uygulanma alanı bulan genel nitelikteki yasa kuralı, Alman Medeni Kanunu'nda yer almaktadır (839 BGB). Bu paragraf hakimin yargısal faaliyetinden dolayı sorumluluğunda da yasal dayanak oluşturmaktadır. Kamusal görevin ihlalinden doğan sorumluluk başlığı altında olan düzenleme bir kamu görevlisi olarak görülen hakimler için de uygulanabilmektedir¹²⁴. Alman Anayasası'nın 34. maddesinde yer alan ve kamu görevlilerinin kamu görevinin icrasında üçüncü kişilere verdikleri zararlardan devlet ya da bağlı bulunduğu tüzel kişinin sorumlu olduğu, kamu görevlisinin kastı veya ağır ihmalinin varlığı halinde bu kişiye devletin rücu hakkı olduğu hükme

¹²¹ AKINCI, agm, s.104.

¹²² DEMİR, agm, s.814.

¹²³ KARAFAKIH İ. Hakkı, "Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukuki Mesuliyeti", AÜSBFD, C.11, Eylül 1956, Sy.2, s.41.

¹²⁴ DEMİR, agm, s.814.

bağlanmıştır. Bu düzenleme dışında hakimin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla Alman Medeni Kanunu'nun 839. maddesine yer alan diğer kamu görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin hüküm hakimler bakımından da uygulama alanı bulacaktır¹²⁵.

Sonuç olarak Alman hukuk sisteminde; hakimlerin sorumluluğuyla ilgili özel bir düzenleme bulunmayıp, Anayasa ve Medeni Kanun'daki kamu görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin genel düzenlemeye tâbi oldukları ve 1. derece sorumluluğun devlete ait olduğunu belirtmek gerekir.

D- İNGİLİZ HUKUKUNDA

İngiliz hukukunda, hakimlik işi normal bir meslek ya da kamu görevi niteliğinde ele alınmamaktadır. Örneğin, doktorluk, öğretmenlik veya diğer bir mesleğe alınacak görevlilerin seçiminde ve çalıştırılmalarında uygulanan usul ve esaslardan farklı işleyiş vardır. Kabinesinde bir Adalet bakanının bulunmadığı Birleşik Krallık'ta yargı hizmetlerinden yönetsel ve hukuksal sorumluluk, eyaletleri oluşturan devletlerin çeşitli kurumları arasında bölümlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca hakimler yönünden hukuksal sorumluluk doğuran özel nedenler ve tazminat davaları konusunda İngiltere'de özel bir yasal düzenleme olmadığı gibi, sorumluluk ve tazminatın esaslarını düzenleyen diğer herhangi bir yazılı hukuk kaynağına da rastlanmamaktadır¹²⁶. Buna rağmen, İngiltere'de hakim, sebepsiz veyahut şahsına isnat olunabilen bir sebeple bir taraf aleyhine verdiği haksız karardan mesul tutulmamaktadır¹²⁷.

¹²⁵ ÖZEN, age, s.129.

¹²⁶ DEMİR, agm, s.818-819.

¹²⁷ BELGESAY, agm, s.255.

E- YUNAN HUKUKUNA

Yunanistan Medeni Kanunu'nun Başlangıç Bölümü'nün 105. maddesi kamu görevlisinin görevi nedeniyle nesnel olarak hukuka aykırı davranışlarından dolayı devletin sorumluluğunu kabul eder. Fakat yargıç, yargısal faaliyetleri sırasında kişilere verdiği zarardan dolayı kişisel sorumluluk sahibidir. Bu sorumluluk ancak yargıcın kötü niyetli veya ağır ihmalli davranışı sözkonusu olduğunda geçerlidir. Mağdur, bu konu ile ilgili yakınmasını özel olarak yargıç ve avukatlardan oluşturulmuş bir mahkemeye iletebilir. Mağdurun burada devlete karşı dava açması kabul edilmemektedir. Zira yargıç devletin emir ve talimatına göre çalışan bir memuru olarak görülmemektedir¹²⁸.

F- ABD HUKUKUNDA

Hakimin görevi nedeniyle işlediği suç hakim in yargısal bağımsızlığı haiz olması nedeniyle takibe tâbi değildir. Hakimlerin görevlerini yerine getirirken kasten veya ihmalleri nedeniyle verdikleri zararlardan sorumlu tutulmalarına dair bir kural bulunmamaktadır, bu tamamen yargı kararları ile getirilmiş bir korumadır. Hakimlerin sorumsuzluğunun sınırlarını gösteren en meşhur karar olan stump-sparkman kararı bu hakim ilkeyi ortaya koymaktadır. Buna göre, zeka özürlü 15 yaşında bir kızın annesinin istemi üzerine kısırlaştırılmasına karar vermiş, kıza apandisit ameliyatı geçireceği söylenmiş, sonradan hakim aleyhine açılan davada Yüksek Mahkeme, hakimlerin yargı görevi kapsamında ne yapmış olursa olsunlar yargısal bağımsızlıktan yararlanmalarının bağımsız karar verebilmelerinin bir şartı olduğunu söylemiştir. Yargısal bağımsızlıklar yargı görevi ile bağlantılı öngörüldüğünden, hakimlerin görevleri dışındaki eylem ve işlemlerinden sorumlu olması asıldır¹²⁹.

¹²⁸ AKINCI, agm, s.104.

¹²⁹ ÖZEN, age, s.131-132.

IV- HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN SEBEPLERİ

Hakimler de her şeyden önce genel anlamda bir kamu personeli olup, yargılama faaliyeti yanında idari görevleri de olabilmektedir. Hatta bir insan olarak yargısal veya idari görev sırasında, görevle ilgili olmayan ya da görev gereklerini aşacak şekilde kin, garez veya kötü niyetle bazı fiiller işleyebilir. Bu sebeple, hakimlerin hukuki sorumluluğunu gerektiren fiil, görev dışı haksız fiil, yargısal faaliyet veya idari faaliyet şeklinde tezahür edebilir.

A- HAKSIZ FİİL SEBEBİYLE HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hakim, hiçbir kamu görevlisine tanınmamış yetkilerle donatılmış kişidir. O, Devletin toplumun yargı gücünü elinde bulunduran, bireyin tüm hak ve özgürlükleri üzerine son sözü söyleyen kişi olarak hemcinslerini yargılamaktadır¹³⁰. Bu güç hakime, adil yargılama ortamı sağlamak için verilmiştir. Ancak netice olarak insan olan hakim de zamanla bu gücü kötüye kullanabilir, hukuk dışı fiiller işleyerek gerek yargılama faaliyeti gerek idari faaliyet sırasında görevin gerektirdiği sınırlar dışında kararlar verip fiiller işleyebilir. Bunu yapan kişi hakim de olsa haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur.

Borçlar Kanunu'nun 41. md.sinde yer alan kusur prensibini gerçek (dar) anlamda haksız fiili ifade etmektedir: “Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir suretle diğer bir kimseye zarar ıka eden şahıs tazmine mecburdur.” Bu madde dikkate alındığında, “haksız fiil, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiiliyle başkasına zarar ıka etmesidir şeklinde tarif olunabilir¹³¹. Bu tanımdan hareketle hakimın haksız fiil sebebiyle hukuki sorumluluğunu belirlemek gerekirse;şunlar söylenebilir:

¹³⁰ SAYIN, agm, s.1.

¹³¹ AYDINALP, age, s.93.

Öncelikle, haksız fiilin hakimlik görevi sebebiyle işlenmiş olması gerekmektedir. Çünkü, hakimin, görev dışında, şahıs olarak işlediği fiiller zaten genel hükümlere tâbi olup bu konuda tereddüt veya tartışma da yoktur. Aşağıda izah edeceğimiz üzere idari görevleri sebebiyle verdiği zararlardan dolayı da Anayasanın 40/3 ve 129/5. maddeleri gereği Adalet Bakanlığı birinci dereceden sorumludur. Yargısal görev sırasında, yargısal bir kusur sebebiyle de şahsi kusur sebebiyle de zarar meydana gelebilir. Örneğin hakim yargılama esnasında taraflara hakaret edebilir veya yargılama sırasında hukuk dışı yollara sapıp bunu kararına aksettirebilir. Birinci örnekteki durumda hakimin sorumluluğu tereddütsüz haksız fiil hükümlerine tâbidir. İkinci örnekteki durumda ise; sözkonusu haksız fiilin, kanunda sayılan (1086 Sayılı Kanununun 573. vd. maddeleri ile 6100 Sayılı Kanununun 54 vd. maddelerinde) hallerden birisine girip girmediğine bakılır. Eğer fiil kanunda sınırlı olarak sayılanlardan birisine giriyorsa yasada özel düzenlenen sorumluluk rejimine tâbi olur. Sayılan hallerden hiçbirisine girmeyen bir fiil ise, o zaman haksız fiil hükümlerine tâbi olur. Nitekim birinci örnekle paralel bir olayda Yargıtay, “... *Fakat hakimin hakimlik görevini yaparken işlemiş olduğu haksız fiilden dolayı (mesela hakimin duruşmada taraflardan birine hakaret etmesi) haksız fiil hükümlerine göre (BK'nun 41.md.vd.) hakime karşı tazminat davası açılabilir*” şeklinde hüküm kurmuştur¹³². Bunun yanında, avukat ve davacının duruşmadan çıkarılması sebebiyle açılan bir davada, Yargıtay, “...İddia HUMK'nun 573. ve izleyen maddeleri dışında da kalmaktadır. Öte yandan duruşmada oluşan bir olay nedeniyle davalı hakimlerin davranışları duruşmanın yürütülmesine ilişkin olduğundan yargı yolu bakımından dava dilekçesinin reddine karar verilemez” denilerek Asliye Hukuk Mahkemesi'nin

¹³² Yargıtay 3HD, 29/05/1970, 2792/2194, Aktaran: GÜNAY, Hakimlerin..., s.93.

görev yönünden ret kararı bozulmuş, bilahare AHM'nin haksız fiil hükümlerine göre yaptığı yargılama sonucu davanın reddine ilişkin verdiği karar onanmıştır¹³³.

Bu örneklerde de görüldüğü üzere hakimin haksız fiil sebebiyle sorumluluğu görevi sebebiyle ve görevle ilgili hukuk dışı bir uygulamaya dayalı olabileceği gibi görevi sırasında ve görev dışı şahsi kusura dayalı hukuk dışı bir fiile de dayalı olabilir. Bunun dışındaki fiiller haksız fiil kapsamında sayılmaması gerekir. Ancak bir görüşe göre; hakimin idari faaliyetlerinden doğan zarar, kişisel kusuruna dayanmakta ise, hakime karşı haksız fiil hükümlerine (BK'nun 41.md. vd.) göre adliye (hukuk) mahkemelerinde tazminat davası açılabilir¹³⁴. Hakimler, yargısal görevlerinde herhangi bir hiyerarşik bağlantı içinde bulunmadıklarından artık “amir” ya da “emrin yerine getirilmesi” ya da “hizmet kusuru” gibi kavramlara yabancıdır. Hakim şayet kasten ya da ağır ihmalle davanın taraflarına zarar vermişse bu halde “haksız fiilde” bulunmuş demektir ve sorumluluğun kaynağı da Borçlar Kanunu'nun 41.md. vd. hükümleridir¹³⁵. Buradaki sorumluluk halinin de, hakimin idari veya yargısal faaliyetlerinden kaynaklanabileceği anlaşılmaktadır. Ancak her iki durumda da ağır ve şahsi bir kusur sözkonusu olmaktadır. Yargısal faaliyet esnasındaki fiilin ise HUMK'un 573. maddesinde sayılanlar dışında bir fiil olması gerekmektedir. Çünkü talebin anılan fiillerden birisine dayalı olması halinde dayanılan kanun,başvuru usulü ve hatta yetkili mahkeme değişecektir.

Yukarıda ifade edilen her iki görüşün de; idari faaliyet sırasındaki şahsi kusur halinde genel hükümlere göre şahsi dava açılacağı tespitine AY'nın 40/3 ve 129/5. maddeleri karşısında katılmak mümkün değildir. Çünkü AY'nın sorumluluk sistemi olarak 1. derecede Devletin sorumluluğu ve kamu görevlisine rücu sistemini

¹³³ Yargıtay 4HD, 27/02/1995, 9122/1832, Yargıtay 4 HD, 19/10/1995, 7254/7422, Yayımlanmamıştır.

¹³⁴ KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir Yayınları, İstanbul 2001, C.VI, s.5831.

¹³⁵ AYDINALP, age, s.91.

benimsemiş olup, bunun istisnasına yer vermemiştir. Ancak belirtelim ki, gerek doktrinde gerek yargı kararlarında ağırlıklı olarak ileri sürdüğümüz görüşün aksi kabul edilmektedir¹³⁶. Hatta Yargıtay bu görüşü bir kararında çok net olarak “*Hakimin kişisel kusuru nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında Anayasanın 129/5. maddesi uygulanamaz*” demiştir¹³⁷. Oysa bu ihtilafta zabıt katibi olan davacı, hakimin idari görevi sırasında kendisine zarar verdiğinden bahisle dava açmış olup, tipik bir idari görev (hizmet kusuru) sorumluluğu sözkonusu olup, AY'nın 129/5. maddesine göre sorumluluk belirlenmeliydi.

Nitekim 6110 Sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemeye göre, fiil görev sırasında ve görevle ilgili ise artık haksız fiil, kişisel kusur ve diğer sorumluluk sebeplerine dayalı olsa da hakime karşı dava açılmayacaktır. Bu sebeple görevle ilgili haksız fiil halinde de Devlet aleyhine dava açılabilecektir. Bunun yanında 1086 Sayılı Kanun zamanında da, Anayasa'nın 40/3 md. sebebiyle, kişisel kusur ve haksız fiili hallerinde de (görevle ilgili ise) biz yine de 1. dereceden Devletin sorumlu olması gerektiğini düşünmekte idik.

B- YARGISAL FAALİYET SEBEBİYLE HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hakimlerin asli görevi elbette yargılama yapmaktır. Dolayısıyla hakimlerin hukuki sorumluluğu sözkonusu olunca ilk akla gelecek olan sebep te yargılama görevi sebebiyle üçüncü kişilere verilen zarar olacaktır.

Hakimler yargılama görevini sadece ifa etmekle değil, gereği gibi ifa etmekle de mükelleftirler. Emir ve iltimasa dayanarak karar vermemeye mecburdurlar¹³⁸. Olması gereken bu olmakla birlikte, hakimin de insani zafiyetler içinde olabileceği

¹³⁶ Yargıtay HGK, 28/05/1947, E.1997/2-K.1997/33, Aktaran: KURU, s.5831.

¹³⁷ Yargıtay 4HD, 15/10/2001, E.2001/5383-K.2001/9440, Aktaran: Ergün Zafer, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2005, s.1215.

¹³⁸ SEVER, agm, s.1.

varsayımı, onların mesleki faaliyetleri sonucu verdikleri zararlardan sorumlu olmasını gerektirmiştir.

Yargıç hukuksal korumadan yararlanırken, yan tutması, hukuku kasten yanlış yorumlayıp uygulaması, dava konusu olay ya da taraflarla kişisel bir ilişkisi olması nedeniyle çıkar sağlaması vb. durumlar karşısında hesap verebilmesi gerekir¹³⁹.

Diğer kamu hizmetlilerinin aksine hakimlerin vermiş oldukları kararlar ve yargılama faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmamaları ana kuralı teşkil etmektedir. Genel prensip bu olmakla beraber hakimin veya hatta bazen Devletin de mali bakımdan sorumlu tutulması kabul edilmiştir¹⁴⁰.

Medeni Usul Kanunumuz, hakimin hukuki sorumluluğunun leh ve aleyhinde ileri sürülen görüşleri nazara alarak ortalama bir yoldan hareket etmiş ve hakimin hukuken sorumlu tutulmasını gerektiren halleri HUMK'un 573. maddesinde 7 bend halinde tahdidi olarak saymıştır. Ayrıca hakimi himaye amacı ile bu çeşit tazminat davalarını ayrı bir usule tâbi tutmuştur. Hakimin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağı Fransız Usul Kanunu olmasına rağmen, orada mevcut olan izin sistemine bizim kanunumuzda yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk Hukukunda zarar görenin hakim aleyhine tazminat davası açabilmesi için, Fransa'da olduğu gibi önceden belirli bir makamdan izin alması gerekmez¹⁴¹. Hakimlerin verdikleri kararların hukuka uygunluğu veya aykırılığı, karar kesinleştikten sonra bir daha tartışma konusu yapılamaz. Bunun istisnasını, yargılamanın iadesi şeklindeki kanun yolu teşkil etmektedir. Hakimin hukuki sorumluluğu davasında da böyle istisnai durumun varlığı kabul edilebilir. Ancak burada hakimlerin verdiği kararın

¹³⁹ AKINCI, agm, s.105.

¹⁴⁰ ÖZDEŞ, agm, s.9.

¹⁴¹ KILIÇOĞLU, agm, s.237.

değiştirilmesi değil, bu karar dolayısıyla uğranılan zararın tazmin edilmesi gayesi hakimdir¹⁴².

Hakimlerin yargılama faaliyeti sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için Kanunda (1086 S.K. 573. md. ve 6100 S.K. 46. md) sayılan hallerden birisinin gerçekleşmesi gerekir.

Madde hükmü incelendiği zaman açıkça görüleceği üzere bu haller, hakim sorumluluğunun kasta ve ağır kusura dayandığını ve kasıt ve ağır kusur bulunmadığı takdirde hakim sorumlu tutulamayacağını göstermektedir¹⁴³. Hakimin hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için Borçlar Hukuku sahasında hakim olan bir haksız fiilden sorumlu tutulabilmenin maddi şartlarının tamamı burada da tahakkuk etmelidir. Sorumluluğun şartları ise şu şekilde belirlenmektedir:¹⁴⁴

- Sorumluluğu gerektiren hukuka aykırı bir halin varlığı (Kanunda sayılan hallerden birisinin mevcut olması,

- Kusur,
- Zarar,
- İlliyet bağı.

Hakimin yargısal faaliyet sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için bu maddi koşulların mevcut olması gerekmektedir.

Yargısal faaliyet sebebiyle tazmin sorumluluğu doğuran fiiller genelde hakim subjektif tarafsızlığını kaybettiği, duygularıyla hareket ettiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu husus bir Yargıtay kararında şu şekilde vurgulanmaktadır: *“Bireyin yansız bir yargı önünde yargılanma hakkı, bir insanlık hakkıdır. Hakim*

¹⁴² KILIÇOĞLU, agm, s.232.

¹⁴³ ÖZDEŞ, agm, s.9.

¹⁴⁴ KILIÇOĞLU, agm, s.242 vd.

önyargılı (öznel-sübjektif yansızlık) olamayacağı gibi, yargıladığı kişilere ve topluma yansız olduğu görünümünü vermekle de (nesnel-objektif yansızlık) yükümlüdür. Bu nedenle “adaletin yerine getirilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda yansız biçimde yerine getirildiğinin yargılanan yanlarca görülmesi ve inanılması gerekir. “Hakim, yargılamanın her evresinde, yansız görünümünü koruma konusunda yüksek özen göstermek zorundadır.”¹⁴⁵

Sonuç olarak, hakimlerin yargısal faaliyetleri sebebiyle sorumluluk durumu 1086 Sayılı Kanunda düzenlenmiş iken, bu ilkeler 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar ile yeniden düzenlenmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi pozitif hukukumuzda “katı” şekil koşullarına tabi ve sayma yoluyla sınırlı sebeplere tabi bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir.

C- İDARİ FAALİYET SEBEBİYLE HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Anayasa'nın 140/6. maddesi gereği, hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlıdırlar. Bu sebeple, hakimler idari görevleri yönünden diğer kamu görevlileriyle aynı statüye tabidir. Hakimlere tanınan ayrıcalık ve koruma tedbirleri yargısal görev kapsamında bulunmayan idari görevleri sebebiyle bu tür ayrıcalık ve korumalara ihtiyaç yoktur. Nitekim bu hususta Anayasa'nın 40/3, 125 ve 129/5. maddeleri tartışmasız uygulama alanı bulacaktır. Hakimlerin idari görevleri genellikle mahkeme yönetimi, kalem hizmetleri, bakanlıkla ilişkiler şeklindedir.

Hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zarar için, hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemesinde bir tamyargı davası açılabilir¹⁴⁶. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu husus şu şekilde vurgulanmaktadır:

¹⁴⁵ YHGK, 24/10/2001, E.2001/4-1016-K.2001/757, Aktaran: ÖZEN, age, s.156.

¹⁴⁶ KURU, age, s.5831.

“...hakimlerin idari faaliyetlerinden doğan zarar için hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığı'na karşı idare mahkemelerinde tamyargı davası açılabilir. İdari faaliyetten doğan zararın kişisel kusura dayanması durumunda ise hakime karşı haksız eylem hükümlerine (BK 41 vd.) göre adliye (hukuk) mahkemelerinde tazminat davası açılabilir.”¹⁴⁷

Bu içtihadı göre, hakimlerin idari görevlerinden dolayı, Adalet Bakanlığı'na karşı tazminat davası açılabilirdi. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, zararın kişisel kusura dayanması halinde şahsına karşı dava açılabilirdi düşüncesini benimsemiyoruz. Çünkü Anayasa'nın 40/3 ve 129/5. maddelerinde kamu görevlilerinin zararlarından dolayı Devletin sorumluluğu istisnasız belirtilmiştir. Buradaki sorumluluk sebebi de yargısal değil idari görev olduğundan, kusurun şekli ne olursa olsun doğrudan idareye (Adalet Bakanlığı'na) karşı dava açılabilirdi.

Nitekim, 6110 Sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile bizim düşüncemiz pozitif hukuk zeminine kavuşmuştur. 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna 93/A maddesi ilave edilmiş ve (b) bendinde “kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim ve savcı aleyhine tazminat davası açılmaz” hükmü getirilmiştir. Buna göre, hakimlerle ilgili her tür sorumluluk halinde 1. derece Devletin sorumluluğu benimsenmiştir. 6110 Sayılı Kanunun 14. maddesi ile 1086 Sayılı (HUMK) Kanununun 573. maddesinin ilk cümlesi de değiştirilerek, hakimlerin yargılama faaliyetlerinden doğan sebeplere dayanılarak açılacak davaların da Devlet aleyhine açılabilirdi kuralı getirilmiştir. Böylelikle 1086 Sayılı Kanun yürürlükten kalkıncaya kadar da hakim sorumluluğunda Devletin 1. derece sorumluluğu benimsenmiştir. 1086 Sayılı

¹⁴⁷ Y4HD, 24/12/1996, 1996/5036-126/4, HGK, 28/05/1997, E.1997/2 (Bidayet)-K.33, Aktaran: KURU, age, s.5831.

Kanunun yerine geçecek olan 6100 Sayılı Kanunun 46. maddesinde de keza bu ilke benimsenmiştir.

Buna göre, yargısal faaliyet sebebiyle meydana gelen sorumluluk halinde artık kişisel kusur, haksız fiil, yasanın belirlediği sorumluluk halleri gibi ayrımlara gerek olmadan her durumda devlet 1. derece sorumlu olacaktır. Ancak, hakimın idari görevi sebebiyle sorumluluğu bu kapsam dışındadır. Bu durumda yine idari sorumluluk ilkeleri işleyecektir. Dolayısıyla Adalet Bakanlığı aleyhine tamyargı davası açılacaktır. İdari görev sırasında işlenen fiilin niteliğinin ne olduğu ise bize göre önemli değildir. Çünkü Anayasa 125/9 md. istisna koymadan 1. derecede idareyi sorumlu tutmuştur. Bu sebeple ağır kusur, şahsi kusur gibi istisnai hallerde hakimın şahsı aleyhine BK'nun 41. md.sine göre dava açılabilirliği görüşünün AY'daki düzenlemeyle örtüşmediğini düşünmekteyiz.

V- HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Hakimlerin hukuki sorumluluğunu doğrudan ve özel olarak düzenleyen bir Anayasa hükmü bulunmamaktadır. Kamu görevlilerinin sorumluluğunu düzenleyen 40/3 ve 129/5. maddelerin ise hakimler hakkında uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay'ın istikrar kazanan kararlarında bu husus şu şekilde vurgulanmaktadır: *"...Anayasa'nın 138. maddesinde ise; hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları belirtilmiş, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği; tavsiye veya telkinde bulunamayacağı düzenlenmiştir. Bunun nedeni, yargı yetkisinin bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde yerine getirilmesinin sağlanabilmesidir. Bunun sonucu olarak, Anayasa'nın 40/3.ve 129/5. maddelerindeki Devletin sorumluluğu; yargısal faaliyetler bakımından sözkonusu değildir. Ancak hakimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, hukuka aykırı eylemlerinden dolayı*

sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle, HUMK'nun 573. ve devamı maddelerinde hakimlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir".¹⁴⁸ Bu karar, her ne kadar, hakimlerin diğer kamu görevlilerinden farklı kategoride olduklarını belirtmekte ise de; Anayasal temeli olmayan sadece yasal zemini bulunan bir sorumluluk anlayışına yol açmaktadır. Bunun da ötesinde, bağımsızlık ilkesi gereği diğer kamu görevlilerinden farklılığı öne çıkarmak istenirken, diğer kamu görevlilerine sağlanan en basit Devlet güvencesinden uzaklaştırılmaktadır. Çünkü özellikle 40/3. maddede, hem genel olarak "resmi görevliler" düzenlenip hiçbir istisnaya yer verilmemiş olup, hem de 1. derecede Devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Hakimlerin sorumluluğunda bu Anayasal kural esas alınmayınca doğrudan şahsi sorumlulukları sözkonusu olmaktadır. Bu sebeplerle biz, hakimlerin hukuki sorumluluğunda AY'nın 40/3. maddesinin esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde, hakimlerin bağımsızlığını öne çıkarmak kaygısı ile, Anayasal temeli olmayan, hakimi en alt düzeydeki memur kadar bile güvenceden yoksun bırakan, hatta zarar görenlerin haklarını da güvenceye almayan hakim aleyhine bir sorumluluk sistemini kabul etmiş oluruz. Nitekim 6100 ve 6110 Sayılı Yasalarda bu kaygıları karşılayacak düzenlemeler getirilmiştir.

Bu bağlamda, hakimlerin hukuki sorumluluğunun mevcut yasal zeminini ele alacak olursak:

A- GENEL OLARAK YASAL DURUM

Bu hususu öncelikle HUMK çerçevesinde ele almak gerekmektedir. Hakimlerin hukuki sorumlulukları yukarıda da belirttiğimiz gibi, haksız fiil, idari görev veya yargısal görevden kaynaklanabilir. Bu sorumluluk hallerinden haksız fiil veya idari görev sebebiyle sorumluluk genel hükümlere tabidir. Buna göre haksız fiil

¹⁴⁸ YHGK, 27/10/2010, E.2010/555-K.2010/537, 24/11/2010, E.551-552-554-555-556-557-558-K.598-599-600-601-602-603-604 Sayılı Kararları, Yayımlanmamıştır.

sebebiyle Borçlar Kanunu hükümlerine, idari görev sebebiyle de idarenin sorumluluğunun tabi olduğu hizmet kusuru ilkelerine göre sorumluluk yoluna gidilir. Yargısal görev sebebiyle sorumluluk ise 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

HUMK'muz Nevchatel Usul Kanunundan iktibas edilmiştir. Fakat hakimin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kaynağı Neuşahatel Usul Kanunu değildir. Bu müessesenin esasını, 1879 tarihli Usuli Muhakematı Hukukiye Kanunu'nun 295-270. maddeleri arasında tanzim edilmiş bulunan ve Fransız Usul Kanunu ile bize geçmiş bulunan "İştikai Anilhükkam" müessesesi teşkil eder. Bugünkü Medeni Usul Kanunu'muzun onuncu babına aynen geçmiş bulunan bu müessese, Fransa'daki hakimden şikayet müessesesini karşılar¹⁴⁹. Medeni Usul Kanunumuz hakimin hukuki sorumluluğunun leh ve aleyhine ileri sürülen görüşleri nazara alarak ortalama bir yoldan hareket etmiş ve hakimin hukuken sorumlu tutulmasını gerektiren halleri 573. maddesinde 7 bend halinde tahdidi olarak saymış, ayrıca hakimi himaye amacı ile bu çeşit tazminat davalarını ayrı bir usule tabi tutmuştur¹⁵⁰. Kanunun 573. maddesinde "hakim ve icra reisleri" aleyhine, maddede sayılan 7 sebepten dolayı tazminat davası açılabilceği düzenlenmiştir. Buna göre, yasal olarak hakim tanımına giren herkes bu sorumluluk kapsamındadır. Eğer yasanın lafzı ile yetinecek olursak, bu sorumluluk türünün sadece özel hukuk hakimleri ile icra hakimlerini kapsadığı düşünülebilir. Çünkü düzenleme özel hukuk yargılama usulüne ilişkin kanunda yapılmıştır. Ancak, yasanın düzenleniş amacı ve maddede "hakim" ifadesi kullanıldığı için, yasanın amaçladığı kapsamın tüm hakimlere ilişkin olduğu sonucuna varılabilir. Madde "hakim" diye başlamışken aslında "ve ceza reisleri" şeklinde ikinci bir belirlemeye

¹⁴⁹ KARAFAKIF İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara 1952, s.36, Aktaran: KILIÇOĞLU, s.237.

¹⁵⁰ Berkin M. Necmeddin, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 1969, s.35, Aktaran: KILIÇOĞLU, s.257.

gerek bulunmamaktadır. Şu durumda anılan hüküm yasal anlamda “hakim” olan herkesi kapsamaktadır. Hakimlerin kimler olduğu ise, öncelikle AY'da belirlenmiştir. AY'nın 140. maddesine göre hakim tabirine, adli ve idari yargıda görev yapan hakimler girmektedir. Nitekim, ceza hakimlerinin de bu müesseseye dahil olduğu YİBK kararı ile tespit edilmiştir¹⁵¹. Bu başlıkta daha ziyade yasal zemin ele alınacak olup, kimleri kapsadığı ileriki bölümlerde ele alınacağından bu boyut burada daha fazla açılmayacaktır.

HUMK 573. ve devamı maddelerindeki düzenlemede uzun süre hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Sadece 14.12.1929 yılında 1539 Sayılı Kanunu ile 573. maddede 6 bend halinde belirtilen sorumluluk sebeplerine bir 7. bend eklenmiştir. Bu bende göre, “memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makul bir sebep olmaksızın yapılmaması” sorumluluk sebebi sayılmış olup, en çok da bu sebep tartışma konusu olmuştur. Çünkü maddede düzenlenen iki kusur, hakimlikle bağdaşmaz bulunmuştur. Çünkü bu kusurlar:

- Memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi,
- Kanuna göre verilen emirlerin yapılmaması,

şeklinde olup, hakimlerin memur olmadıkları ve Anayasa'ya göre emir ve talimat verilemeyecek olması, bu maddenin yersizliğine sebep olarak gösterilebilir. Bu sebeple hakimler için “memuriyet vazifesini ihmal ve verilen emirleri yapmama” zaten oluşmaz. Burada hakimlik mesleği ile irtibatlandırılabilir hususun “terahi gösterilmesi” kısmı olduğunu savunan yazarlar da vardır. Örneğin Kılıçoğlu'na göre *“hakim iddiayı ispat için ibraz edilen vesikaları iyi muhafaza etmemesi dolayısıyla bunların kaybolmasından doğan zarardan bu bende göre sorumlu olmalıdır.”*¹⁵²

¹⁵¹ YİBKK, 25/03/1931, 19/25, Aktaran Y4HD, 08/06/2010, 5/15 Sayılı Karar, Yayımlanmamıştır.

¹⁵² KILIÇOĞLU, agm, s.148.

Oysa bu kusur idari bir görev sebebiyle işlenen kusur olup HUMK'da düzenlenen müessese dışındadır. Bunun yanında Kuru, bu düzenlemenin AY'nın 138. maddesi karşısında Anayasa'ya aykırı bir düzenleme olduğunu savunmaktadır¹⁵³.

HUMK'nun anılan maddelerinde ikinci önemli değişiklik 26.09.2004 gün ve 5236 Sayılı Kanunun 18. maddesi ile yapılmıştır. Bununla 575. maddeye 2. fıkra yeniden düzenlenmiştir. Konuyu önce fıkranın ilk haline göre ele alacak olursak: Görevli mahkeme bir nevi silsile yoluyla belirlenmekte idi. Buna göre:

- İlçe Sulh hakimine karşı ilçe Asliye Hukuk Mahkemesinde,
- İlçe Asliye ve İcra hakimine karşı ilçenin bağlı bulunduğu vilayet Asliye Hukuk Mahkemesinde,
- Vilayet Asliye hakimleri hakkında esas davanın tâbi bulunduğu Yargıtay ilgili dairesinde,

dava açılmakta idi. Nitekim 1931 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile vilayet asliye ve ağır ceza hakimleri aleyhine de Yargıtay 4. HD'de dava açılabileceği kabul edilmiş idi.

5235 Sayılı Kanun ile, Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluşu çerçevesinde göre yeniden düzenleme yapılmıştır. Nitekim buna göre “ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler hakkında Bölge Adliye Mahkemeleri hukuk dairesinde, Bölge Adliye Mahkemesi hakimleri hakkında ise Yargıtay ilgili hukuk dairesinde” tazminat davası açılabileceği kabul edilmiştir. 5236 Sayılı Kanun hükmü 1. Haziran 2005 yılında yürürlüğe girmiş olmakla birlikte Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçemediğinden bu hükmün uygulanma kabiliyeti olmamıştır.

¹⁵³ KURU, Hukuk..., s.5838.

HUMK'nun anılan müessesesindeki bir başka değişiklik ise, 23/01/2008 gün ve 5728 Sayılı Kanunda yapılmıştır. 5728 Sayılı Kanun'un 21. maddesi ile 576. maddenin 2. fıkrası da geliştirilmiş (güncellenmiş) olup, bununla; davanın reddi halinde, hakim lehine tazminata hükmolunacağı ve davacıya beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Buraya kadarki düzenlemelerden, HUMK'un 573. ve devamı maddelerinde düzenlenen hakimlerin hukuki sorumluluğu müessesesinin esaslı bir değişiklik olmadan yaklaşık 83 yıl uygulandığını söyleyebiliriz¹⁵⁴. Nitekim Cumhuriyet'in ilk yıllarından beri uygulanan pek çok kanun gibi bu kanun da yeniden ele alınmış ve 6100 Sayılı Kanun kabul edilerek Resmi Gazete'de yayımlanmıştır¹⁵⁵. Nitekim hakimlerin hukuki sorumluluğu bu kanunda 46, 47, 48 ve 49. maddelerinde yeniden düzenlenmiştir. Yeni kanun ile getirilen yenilikler veya eski kanunla karşılaştırılması yeri geldikçe konuya göre yapılacak olup, burada hukuki durumun tespiti ile yetinilecektir.

6100 Sayılı Kanunla müessese yenilenmiş olmakla birlikte 01/10/2011 tarihine kadar 1086 Sayılı Yasada düzenlenen müessese geçerli olup hali hazırda 6100 Sayılı Kanunun uygulama alanı bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu 6100 Sayılı Kanunun yürürlüğe gireceği 01/10/2011 tarihine kadar da 1086 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasını içine sindirememiş olacak ki 6110 Sayılı Kanun ile konuyla ilgili yeni düzenlemeler getirmiştir. 6110 Sayılı Kanunun esas konusu Yargıtay ve Danıştay'ın yeniden yapılandırılması olmakla birlikte 12. ve 14. maddeler ile geçici 2. maddesi hakimlerin hukuki sorumluluğu ile ilgilidir.

1086 Sayılı Kanunun düzenlenmesi olumlu olumsuz halleriyle bilinmektedir. Nitekim kanun koyucu 6100 Sayılı Kanun ile bu müesseseyi yeniden düzenlemiş ve

¹⁵⁴ 18/06/1927 tarihli 1086 Sayılı Kanun.

¹⁵⁵ 6100 Sayılı Kanun 01/10/2011'de yürürlüğe girecektir.

01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecektir. Aradaki 7,5 ay için neden başka düzenlemeler yapma gereği duymuştur, bunun hukuki zaruretle izahı zordur. Bunun izahını yine yeni düzenlemedeki ilkelerle yapmak gerekir.

6110 Sayılı Kanununun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 93. maddesine (A) bendi eklenmiştir. Kanun koyucu (komisyon) bunun gerekçesini özetle şu şekilde izah etmektedir: “Hukuk hakimlerinin hakkında HUMK md. 573-576'da tazminat sorumluluğunun düzenlendiği, oysa ceza hakimleri ve savcılar hakkında CMK 141-144. md'ler dışında düzenleme bulunmadığı, ceza hakimlerinin 1931 tarihli içtihadı ile HUMK kapsamına alındığı, ancak savcılarının alınmadığı, müfettişlerin de aynı durumda bulunduğu, Yargıtay başkan ve üyelerinin kapsam dışında kaldığı ve 14/01/1976 tarihli içtihatla Yüce Divan'da mahkumiyet şartına bağlandığı, 6100 Sayılı Kanunun sadece hakimleri ve yüksek mahkeme başkan ve üyelerini kapsadığı, 6100 Sayılı Kanunun getirdiği sistemin hemen uygulamaya geçirilmesi ve yüksek mahkeme başkan ve üyeleri ile savcılarının ve müfettişlerin de kapsama alınması, eksik kalan hususların düzenlenmesi amaçlanmıştır.” denilmektedir¹⁵⁶. Ancak 12/01/2011 tarihinde kabul edilen genel kanunda eksik kalan hususların yaklaşık 1 ay sonra (09/02/2011) yeniden bir kanunla düzenlenmesi çok tatmin edici bir gerekçe değildir. Kaldı ki, 6100 Sayılı Kanunda doğal olarak savcılar kapsam dışı bırakılmakla birlikte, doğrudan Devletin sorumluluğu getirilmiş, rücu sistemi benimsenmiş ve istisna getirilmeden tüm “hakimler” esas alınmış, 47. maddede Yargıtay başkan ve üyeleri de kapsam dahilinde sayılmıştır.

6110 Sayılı Kanun ile getirilen müesseseye bakacak olursak:

¹⁵⁶ 6110 Sayılı Kanunun Komisyon Gerekçesi. TBMM.gov.tr, Erişim Tarihi: 15/02/2010.

- Hakim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle dava açılabileceği,

- Davanın ancak devlet aleyhine açılabileceği,

- Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim savcı aleyhine tazminat davası açılmayacağı,

- Davanın ancak hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılabileceği,

- Devletin hakime rücu edeceği,

- Devlet aleyhine açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümlerinin öncelikle uygulanacağı, hüküm bulunmazsa ilgisine göre CMK ile HUMK hükümlerinin uygulanacağı,

- Yüksek Mahkeme başkan, başkan vekilleri, daire başkanları ve üyeleri Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı vekilinin, HSYK müfettişleri ve adalet müfettişlerinin de bu hükümlere tâbi oldukları, düzenlemesi getirilmiştir.

Ayrıca 1086 Sayılı Kanunun 573. maddesinin başına, “davaların Devlet aleyhine açılacağı” vurgusu getirilmiş ve 575 ve 576. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple 01/10/2011 tarihine kadar, tazminat davasındaki dilekçe şekli, davayı kaybeden davacı aleyhine tazminat ve idari para cezaları verilme olanağı ortadan kalkmıştır. En önemli yenilik ise geçici 2. madde ile getirilmiştir. Bununla 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar HUMK 573. md'ye dayanılarak açılacak tazminat davalarının:

- Tüm ilk derece hakimleri ile ilgili olarak açılan davaların Yargıtay ilgili hukuk dairesinde,

- Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarda aynı kanunda olanlarla ilgili davaların, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılacağı,

- Yargıtay ilgili dairesinin ilk derece kararlarının YHGK'na temyiz edileceği, YHGK'nun ilk derece kararlarının YBGK'na temyiz edileceği,

- Davaların ilgili hakime resen ihbar edileceği, düzenlenmiştir.

6100 Sayılı Yasa yürürlüğe girinceye kadar bu düzenlemeye niçin gerek görüldüğü ise geçici 2. maddenin 2. fıkrasında ortaya çıkmaktadır. Buna göre: Bu kanun ile getirilen yenilik ve değişikliklerin;

- görülmekte olan davalar,

- kesinleşmemiş hükümler,

- temyizi kabil olmadığı için kesinleşen hükümler, bakımından da uygulanacağı ve davaya Devlet aleyhine devam olunacağı hükmüne yer verilmiştir.

Bununla, halen görülmekte olan ve giriş kısmında bahsedilen popüler ve politik bazı davaların 6100 Sayılı Kanun geç kalacağı için kapsam dahiline alınmasının amaçlandığı sonucuna varılmaktadır. Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki, savcılar net olarak müesseseye dahil edilmesi olumlu bir yenilik olmuştur. Çünkü savcılar her ne kadar hakim değillerse de, yaptıkları işin çok büyük oranda organik ve işlevsel anlamda olmasa da yargılama faaliyetinin bir parçası olduğu tartışmasızdır. Burada getirilen bir başka yenilik ise, “kişisel kusur ve haksız fiil sebebiyle de olsa artık hakim-savcının şahsı aleyhine dava açılmayacak olmasıdır. Buna göre konuyla ilgili tüm derdest davalar Devlet aleyhine davaya dönüşecektir.

Böylelikle konunun esas düzenlendiği 6100 Sayılı Kanun hükümleri henüz yürürlüğe girmeden ikinci derece de uygulanacak mevzuat halini almıştır. Çünkü, Komisyon gerekçesinde de ifade edildiği gibi, “Maddeyle genel olarak hakimin sorumluluğu hususunda öncelikle Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 93/A maddesinde belirlenen kurallar uygulanacaktır. Bu maddede sorumluluk sebepleri ve yargılamanın hangi mahkemede yapılacağına dair hüküm bulunmadığında davanın

konusu CMK'nun 141. ve devamı maddelerinde düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin ise CMK'na, şayet bunların dışında bir sorumluluk sebebine dayanılıyorsa 1086 Sayılı Kanunun 573. maddesinde sayılmış olan sebeplere bakılacaktır. Yine Yargılamanın hangi mahkemede yapılacağı yönünden atıf yapılan ilgili kanunlara bakılacaktır.”¹⁵⁷

6110 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemenin ilk anda sadece ceza hakimleri ve savcılarını kapsadığı intibai vermektedir. Çünkü madde girişi, “Hakim ve Savcılarını bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili...” şeklindedir. Bu kavramlar ise ceza yargılaması için geçerlidir. Ancak madde devamında, “... olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü karar nedeniyle” denilmektedir. “Verdikleri her türlü karar” ibaresi maddenin tüm hakimleri kapsadığını göstermektedir. Nitekim, gerek yukarıda belirttiğimiz Komisyon gerekçesi gerekse bu maddenin 5. fıkrası, hakimlerin genel olarak sorumluluğu hususunda öncelikle bu kuralların (6110 S.K. ile 2802 S.K.'na eklenen 93/A maddesi) uygulanacağını, burada hüküm bulunmaz ise ilgisine göre HMK veya CMK hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir.

Böylelikle hakimlerin hukuki sorumluluğunda hukuki zemin olarak, sırasıyla 2802 Sayılı Kanunun 93/A maddesi, 1086 Sayılı Kanunun 573 ve devamı maddeleri (01/10/2011 tarihine kadar) 6100 Sayılı Kanunun 46 ve devamı maddeleri (01/10/2011 tarihinden sonra) ve 5271 Sayılı CMK 141 ve devamı maddeleri esas alınacaktır.

Buraya kadarki açıklamalar, hakimlerin hukuki sorumluluğu konusunda ortak yasal zemini oluşturmaktadır. Bu ortak ilkelerin tespitinden sonra hakimlerin görev alanına göre sorumluluklarıyla ilgili hukuki zemini tespit etmek gerekirse:

¹⁵⁷ 6110 Sayılı Kanunun Komisyon Gerekçesi, TBMM.gov.tr, Madde 11, s.9.

B- YEREL MAHKEME HAKİMLERİ YÖNÜNDEN

1- Adli Yargıda

a- Hukuk Hakimleri

Hukuk hakimleri sorumluluk konusunda durumları en net olan gruptur. Çünkü konu zaten hukuk yargılamasına ilişkin usul kanununda düzenlenmiştir. Bunun yanında, yasal düzenleme yapılırken, özellikle de görevli yargı yeri belirlenirken adeta adli yargı hukuk mahkemeleri esas alınmıştır. Nitekim HUMK 575/2. maddesinde, görevli mahkeme belirlenirken, “Sulh hakimi, ilçe asliye hakimi, vilayet asliye hukuk mahkemesi” tabirleri kullanılmıştır. Buna karşın kanunun lafzında ceza hakimlerinden söz edilmediği için 1931 tarihli YİBK kararı ile ceza hakimleri yasa kapsamına dahil edilmişlerdir. Bu sebeple HUMK’un 573. ve devamı maddelerinin, hukuk hakimlerinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen temel kanun olduğu tartışmasızdır. Ancak yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda bu temel kanun, yerini 6100 sayılı yeni HMK hükümlerine bırakacaktır. Yine 6110 Sayılı kanun ile 2802 Sayılı Yasaya eklenen 93/A maddede düzenlenen sorumluluk hükümleri, tüm hakimler gibi hukuk hakimleri için de geçerli olacaktır. Bu hükümlerin gereği olarak, artık hukuk hakimlerinin doğrudan şahsına karşı dava açılmayacaktır.

Hukuk hakiminin sorumluluğuna ilişkin başkaca yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekirse, 1086 Sayılı Kanunun, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar çıkıncaya kadar uygulandığı dönem içinde, tüm hakimler gibi hukuk hakimleri yönünden de haksız fiil halinde Borçlar Kanunu, idari görev sırasındaki zarar halinde ise idarenin hizmet kusuru ilkeleri geçerli olmuştur.

Burada belki bir farklılık olarak, hakemlerin durumunu da hukuk hakimleri başlığı altında ele almak gerekir. HUMK'muz birçok hallerde hakimler hakkındaki

hükümlerin hakemler için de uygulanabileceğini belirtmektedir. Örneğin hakemler de hakimler gibi reddolunabilir, kararları temyiz olunabilir. Fakat hakem sözleşmesinin, taraflar ile hakem arasında yapılan ve tamamen Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olan bir münasebetten ibaret olduğu düşünülecek olursa, hakemlerin HUMK'muzdaki özel sorumluluk hükümlerine tâbi tutulmayacağı neticesine varılır¹⁵⁸.

Bunun yanında, icra hakimlerinin de aynı hükümlere tâbi olduğu tereddütsüzdür. Zaten HUMK 573. maddesi “Hakim ve icra reisi aleyhine...” diye başlamaktadır. İcra reisi tabiri ise icra tetkik mercii hakimleri için kullanılmaktadır. Bu sebeple icra tetkik hakimlerini de hukuk hakimleri ile birlikte değerlendirmek gerekir¹⁵⁹.

b- Ceza Hakimleri

Yasal dayanak yönünden en tartışmalı grup ceza hakimleridir. Çünkü HUMK 573. ve devamı maddelerinde düzenlenen sorumluluk müessesesine ceza hakimlerinin dahil olup olmadığı konusu başlarda tereddüt yaratmıştır. Nitekim bu tereddüt, Yargıtay tarafından 25/03/1931 tarihli içtihadı birleştirme kurulu kararı ile giderilmiştir. Bu kararda özetle şu hükme yer verilmiştir: “Ceza hakimlerinin görevleri nedeniyle tazminat sorumlulukları hakkında CMK'nunda açıklık olmadığından aleyhlerine açılacak tazminat davalarında HUMK hükümleri uygulanır. Sözü geçen kanunun 573. maddesinde gösterilen ve esas dava hakkında verilecek kararlarla açığa kavuşacak sebeplere binaen, ceza davasından davayı ikame olunacak tazminat iddialarının ceza mahkemesinde görülmesine kanuni imkan

¹⁵⁸ KILIÇOĞLU, agm, s.241.

¹⁵⁹ ERDEMİR İlter, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 1998, s.573-574; KOÇAK Nasif, **Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.1341.

yoktur.”¹⁶⁰ Anılan içtihatla, aynı zamanda, davanın Yargıtay ceza dairelerinde görülemeyeceğinden dairelerin yasal görevleri dikkate alınarak 4. HD'de görülmesi gerektiğine karar verilmiştir¹⁶¹. Böylelikle yakın zamana kadar ceza hakimlerinin de HUMK'da düzenlenen sorumluluk sistemine dahil olduğu konusu tereddütsüz kabul edilmiştir. Ancak 17/12/2004 gün ve 25073 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 04/12/2004 gün ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile yeni bir tereddüt başlamıştır. Çünkü anılan kanunun 141, 142, 143 ve 144. maddelerinde koruma tedbirleri nedeniyle tazminat koşulları düzenlenmiştir. CMK'nun 141 ila 144. maddelerinde “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlığı altında; suç soruşturması veya kovuşturması nedeniyle maddi ve manevi her türlü zararın Devletten talep edilebileceği belirtilmiş ve Ağır Ceza Mahkemesi görevli kılınmıştır. Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uğranılan zarara neden olan işlemlerin bir bölümünün, yargısal faaliyetlere ilişkin olduğu açıktır. Şu durumda, koruma tedbiri niteliğindeki yargısal işlemler nedeniyle Devletin sorumluluğu benimsenmiş bulunmaktadır. CMK'da yapılan bu düzenlemenin, HUMK'nun 573 ve devamı maddeleri hükümlerini ortadan kaldırıp kaldırmadığı değerlendirilmelidir.”¹⁶² Yargıtay kararında da belirtildiği gibi CMK 141 ve devamı maddelerinde ceza hakimlerinin de görev alanına giren koruma tedbirleriyle ilgili bazı durumlarda 1. derecede Devletin sorumluluğunu getirmiş olup, bu durumda ceza hakimlerinin yargısal faaliyet sebebiyle HUMK'na göre sorumluluğunun sona erip ermediği konusu tartışma yaratmıştır. Aslında bu tartışma CMK'nun yürürlüğüyle birlikte kamuoyuna malolmuş değildir. Girişte ifade edilen popüler bir gizli örgüt davasında¹⁶³ tutuklu bulunan meşhur bir bilim adamı tarafından, tutuklama kararı

¹⁶⁰ YİBK, 25/03/1931 Gün, E.1931/19-K.1931/25, RG 03/05/1931, s.1786.

¹⁶¹ MUŞUL Timuçin, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Muş 2008, s.1086.

¹⁶² Y4HD, 08/06/2010, E.2010/5-K.2010/15. Yayımlanmamıştır.

¹⁶³ Kamuoyunda Ergenekon davası olarak bilinen dava.

veren ve tutukluluğunun devamına karar veren hakimler aleyhine Yargıtay 4. HD'de tazminat davaları açılmakla¹⁶⁴, tartışma popüler ve siyasi zemine çekilmiştir. Nitekim bu davalarla birlikte kamuoyunda yarı bilimsel yarı siyasi nitelikli tartışmalar başlamış ve bir grup, CMK ile birlikte 1931 tarihli İBK kararının hükümsüz hale geldiğini ceza hakimlerine karşı HUMK kapsamında dava açılmayacağını savunmuştur. Karşı grup ise, CMK ile HUMK'da yapılan düzenlemelerin farklı olduğu, CMK sorumluluk sebeplerinin sadece koruma tedbirlerine ilişkin olduğu, bunun dışındaki sorumluluk sebepleri yönünden 1931 tarihli İBK kararı ve HUMK 573 ve devamı maddelerinin ceza hakimleri yönünden de geçerliliğini koruduğunu savunmuştur. Nitekim Yargıtay 4. HD bu şekilde açılan davaya esastan bakmış ve 9 hakim aleyhine tazminata hükmetmiştir¹⁶⁵. Temyiz incelemesi sonunda da YHGK bu kararları onamıştır¹⁶⁶. Bu kararlar, gerek ceza hakimlerinin tabi olduğu sorumluluk, gerekse sorumluluk için isnat edilen fiilin niteliği (kanunun açık hükmü hilafına karar vermek) gerekse fiilin sübuta erdiğinin kabul gerekçeleri yönünden esas gerekçe ve muhalefetler yönünden akademik bir eser niteliğindedir. Kısaca bu kararı ele alacak olursak: Öncelikle CMK'ya rağmen ceza hakimlerinin HUMK'na göre sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmiştir. Bu görüş kısmen doğrudur. Ancak somut olay yönünden yanlıştır. Çünkü ceza hakimleri HUMK kapsamına 1931 tarihli YİBK kararı ile alınmıştır. Nitekim bu kararda da “*Ceza hakimlerinin vazifelerinden mütevellit mali mesuliyetleri hakkında Ceza Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda sarahat olmadığından aleyhlerine ikame olunacak tazminat davalarında HUMK cari alacağı...*”¹⁶⁷ gerekçesine yer verilmiştir. Bunun anlamı ise CMUK'da açıklık

¹⁶⁴ Bu davalar medyada Haberal davaları veya 9 hakim olayı olarak yer almıştır. **Vatan Gazetesi**, 23/06/2010, **Sabah Gazetesi**, 20/07/2010.

¹⁶⁵ Y4HD, 08/06/2010, E.2010/5-K.2010/15. Yayımlanmamıştır.

¹⁶⁶ YHGK, 27/10/2010, E.2010/4-558- K.2010/604 ve 24/11/2010, E.2010/551-552-554-555-556-557, K.2010/597,598,599,600,601,602,603 Sayılı Kararlar, Yayımlanmamıştır.

¹⁶⁷ MUŞUL, age, s.1086.

(hüküm) olsa idi öncelikle onun uygulanacağıdır. Nitekim 2005 yılından itibaren CMK'da bu konuda açıklık ve hüküm bulunmaktadır. Bu sebeple CMK'da düzenlenen hallerde artık ceza hakimleri hakkında HUMK uygulanamaz. Ancak bu kural sadece CMK'da düzenlenen haller ile sınırlıdır. Bunun dışındaki fiillerle ilgili olarak, ceza hakimleri de hakim tanımı içinde yer aldığından HUMK kapsamındadır.

Nitekim yukarıda anılan Yargıtay kararında hakimlere yöneltilen suçlama “haksız tutuklama ve tutuklamanın devamına karar verme”dir. Bu husus ise tam manasıyla CMK 141/a. maddesinde düzenlenen “kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan tutukluluğunun devamına karar verilen... kişiler maddi ve manevi her türlü zararını Devletten isteyebilirler” düzenlemesinin tam karşılığıdır. Buna göre bu fiil CMK'da net olarak düzenlendiğinden HUMK'nun uygulama alanı kalmamıştır. Bu sebeple böyle bir isnattan dolayı HUMK'na göre hakimin şahsına karşı Yargıtay'da değil CMK'na göre Devlete karşı Ağır Ceza Mahkemesinde dava açılması gerekirdi. Oysa Yargıtay aksi görüştedir. Kararda bu görüş şu şekilde özetlenmiştir: *“Yukarıdaki açıklamalar ışığında, her iki düzenlemenin konuluş nedenleri ve amaçlarının, dava sebebi anlamında dayanak yapılan olguların; tarafların ve yargılama usullerinin farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, CMK'nun 14.1 ila 144. maddelerindeki düzenlemelerin, HUMK'nun 573. ve devamı maddeleri ile yukarıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nı ortadan kaldırmamış olduğu ve Dairemizin görevli bulunduğu kabul edilerek uyumsuzluğun esasının çözümlenmesi gerekir.”*¹⁶⁸ Görüldüğü gibi Yargıtay CMK hükümlerinin 1931 tarihli içtihadı ve HUMK'nun ceza hakimleri yönünden uygulanmasını ortadan kaldırmadığı görüşündedir. Yukarıda açıklanan sebeplerle bu görüşe katılmak olanaksızdır. Hem CMK sonradan çıkan özel kanun olup, hem de ceza hakimlerini HUMK kapsamına alan YİBK kararı “CMK(CMUK)'da açıklık bulunmaması”

¹⁶⁸ Y4HD, 08/06/2010, E.2010/5-K.2010/15 Yayımlanmamıştır.

gerekçesine dayalıdır. Üstelik de isnat tam manası ile CMK'nun özel olarak düzenlediği koruma tedbirleri ile ilgilidir. Bunun yanında isnadı sabit kabul eden gerekçeye de katılmak olanaksızdır. Sorumluluk sebebi olarak HUMK 573/2. maddede düzenlenen “kanunun açık hükmüne aykırı karar vermek” fiili gösterilmiştir. Bu kusuru sağlayan fiil olarak ise; sanığın doktor raporlarıyla sabit olan hayati tehlikesi gözardı edilerek ve yeterli gerekçe oluşturulmadan tutuklama ve tutukluluğun devamına karar verme gösterilmiştir. Bu gerekçeye de itibar etmek olanaksızdır. Çünkü tutuklama ve tutukluluğun devamına karar verilebilecek haller yasada gösterilmiş olup, bu koşulların varlığı hakim takdir alanına girer. Nitekim bunun doğruluğunun değerlendirileceği tek merci ise kanunda gösterilen itiraz merciidir. Bu sebeple, bir tazminat davasında, tutukluluğun devamına karar verirken kanunun açık hükmü hilafına karar verildiği tespiti yapılamaz. Bu hem hakim delilleri takdir hakkına müdahale olur, hem de itiraz merciinin yerine geçmek olur. Bunun da ötesinde devam eden bir davanın fiilen hakimi olan kişilerin o davada bertaraf edilmesine sebep olunur.

Nitekim bu davada da, konu bu mecraya çekilmiştir. Bu sebeple bu davalar derdest iken üç milletvekili tarafından bu hususta bir tasarı hazırlanmış ve 1. dereceden Devletin sorumluluğu getirilmek istenilmiş, bilahare yine politik sebeplerle bu tasarı geri çekilmiştir¹⁶⁹.

Nitekim konu, 12/01/2011 tarihli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda yeniden düzenlenmiş olup, yeni hükümler 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecektir. Anılan Kanunun 46. maddesinde 6 kusur sebebiyle Devlet aleyhine dava açılabileceği ve Devletin ödediği tazminatı hakime rücu edeceği düzenlenmiştir. 47. maddede davaların nerede açılacağı, 48. maddede ise davanın reddi halinde verilecek ceza düzenlenmiştir. HMK'daki düzenlemede de sadece

¹⁶⁹ **Vatan Gazetesi**, 07/12/2010.

“Hakim”den söz edilmiş olup, hukuk, ceza, idare diye bir görev alanı belirlemesi yapılmamıştır. Ancak görevli mahkeme belirlenirken, Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanlar özellikle belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre de ceza hakimlerinin kapsam içinde olduğu kuşkusuzdur. Çünkü yukarıda 2802 Sayılı Hakimler Savcılar Kanunu'ndaki hakim tanımı ceza hakimlerini de kapsamaktadır. Ancak bu düzenleme bu haliyle 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecek olup bu tarihe kadar HUMK hükümlerinin uygulanması gerekmekte idi. Dolayısıyla bu tarihe kadar, ceza hakimleri ile ilgili tartışma devam edecek idi.

Ancak Kanunkoyucu bu geçiş dönemini de kendi haline bırakmak istememiştir. Bu sebeple, 09/02/2011 tarihli 6110 Sayılı Kanuna hakimlerin sorumluluğu ile ilgili hükümler eklenmiştir¹⁷⁰. Nitekim 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanunun 93. maddesinin devamı olarak 93/A maddesi eklenmiştir¹⁷¹. Bu düzenleme ile, hakimlerin yanında savcılar da bu kapsama

¹⁷⁰ 6110 Sayılı Kanun esas itibarıyla, Yargıtay ve Danıştay daire ve üye sayısına artırarak bir nevi yeniden yapılandırılan ve yargı ile ilgili dönüm noktası niteliğinde önemli bir yasadır. Bu yasanın 12. ve 13. maddeleri ile 2802 ve 1086 Sayılı Yasalarda hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunun yanında geçici 2. madde ile de; 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadarki sürede açılacak davalar ile 6110 Sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde derdest davalarda da 6110 Sayılı Kanunla getirilen sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı hükmü düzenlenmiştir. Böylece yasakoyucu bu tarihte derdest olan ve kamuoyunda “Haberler Davaları” olarak bilinen davaları da yeni yasa kapsamına alarak Yargıtayca ilk dereceden verilen ve henüz kesinleşmeyen kararların sonucunu da etkisiz hale getirmeyi amaçlamıştır.

¹⁷¹ 6110 Sayılı Kanun **MADDE 12** – 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa 93 üncü maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 93/A maddesi eklenmiştir.

“Tazminat davaları:

MADDE 93/A – Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle:

a) Ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.

b) Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz.

Devlet aleyhine açılacak tazminat davası ancak dava konusu işlem, faaliyet veya kararın dayanağı olan;

a) Soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya kamu davası açılmış ise kovuşturma sonucunda verilen hükmün,

b) Dava sonunda verilen hükmün, kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılabilir.

alınmıştır. Buna göre: Hakim ve savcıların soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü karar nedeniyle ancak Devlet aleyhine dava açılabilceği, kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmayacağı kuralı getirilmiştir. Buradaki en önemli yenilik (veya farklılık) savcılarının da hakimler gibi değeriendirilmesi ve her tür karar nedeniyle istisnasız sadece Devlet aleyhine dava açılabilceğini kesin olarak düzenlemesidir. Hatta bu kuralı daha da netleştirmek için, “kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanarak dahi” hakim-savcının şahsına dönük dava yolunu yasaklamış olmasıdır. Nitekim, önemli bir başka yenilik ise, sayılan hallerde Devlet aleyhine açılacak tazminat ve rücu davalarında öncelikle bu madde hükümlerinin (2802 Sayılı Kanunun 93/A md.) uygulanacağını, bu maddede hüküm bulunmazsa ilgisine göre HUMK ile CMK hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiş olmasıdır.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya hükmün kesinleşmesinden önce, hâkim veya savcının söz konusu işlem, faaliyet veya kararıyla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmaktan mahkûmiyeti hâlinde ise tazminat davası bu hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılabilir.

Devlet, ödediği tazminattan dolayı, tazminat davasına konu işlem, faaliyet veya kararla ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkim veya savcıya rücu eder.

Kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar, hâkim ve savcılarının işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarında uygulanmaz.

Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle Devlet aleyhine açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümleri; bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde ise ilgisine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

Bu madde hükümleri;

a) Yüksek mahkemelerin başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar,

b) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu müfettişleri ile adalet müfettişlerinin, yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar, nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır.”

Buna göre, hukuk hakimi de olsa ceza hakimi de olsa öncelikle 2802 Sayılı Kanunun 93/A maddesinde düzenlenen hükümler uygulanacak olup, burada hüküm bulunmayan hallerde hukuk hakimi ise HUMK (HMK) hükümleri, ceza hakimi veya savcı ise CMK hükümleri uygulanacaktır. Böylelikle Hakimlerin (ve Savcılarının) hukuki sorumluluğunda esas alınacak ana düzenleme artık HUMK (HMK) değil 2802 S.K.'nın 93/A maddesi olacaktır. HMK ve CMK, eksik bulunan hükümler yönünden ikincil düzenleme olarak kabul edilecektir. Bu sebeple, kişisel kusur, haksız fiil gibi kişisel sorumluluk sebepleri artık sözkonusu olmayacaktır. Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki, bu Kanunda sorumluluk sebepleri düzenlenmemiştir. Bu sebeple gerek HUMK (HMK) gerekse CMK'da düzenlenen sorumluluk sebepleri geçerliliğini korumaktadır. Ayrıca koruma tedbirleri sebebiyle açılacak tazminat davalarında CMK hükümleri mi esas alınır, HMK hükümleri mi esas alınır tartışması varlığını koruyacaktır. Sadece, artık doğrudan hakim aleyhine dava açılmayacaktır. Çünkü hem HUMK (HMK) hem CMK hem de 2802 S.K.daki düzenlemelerin ortak noktası her durumda artık sadece Devlet aleyhine dava açılabilme olanağı tanınmasıdır. Haksız fiil ve benzeri sorumluluk sebeplerine dayalı olarak dahi hakimın şahsı aleyhine doğrudan dava açma yolu kapatılmıştır.

Sonuç olarak tüm hakimler gibi ceza hakimleri yönünde de hukuki sorumluluk yönünden öncelikle esas alınacak hükümler 6110 Sayılı Kanun ile 2802 Sayılı Kanunun 93/A maddesi olarak düzenlenen hükümlerdir. Burada hüküm bulunmayan haller için ise; konu koruma tedbirleri ile ilgili ise esas alınacak düzenlemeler öncelikle ve sadece CMK.141.md. vd. maddelerinde de getirilen düzenlemedir. Ceza hakimi hakkında ileri sürülen isnat, koruma tedbirleri dışında ancak yine yargılama faaliyetine ilişkin ise bu sefer HUMK (HMK) da düzenlenen sorumluluk hükümleri esas alınacaktır. Ceza hakimleri yönünden yapılan en önemli

tartışma CMK. 141.md. vd. maddelerin yürürlüğünden sonra HUMK hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı yönünde idi. Yukarıda aktardığımız Yargıtay kararlarında, mağdurun isterse HUMK'a göre dava açabileceği yönünde hüküm kurulmuştur¹⁷². Ancak bizim kanaatimiz ise artık 1931 tarihli YİBK kararının geçerli olmayıp sadece CMK hükümlerine göre dava açılacağı, bunun dışındaki isnatlar yönünden ise ceza hakiminin de HUMK (HMK) hükümlerine göre sorumluluğuna gidilebileceği şeklindedir.

2-İdari Yargıda

Anayasa'mızda yargı erki üçüncü bölümde düzenlenmiş olup (138. vd. maddeler), 140. maddede hakimler ve savcıların adli ve idari yargı hakim ve savcısı olarak görev yapacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddede; hakimlerin her tür görev koşulları, hak ve sorumluluklarının, teminatlarının kanunda düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümlerden hareketle çıkarılan 2802 Sayılı Kanun ile, sivil yargıda görev yapan hakim ve savcılarının statüleri düzenlenmiştir. 2802 Sayılı Yasanın 1. maddesinde Kanunun amacı: “adli ve idari yargı hakim ve savcılarının hak ve ödevleri ile Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay başkan ve üyelerinin aylık ve ödenekleri ile diğer mali, sosyal hak ve yardımlarını düzenlemek” olarak belirtilmiştir. Kanunun 3/a maddesinde ise hakim tanımı net olarak tarif edilmiş olup, buna göre: adli ve idari yargıda görev yapan mahkeme başkan ve üyelerini, hakimleri, Yargıtay, Danıştay tetkik hakimlerini ve Adalet Bakanlığı'nda idari görevlerde çalışan hakimleri kapsamaktadır. Kanunun 1 ve 2 nolu cetvellerinde ise, adli ve idari yargı hakimlerinin sınıf ve dereceleri ile, buna karşılık gelen görev

¹⁷² YHGK, 24/11/2010, E.2010/558-551-552-554-555-556-557. K.2010/604-598-599-600-601-602-603 Sayılı Kararları.Yayımlanmamıştır.

ünvan türleri belirlenmiştir. Bu cetvele göre de, hakim tanımı 3/a maddede belirtilen görevleri yapan yerel mahkeme hakimlerinden ibarettir.

Bu açıklamalar ışığında idari yargıda yerel mahkemelerde görev yapan başkan ve üyelerin hakim tanımına dahil olduğunu söyleyebiliriz. Konuyu hukuki sorumluluk yönünden ele alacak olursak:

Hakimlerin hukuki sorumluluğu yönünden halen de yürürlükte olan temel kanun 1086 Sayılı (HUMK) Kanundur. Bu sebeple öncelikle bu kanun yönünden konuyu ele alıp 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla getirilen yeniliklere göre değerlendirme yapmak konuyu daha anlaşılır kılacaktır.

HUMK'nun 573. maddesi sorumluluğun süjesini belirtirken, “hakim ve icra reisi aleyhine...” ifadesine yer vermiştir. İcra reisi tabirinin, yasanın çıktığı tarihteki anlamı, gerekli olup olmadığı konusu bu değerlendirmenin dışındadır. Bunun dışında ise yasa sadece “hakim” tabiri kullanmıştır. Bu sebeple, kimlerin sorumluluk kapsamında olduğu belirlenirken, pozitif hukukta “hakim” tanımına kimlerin girdiğini tespit etmek gerekir. Nitekim yukarıda izah ettiğimiz üzere gerek Anayasa'nın 140. maddesi gerekse 2802 Sayılı Kanununun 1, 2, 3. maddeleri idari yargıda görev yapan başkan ve üyeleri de hakim tanımı içine almıştır. Buna göre HUMK 573. md.'de belirtilen “hakim” tanımına; 2802 Sayılı Yasada tanımlanan yerel mahkemelerde görevli idari yargı hakimleri ile Danıştay tetkik hakimleri ve Adalet Bakanlığı'nda idari görevlerde çalışan idari yargı hakimleri de girmektedir.

Buna göre HUMK'da düzenlenen hukuki sorumluluk müessesesine idari yargı hakimlerinin de girdiği kuşkusuzdur. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu konuda bir duraksama yaşanmamıştır. Ancak idari yargı hakimleri yönünden HUMK'da tereddüt yaratan husus, davanın nerede açılacağı konusundadır. Bu husus aşağıda ayrıca bağımsız bir başlık altında işlenecek olup burada sadece tereddütün sebebini belirtmekle yetineceğiz.

HUMK 575/2. md.'de, davanın görüleceği (görevli) mahkemeler belirlenirken, adli yargının teşkilat yapısı esas alınmıştır. İdari yargı hakimleri ayrıca düzenlenmemiştir. Çünkü bu tarihte idari yargı mercii olarak sadece Danıştay mevcut olup, 1982 tarihine kadar idari yargı yerel mahkemeleri mevcut değil idi. HUMK

575/2. madde görevli mahkemeyi, sulh hakimine karşı buldukları ilçe asliye hukuk mahkemesi, ilçe asliye hakimleri ve icra hakimlerine karşı ilçenin bağlı bulunduğu vilayet asliye hukuk mahkemesi, vilayet asliye hakimlerine karşı esas davanın tabii bulunduğu Yargıtay dairesi olarak belirlemiştir. Kanundaki bu düzenleme esas alınca idari yargı hakimleri aleyhine dava açılacak mahkemeyi belirlemek olanaksızdır. Yargıtay benzer durumda olan ceza hakimleri ile ilgili belirsizliği 1931 tarihli YİBK kararı ile gidermiş olup idari yargı hakimleri yönünden böyle bir karar oluşturmamıştır. Nitekim Y4HD bu sebeple, çelişkili uygulamalar yapmış, idari hakimlerle ilgili olarak hem il Asliye Hukuk Mahkemesinin verdiği kararı onamış¹⁷³ hem de ilk derece mahkemesi olarak karar vermiştir¹⁷⁴.

Nitekim bu tereddüt sebebi 26/09/2004 gün ve 5236 Sayılı Kanunun 18. maddesi ile 1086 Sayılı Kanunun 575. md.'sinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle giderilmiştir. Buna göre “ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler hakkında tazminat davaları bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi... tarafından incelenerek karara bağlanır”. Ancak halen bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmediği için bu hükmün uygulanma kabiliyeti kalmamış olup, bu zaman içinde de 6100 Sayılı Kanun ile konu yeniden düzenlenmiştir. 6100 Sayılı Kanun ise 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe gireceğinden bu tarihe kadar bölge adliye mahkemeleri kurulur ise hükmün uygulama kabiliyeti olacak idi. Ancak bu sefer 6110 Sayılı Kanunun 14. md. ile 14/02/2011 tarihi itibarı ile 575 ve 576. maddeleri yürürlükten kalkmıştır. Böylece bu konuda 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar boşluk oluşma ihtimali doğmuş olup bu eksiklik ise 6100 Sayılı Kanunun geçici 2. md. ile giderilmiştir. Bu hükme göre ise, ilk derece hakimlerinden dolayı Devlet aleyhine açılacak tazminat davaları Yargıtay ilgili hukuk dairesinde açılır. 01/10/2011 tarihinden sonra ise, 6100

¹⁷³ Y4HD, 26/10/1995, E.1995/6966-K.1995/7776, Yayımlanmamıştır.

¹⁷⁴ Y4HD, 24/12/1996, E.1996/5036-K.1996/12614, Yayımlanmamıştır.

Sayı Kanunun 47. maddesine göre görevli mahkeme belirlenecektir. Nitekim bu hükme göre de, ilk derece mahkemesi hakimlerinin fiillerinden dolayı Yargıtay ilgili hukuk dairesinde dava açılacaktır.

Bu farklılıklar dışında, idari yargı ilk derece hakimleri de 1086, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarda adli yargı hakimleri için getirilen düzenlemeye tabidir. Bunun dışında, idari yargı hakimleri yönünden hukuki sorumlulukla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

3. Askeri Yargıda

Türk yargısı maalesef çok kollu bir yapıya sahiptir. Genel olarak adli yargı- idari yargı yapılanması dışında, kendi içinde adli yargı (ceza yargısı), idari yargı ve disiplin yargısı olmak üzere üç ayrı kola ayrılan ve varlık sebebi hukuki gereklerle izahı güç olan bir de Askeri Yargı mevcuttur. Askeri Yargı, Anayasa'nın 145. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Askeri Yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemelerinden oluşur.

Bu mahkemeler, asker kişilerin, askeri olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Anayasa, askeri mahkemelerin kuruluş ve işleyiş usulü ile hakimlerin mesleki ve özlük statülerinin kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır.

Nitekim bu Anayasa hükmü uyarınca, 353 Sayılı Kanun ile Askeri Mahkemelerinin kuruluşu ve yargılama usulü, 477 Sayılı Kanunu ile Disiplin Mahkemelerinin kuruluşu ve işleyişi düzenlenmiştir.

a-Askeri Ceza Mahkemesi Mensupları

Askeri Yargının yerel mahkemeleri, askeri ceza mahkemeleri ile disiplin mahkemeleridir. Askeri mahkemelerin kuruluşunu düzenleyen 353 Sayılı Kanuna göre; Askeri mahkemeler, kolordu, ordu ve kuvvet komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığı nezdinde kurulur (1. md.). Askeri mahkemeler, iki askeri hakim ve bir subay üyeden kurulur. Ancak Genelkurmay Başkanlığı nezdindeki askeri mahkeme, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hakim ile iki generalden kurulur (2. md.). Kanunda hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin bir hükme yer

verilmemiştir. Nitekim bu mahkemelerde görev yapan meslekten hakimlerin HUMK 573. maddesinde düzenlenen “hakim” tanımına girdiği kuşkusuzdur. Çünkü Anayasa’da hem 353 Sayılı Kanunda bu kişiler hem “hakim” olarak ifade edilmekte hem de yargılama faaliyeti yapmaktadırlar. Bu sebeple, HUMK 573. madde kapsamındadırlar. Ancak, mahkemelerin subay üyelerinin durumunu değerlendirmek gerekir. HUMK 573. maddesinin lafzı esas alınacak olursa, bu kişiler “hakim” olmadıklarından kapsam dışında saymak gerekir. Ancak kanunun düzenleniş gayesi esas alınır, bu kişiler de yargılama faaliyeti yapmakta ve karar ve hükümlere eşit olarak katılmaktadırlar. Kanun ile güdülen amaç yargılama faaliyeti yapanların selamete bu görevi yapmasını sağlamak ise, subay üyelerin de bu kapsam içinde olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca, subay üyelerin fiil ve kararları sebebiyle mağdur olacaklar yönünde de bu yorum bir güvence oluşturacaktır. Mağdur, zararını talep edebileceği bir muhatap bulabilecektir. Nitekim Kuru’ya göre de, “...yerel mahkemelerde yargı görevi yapan askeri hakimler de her şeyden önce 'Türk Ulusu Adına' yargılama yapan (AY’nın 9. 138. vd maddeleri.) birer 'hakim' olduklarından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 573.maddesi kapsamında bir eylemleri olduğunda haklarında tazminat davası açılabilirliğinden duraksama ve kuşku bulunmamaktadır.”¹⁷⁵ Bu doğrultudaki bir diğer görüşe göre de “Yargı örgütümüz içerisinde tek bir anlama gelen yeknesak bir hakim kavramı ve hakimlik mesleği vardır. Bu bağlamda, adli, idari ve askeri yargı anlamında yargılama yetkisini kullanarak yargısal işlemler yapan ve faaliyetlerde bulunan bütün hakimler aynı ve tek bir statü içinde çalışan kişilerdir.”¹⁷⁶ Netice olarak askeri ceza mahkemelerindeki subay üyelerin HUMK 573. md. kapsamında olduğunu söylemek müessesenin varlık gayesiyle uyumlu olacaktır.

¹⁷⁵ KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.V, S.3942. Aktaran: Aydınalp, age, s.173.

¹⁷⁶ Demir, agm, s.824.

Nitekim 6100 Sayılı HMK'nun 46. md.'si ile 6110 Sayılı Kanun ile 2802 Sayılı Kanuna eklenen 93/A maddesinde de “hakimlerin yargılama faaliyeti sebebiyle sorumluluğu” düzenlenmiş olup, 1086 Sayılı Kanundaki düzenleme sebebiyle yapılan açıklamalar yeni sistemde de geçerli olacaktır. Buna göre 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla getirilen hukuki sorumluluk rejimi, askeri ceza mahkemesinin meslekten hakimleri ve subay üyeleri için de geçerli olacaktır.

b- Disiplin Mahkemesi Mensupları

Anayasada düzenlenen bir diğer askeri yerel mahkeme ise 477 Sayılı Kanun ile kurulan Disiplin mahkemeleridir. Askeri Yargı içinde yer alan Disiplin Mahkemelerinin kuruluşu, yargılama usulü ve disiplin suç ve cezaları 477 Sayılı Kanunla düzenlenmiştir. Disiplin Mahkemeleri, adı mahkeme olsa da, hakim sınıfından olmayan üç muvazzaf subaydan oluşan bir heyet halinde karar vermektedir. Bu sebeple, gerek kurumun mahkeme kimliği, gerekse verdikleri kararların Anayasaya uygunluğu tartışmalıdır. Her ne kadar Anayasanın 145. maddesinde “Askeri Yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür” denilerek disiplin mahkemelerine Anayasal bir meşruiyet getirilmiş ise de, mahkeme heyetinde meslekten hiçbir hakimin bulunmaması, kararların meşruiyetini tartışılır kılmaktadır.

Bu kişilerin meslekten hakim olmadıkları ve hakim sıfatına ve güvencesine de sahip olmadıkları kuşkusuzdur. Buna rağmen HUMK'nun 573. maddesi ile getirilen hukuki sorumluluk kapsamında olup olmadığı ihtilaflıdır. Örneğin Aydınalp'e göre, “*Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür (AY 145.md.). O nedendir ki anılan mahkemenin başkan ve*

*üyelerinin 573.madde kapsamındaki hukuki sorumluluk davasında 'davalı' sıfatını alabileceklerinde herhangi bir kuşku ve duraksama olmamak gerekir*¹⁷⁷.

Disiplin Mahkemesi mensuplarının hakim olmadıkları kuşkusuz olup, hukuki sorumluluk kapsamında olup olmadıklarına karar verebilmek için (ceza mahkemesinin subay üyeleri gibi) yaptıkları işin niteliğine bakmak gerekir. Öncelikle, görev yapılan kurum Anayasada (145.md.) “mahkeme” olarak nitelendirilmiş olup, bu kurumda yapılan işin niteliği yargılamadır. Dolayısıyla, subaylardan oluşan heyet tarafından da yapılırsa, işlevsel anlamda yargısal faaliyet yapılmaktadır.

Devletin yargısal işlevini kural olarak yargı organı içinde yer alan kamusal makamlar ve merciler yerine getirir. Ancak istisna olarak birçok konuda kanunlar idari kurulları yargısal işlevlerle donatmıştır. Bunlardan bir tanesi de disiplin mahkemeleridir¹⁷⁸. Disiplin Mahkemelerinin kararları, işlevsel açıdan yargısal kararlardır. Bir kamusal karar veya işlemin, işlevsel açıdan yargısal nitelikte olabilmesi için, o karar veya işlemin Devletin yargı işlevi çerçevesinde alınmış veya yapılmış olması gerekir¹⁷⁹.

Organik açıdan, idari nitelikte olan bir karar veya işlem, maddi açıdan pekala yargısal bir karar veya işlem olabilir. Eğer alınan karar veya yapılan işlem hukuk düzeninin korunması amacına yönelikse, bu işlem yapılırken veya karar alınırken yargılama usulleri uygulanıyorsa, bu işlem yapılırken veya karar aleyhine ancak yargılama usulü çerçevesinde tanınan kanun yollarına (itiraz, temyiz vs.) başvurulabiliyorsa ve başvuru yollarının kullanılmaması veya kullanılmasından sonra kesinleşiyorsa ve değiştirilemiyorsa, bu kararlara herkes ve devletin bütün organları

¹⁷⁷ Aydınalp, age, s.174.

¹⁷⁸ YILDIRIM Ramazan, "Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış" <http://www.msb.mil.tr/ayim>.

¹⁷⁹ ONAR S. Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.I, İstanbul, 1967, s.2.

uymak zorundaysa; Devletin hangi organı içinde yer alan kamusal merciler tarafından yapılırsa yapılsın ortada bir yargısal işlem veya karar var demektir¹⁸⁰. Bu ölçüler doğrultusunda; Disiplin Mahkemeleri yargısal görev icra etmekte olup, mensupları hakim değilse de yaptıkları iş yargısaldır. Bu sebeple askeri ceza mahkemesinin subay üyeleri gibi hukuki sorumluluk yönünden HUMK'nun 573. maddesinde düzenlenen sorumluluk kapsamında saymak gerekir. Nitekim bu yönden 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla getirilen düzenlemede bir farklılık bulunmadığından bu görüş ve yorumlar HUMK'dan sonraki sorumluluk rejimi için de geçerli olacaktır.

C- YÜKSEK MAHKEME MENSUPLARI YÖNÜNDEN

1- Anayasa Mahkemesi Mensupları

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın yargı başlıklı üçüncü bölümün II. kısmında yüksek mahkemeler bölümünde 146. ve devamı maddelerde düzenlenmiştir.

Bunun yanında Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve yargılama usulleri 2949 Sayılı Kanunda ve İçtüzük'te belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi meslek mensupları, Anayasa ve 2949 Sayılı Kanuna göre, başkan, başkanvekili, üyeler ve raportörlerden oluşur. Gerek Anayasada gerekse 2949 Sayılı Kanunda bu meslek mensuplarının “hakim” sayıldığına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Meslek mensuplarının hakim sayılıp sayılmayacağını ortaya koyabilmek için, kurumu organik ve işlevsel açıdan değerlendirmek gerekir. Organik anlamda da ele alınca; AYM'nin Anayasada, yargı erkinin düzenlendiği üçüncü bölümde Yüksek Mahkemeler başlığı altında düzenlendiğini görmekteyiz. Bu da organik anlamda kurumun mahkeme, meslek mensuplarının da hakim olduğunu gösterir. Bunun yanında Anayasanın 147. maddesinde üyeliği sona erdiren sebepler arasında “hakimlik mesleğinden çıkarmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm

¹⁸⁰ YILDIRIM, agm.

giymesi” sayılmış olup, bu da AYM mensuplarının hakim sıfatına sahip olduğunu gösterir.

Müessese işlevsel yönden ele alınınca; Anayasada ve 2949 Sayılı Kanunda mahkemenin görevleri şu şekilde belirlenmiştir:

- Yasama Denetimi: Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve meclis içtüzüğünün Anayasaya aykırılık iddiasıyla açılan iptal davalarına bakmak.

- Yüce Divan Görevi: AY'nın 148. maddesinde sayılan üst düzey Devlet görevlilerini yüce divan sıfatıyla yargılamak.

- Siyasi Parti Denetimi: Partilerin kapatılması davalarına bakmak ve partilerin mali denetimini yapmak.

- Milletvekillerinin veya bakanların dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin meclis kararlarının iptal istemini karara bağlamak.

Bu görevlerin tümüne de, yüksek mahkeme sıfatıyla bakmaktadır. Özellikle Yüce Divan görevi yaparken, ceza yargılaması yapmakta olup, 2949 Sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca “yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapıp hüküm vermektedir.” Bir ceza yargılamasında öncelikle uygulanacak kanun ise, Ceza Muhakemesi Kanunu'dur (CMK). Yine 2949 Sayılı Kanunun 33. maddesi uyarınca AYM, parti kapatma davalarında, Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununu uygular¹⁸¹. Bütün bu tespitler A.Y.M.'nin işlevsel olarak da mahkeme görevi yaptığı, mensuplarının da hakim sayılması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

2949 Sayılı Kanunun 16. maddesinde ise raportörler düzenlenmiştir. Raportörler, 2802 Sayılı Kanuna tabi hakim ve savcılar arasından atanabileceği gibi, Sayıştay denetçileri veya hukuk, iktisat veya siyasal bilimler dallarında doktora

¹⁸¹ 5230 Sayılı Kanunun 3. md. gereği mevzuatta CMUK'a yapılan yollamalar CMK'nun bu hükümleri karışılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

yapanlar ile yardımcı doçent veya doçentler arasında da atanabilir. Bunlar AYM'nin asli görevlerinde karar mercii olarak değil yardımcı olarak görev yaparlar. Dolayısıyla hakim sıfatıyla bulduklarından sözedilemez.

Buna göre, AYM mensuplarının (başkan, başkanvekili ve üyeler) hakim sayılmaları gerektiği, raportörlerin ise hakim olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmak gerekir. Bunların hukuki sorumluluğuna gelince: 1086 Sayılı Kanunun 573. maddesinde ifade edilen hakim tabirinin AYM mensuplarını da kapsamı gerekir. Ancak burada sorun davanın nerede açılacağına belirsiz olmasıdır. Çünkü kanunda (HUMK), adli yargının yerel mahkemeleri esas alınarak yetkili-görevli mahkemeler belirlenmiş olup, yüksek mahkeme hakimleri ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, “yasanın bu boşluğunun gai yorumla yargı tarafından doldurulması gerekir.”¹⁸²

1086 Sayılı Kanun için belirtilen bu tereddütler 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla büyük oranda giderilmiştir. 6100 Sayılı Kanunun 46. maddesinde, 1086 Sayılı Kanunda olduğu gibi yine “hakimlerin” yargılama faaliyetleri sırasında verdiği zarardan sözedilmiş olup, 47. maddede dava açılacak yer belirlenirken sadece Yargıtay başkan ve üyelerinden sözedilmiştir. 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesinde ise, hukuki sorumlulukla ilgili getirilen düzenlemenin “yüksek mahkemelerin başkanları, başkan vekilleri, daire başkanları ve üyeleri...”nin verdikleri kararlar nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylelikle, hukuki sorumlulukla ilgili en son düzenleme olan 6110 Sayılı Kanunla getirilen esaslar bir “Yüksek Mahkeme” olan AYM başkan ve üyeleri içinde geçerli olacaktır.

¹⁸² AYDINALP, age, s.174.

Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş ve yargılama usullerini belirleyen,2949 sayılı kanun 30.03.2011 gün ve 6216 sayılı Kanun ile yürürlükten kalkmıştır.6216 sayılı kanunun incelenmesi sonucu,AYM'ningörevlerine “bireysel başvuruları karara bağlama”nın ilave edildiği,üye profilinin ve kaynağının değiştiği görülmektedir.Yine 6216 sayılı kanunun 24.md.de raportörler düzenlenmiş olup,teminat bakımından hakim ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidir. (25. md.)Raportörlerin teminat yönünden hakim güvencesine sahip olması,hakim sayılmaları için yeterli değildir.Sonuç olarak,6216 sayılı kanun ile getirilen yeni sistemde de hukuki sorumluluk yönünden 2949 sayılı kanun ile ilgili değerlendirmelerimizi değiştirecek bir husus bulunmamaktadır.Buna göre,AYM'nin başkan ve üyelerinin hukuki sorumluluk yönünden HUMK (HMK) kapsamında olup raportör ve raportör yardımcılarının bu kapsamda olmadığı tepsini yapmak gerekmektedir.

2- Yargıtay Mensupları

Yargıtay'da görev yapan meslek mensuplarını, başkan ve üyeler ile tetkik hakimleri ve savcılar olarak belirlemek gerekir. Yargıtay başkan ve üyeleri ile anlatılmak istenen sadece Yargıtay Başkanı ve üyeleri olmayıp aynı zamanda Yargıtay'da görevli bulunan Cumhuriyet Başsavcısı, Başsavcı Vekili (ki her ikisi de esasen Yargıtay üyelik statüsünü kazananlar arasından seçilir) ile sair yüksek yargı organı başkan ve üyeleridir¹⁸³. Yargıtay başkan ve üyelerinin 1086 Sayılı Kanunun 573. maddesinde düzenlenen hukuki sorumluluk rejimine tabi olup olmadığı tartışmalıdır.

Bu tartışma 1730 Sayılı Yargıtay Kanunu zamanında başlamış olup, 2497 Sayılı halen yürürlükte olan kanun zamanında da devam etmiştir. Çünkü her iki kanunda da (1730 SK 3/2 ve 17/3. md.ler; 2797 SK 13/2 md.) Yargıtay Başkan ve

¹⁸³ AYDINALP, age, s.175 (dipnot).

üyeleri ile yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Vekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhine Hukuk Genel Kurulunda dava açılabilceği düzenlenmiştir.

Nitekim, YHGK 1730 sk zamanında Yargıtay başkan ve üyelerine karşı HGK'da tazminat davası açılabilceğini kabul etmiştir¹⁸⁴. Ancak yasal koşullarda bir değişme olmamasına rağmen YHGK bu düşüncesini değiştirmiştir. Çok tartışılan ve eleştirilen ancak istikrar kazanan bu karar ile; Yargıtay başkan ve üyeleri aleyhine hukuki sorumluluk sebebiyle dava açılabilmesi için Anayasa Mahkemesince (Yüce Divan), cezai yönden mahkumiyet kararı verilmesi koşulunu öngörmüştür¹⁸⁵. Bu kararın gerekçesinde, Anayasa tarafından cezai sorumluluğun tespitinin Yüce Divan'a verildiği, bundan kişinin feragat edemeyeceği, bu sebeple Yasakayucunun burada güttüğü amaçla çelişmemek için Yüce Divanın cezai sorumluluk tespiti olmadan doğrudan YHGK'da dava açılmayacağı şeklindedir.

Oysa, Yargıtay başkan ve üyelerinin de hakim olduğu, yargılama görevi yaptıkları ihtilafsız olup kanunda da hukuki sorumluluk sebebiyle HGK'da yargılanacakları düzenlendiğine göre HUMK 573. madde kapsamında olduklarını kabul etmek gerekir.

Nitekim Kuru'ya göre de, Yargıtay başkan ve üyeleri birinci sınıf hakimleri teşkil eder. HUMK'nun 573. md.'sinde birinci sınıf hakimlerle diğer hakimler arasında bir ayırım yapılmadığına göre HUMK md. 573'teki "hakim" deyimine birinci sınıf hakimler olan Yargıtay başkan ve üyelerinin de dahil olması gerekir¹⁸⁶. Ancak bunun tersi görüşler de mevcuttur. Özdeş'e göre: Yüksek hakimlerin hukuki sorumlulukları dolayısıyla açılacak tazminat davalarını çözümleyecek görevli ve

¹⁸⁴ HGK, 06/10/1973, 1/1; HGK, 08/05/1974, 1/1, Aktaran: Kuru, age, s.5859.

¹⁸⁵ YHGK, 14/1/1976, 5/4, Aktaran: Günay, Hakimler..., s.81. YHGK, 22/03/2000, E.2000/2-K.2000/2, Aktaran: Kuru, age, s.5862.

¹⁸⁶ KURU, age, s.5863.

yetkili mahkemeyi HUMK'nu derpiş etmemiştir. Kamu nizamına taalluk eden görev ve yetki meselesinin ise kıyas yoluyla halline de hukuken imkan bulunmamaktadır¹⁸⁷. Bu görüşün, 2797 Sayılı Yargıtay Kanunundan önce, görevli yargı yerini belirten açık kanuni bir metin yokken ileri sürüldüğünü belirtmek gerekir.

Yargıtay'ın, Yargıtay başkan ve üyeleri hakkında doğrudan tazminat davası açılmayacağı öncelikle Yüce Divanda mahkum olması gerektiği yolundaki içtihadı istikrar kazanmakla birlikte doktrinde ağır eleştiriler almıştır.

YHGK'nun bu kararının yanlışlığını Kıratlı şu şekilde eleştirmektedir: “*Cezai sorumluluk ile hukuki sorumluluğu birbirine karıştıran, daha doğrusu birbirine dolandıran “hakim” kavramını tabiri caizse hacamat eden bu mantık garabetini anlamak kolay değildir.*”¹⁸⁸ Bu yöndeki bir başka görüşe göre de, “*Yargıç ile Yargıtay başkan ve üyeleri arasında yargıç olarak bir ayırım yapılamayacağından, Yargıtay başkan ve üyelerinin sorumlulukları da, özel kurala/HUMK md. 573-576'ya bağlıdır. Karşıt görüşte, genel kural/BY41'md. dayalı sorumluluk sözkonusudur. Ancak BY41'e dayalı sorumluluk daha ağır bir sorumluluktur. Bu nedenle HUMK md. 573-576'ya dayalı sorumluluk benimsenmelidir/yeğlenmelidir.*”¹⁸⁹

Bu konuda bizim görüşümüze göre de, Yargıtay başkan ve üyeleri (aynı statüde olan başsavcı ve başsavcı vekilleri de) HUMK 573. md. kapsamındadır. Öncelikle Anayasanın 154/2. maddesinde, Yargıtay üyelerinin birinci sınıfa ayrılmış hakimler arasından seçileceği düzenlenmiş olup 2802 Sayılı Kanunun eki “1 sayılı cetvel”de Yüksek Mahkeme hakimleri (üyeleri) birinci sınıf hakim olarak belirlenmiştir. Bunun yanında gerek 1730 Sayılı, gerekse 2797 Sayılı Yargıtay

¹⁸⁷ ÖZDEŞ, agm, s.12.

¹⁸⁸ KIRATLI Metin, “Yargının Sorumluluğu” Aktaran: Aydınalp, age, s.180.

¹⁸⁹ ACAR Bülent, “Yargıtay'ın Başkan ve Üyelerinin Hukuksal Sorumluluğa Yaklaşan Sorumlularına İlişkin Görüşünün Eleştirisi” TBBD, 1990, Sy.4, s.505.

Kanununun ilgili maddelerinde, Hukuk Genel Kurulunun Yargıtay başkan ve üyeleri aleyhine açılacak mali sorumluluk davalarına “ilk derece mahkemesi” olarak bakacağı hükmü düzenlenmiştir. Bu durumda, ilgili kanunda açıkça Yargıtay başkan ve üyeleri ile ilgili ayrıksı bir hüküm yokken ve “hakim” oldukları sabit olup, aleyhlerine davanın açılacağı mahkeme belirlenmişken, sorumluluk davasını kanun hilafına yorum yoluyla Yüce Divan kararına bağlamak, meslek taassubu ile kanunu zorlamak hatta kanun koyucunun iradesini zorlamak olur. Bu sebeple, Yargıtay'ın anılan içtihadını yasal durum karşısında kabul etmek olanaksızdır.

Nitekim bu tartışmalı durum 6100 Sayılı Kanun ile biraz da olsa giderilmiştir. Anılan kanunun 46. maddesinde yine genel olarak “hakimlerin” tabiri kullanılmış olup, 47/1. maddesinde “Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda” Devlet aleyhine tazminat davası açılacağı düzenlenmiştir. Burada Yargıtay başkan ve üyelerinin fiillerinin de HMK'da düzenlenen sorumluluk kapsamına girdiği vurgulanmıştır. Nitekim bu konudaki son düzenleme olan 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanun'a eklenen 93/A maddesinde de; hakim ve savcıların yargısal faaliyetleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açma usul ve koşulları belirtildikten sonra, “bu madde hükümleri: Yüksek Mahkeme başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı...”nın yargısal faaliyetleri sebebiyle açılacak tazminat davalarında da uygulanacağını hükme bağlamıştır. Böylece halen geçerli olan 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla getirilen sorumluluk rejimi Yargıtay Başkan ve üyeleri (Başkanvekilleri, Başsavcıları ve Başsavcıvekilleri) hakkında da geçerlidir. Buna göre de anılan görev sahiplerinin, bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz. Dava şekli ve koşulları ise yerel mahkeme hakimleri için öngörülen sisteme tabidir. Bunun yanında sorumluluk sebeplerinin sayıldığı 6100 Sayılı Kanunun 46/1. maddesi burada da geçerli olacaktır.

Yargıtay'da görevli olan bir diğer meslek grubu ise, tetkik hakimleri ve Yargıtay savcılarıdır. Yargıtay Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca, Yargıtay tetkik hakimleri, meslekte en az beş yılını fiilen doldurmuş adli yargı hakim ve Cumhuriyet savcıları arasından atanır. Bunların HUMK 573. md. kapsamında “hakim” sayıldıkları tereddütsüzdür. Yaptıkları görevin de yargısal olduğuna kuşku yoktur. Ancak görevli yargı yeri yönünden Yargıtay başkan ve üyelerinden ayrılır. Çünkü 2797 Sayılı Yargıtay Kanununda, sadece Yargıtay Başkan ve üyeleri aleyhine açılacak davaların HGK'da görüleceği hükme bağlanmıştır. Bu sebeple Yargıtay tetkik hakimlerini ilk derece hakimleri gibi değerlendirmek gerekir.

Nitekim bir görüşe göre, “bu tür görevleri yerine getirirken HUMK md. 573 kapsamına giren bir sıfatla yargısal faaliyette bulunurken temyize gelen dava dosyası üzerinde olumlu veya olumsuz bir davranışla taraflardan biri aleyhine dolaylı etkide bulunabilir. Ancak buna rağmen, tetkik hakimleri, dava sebebini oluşturan vakıaları veya dosya münderecatına giren bilgi ve belgeleri değiştirme ve/veya bozma (tahrif) eylemleri, olay hakiminin ilk derecedeki hakimlik görevi ve yargısal faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilmiş birer haksız fiil niteliğinde değildir. Ayrıca düzenlediği raporda belirttiği görüş ve düşünceleri daire başkan ve üyeleri tarafından benimsenebileceği gibi tamamen tersi yönde bir daire ya da kurul kararı da verilebilir.”¹⁹⁰ Aydınalp'e göre de, “...'*hakimlik*' statüsü içinde oldukları hususunda duraksama olamaz. Bununla beraber, raportör ve tetkik hakimlerinin md. 573. md. kapsamında '*hakim*' olarak hukuki sorumluluğunun sözkonusu olup olmayacağı her somut olayda kendi içinde ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.”¹⁹¹ Aydınalp bunun sebebini, tetkik hakiminin yaptığı yanlışlığın esas karara etkisi yönünden açıklamaktadır.

¹⁹⁰ DEMİR, agm, s.826.

¹⁹¹ AYDINALP, age, s.208.

Netice olarak, tetkik hakimlerinin “hakim” sıfatı taşıyıp, yargısal görev yaptıkları tereddütsüzdür. Kararı kendileri vermese de verilen kararı, dosya sunum şekli ile tamamen etkileyebildikleri de kuşkusuzdur. Bu sebeple yasada sayılan isnatlara uyan fiilleri sebebiyle HUMK 573. madde kapsamında görülmelidirler.

Yargıtay savcıları ise 2797 Sayılı Kanunun 37. maddesinde, Yargıtay Başsavcı yardımcılarını olarak düzenlenmiş ve beşinci ve daha yukarı derecelere ulaşmış ve meslekte fiilen en az beş yıl süre ile adli yargı hakimliği veya savcılığı yapmış bulunanlar arasından atanacağı belirtilmiştir. Kanunun 28. maddesinde ise, Başsavcı yardımcılarının, kendilerine verilen dosyaların tebliğnamelerini, karar düzeltme ve itiraz yoluna başvurma işlemlerini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı adına düzenleyip onun adına imzalayacağı hükme bağlanmıştır. Kanundaki bu belirlemelere göre Yargıtay Savcıları, her ne kadar ilk derece hakim ve savcıları arasından atansa da Yargıtay'da “hakim” sıfatıyla görev yapmadıkları ve yargılama faaliyeti yapmadıkları görülmektedir. Bu sebeple HUMK 573. madde kapsamında sayılmamaları gerekir.

Ancak 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna eklenen 93/A madde ile getirilen yeni hukuki sorumluluk rejimine savcılar da dahil edilmiştir. Nitekim, madde “Hakim ve savcıların bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü karar nedeniyle, ancak Devlet aleyhine tazminat davası açılabileceğini” düzenlemektedir. Maddede geçen “soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili... her türlü karar nedeniyle” ifadesi, Yargıtay savcılarının görev alanını da kapsamaktadır.

Bu sebeple yerel mahkeme hakimleri ve tetkik hakimleri gibi Yargıtay savcıları da hukuki sorumluluk yönünden 6100 ve 6110 Sayılı Kanunla getirilen rejime tabi olacaklardır. Nitekim, kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa savcı aleyhine tazminat davası açılmayacaktır. Davanın açılacağı yer olarak, özel bir düzenleme bulunmadığından yerel mahkeme hakim ve savcıları gibi, Yargıtay ilgili hukuk dairesini kabul etmek gerekir.

3- Danıştay Mensupları

Danıştay'da meslek mensubu olarak, Danıştay başkan ve üyeleri ile başsavcı, Danıştay savcıları ve Danıştay tetkik hakimleri (raportörler) bulunmaktadır.

Danıştay başkan ve üyelerinin HUMK 573. maddede düzenlenen rejime tabi olup olmadıkları konusu Yargıtay Başkan ve üyelerinde olduğu gibi tartışılmalıdır.

Anayasanın 155. maddesinde Danıştay bir yüksek mahkeme olarak düzenlenmiş olup, bazı davalarda ilk derece mahkemesi olarak ve de temyiz mercii sıfatıyla yargılama görevi yapmaktadır. Ayrıca merkezi idarenin başkent teşkilatı içinde bir danışma organı olarak da çalışmaktadır. Nitekim 2802 Sayılı Kanunun 1 numaralı ek cetveline göre, üyeleri 1. sınıf hakim konumundadır. Ayrıca 2575 Sayılı Kanunun 4 ve 64. maddesi uyarınca, Danıştay Başkan ve üyelerine de Yargıtay başkan ve üyelerinin özlük haklarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Nitekim 15/03/1964 günlü içtihadı birleştirme kararında sözü edilen hakim deyimine Danıştay başkanıyla daire başkanlarının ve üyelerinin de dahil bulunduğu kuşkuya yer yoktur” denilmiştir. Y4HD de 01/06/1970, 3699/4536 sayılı kararında: “Yüksek mahkemelerin Anayasa’da Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi olarak açıklandığını, o halde İçtihadı Birleştirme kararının dayandığı 134. maddede gösterilen hakimlik mesleğinin niteliği az yukarıda açıklanan Yüksek Mahkeme hakimlerini de kapsamaktadır.” şeklinde hüküm kurmuştur¹⁹². Danıştay başkan ve üyelerinin HUMK 573. md. kapsamında olup olmadığı yönünde farklı görüşler vardır. Kuru'ya göre, “*Türk hukukunda bir tek hakim kavramı vardır. Bu nedenle, HUMK md. 573'teki hakim kavramına Danıştay (ve diğer Yüksek Mahkemelerin) başkan ve üyeleri de dahildir. Esasen Yüksek Mahkemelerden biri olan Yargıtay başkan ve üyelerine karşı tazminat davası*

¹⁹² Aktaran KURU, age, s.5868.

açılabilen bir hukuk sisteminde, diğer yüksek mahkemelerin başkan ve üyelerine karşı tazminat davası açılmayacağını kabul etmek, diğer yüksek mahkemelerin başkan ve üyelerine gereksiz bir imtiyaz (ayrıcılık) tanımak demek olur.”¹⁹³ Yine bu doğrultudaki bir başka görüşe göre de, “... zira Danıştay başkan ve üyeleri de sonuçta birer hakimdirler, yargı yetkisini kullanmaktadırlar. O nedenle Danıştay kanununda açık hüküm olmasa da Yargıtay başkan ve üyeleri yönünden ileri sürdüğümüz nedenlerle, Danıştay başkan ve üyeleri hakkında hukuki sorumluluk davası açılabilir ve o davada doğrudan doğruya 'davalı' gösterilebilirler. Aksi görüşe itibar etmek demek, Danıştay başkan ve üyelerini 'dokunulmazlık', 'sorumsuzluk' zırhına büründürmek demek olur ki böyle bir 'çözumsuzlük' de 'hukuk Devletin'in 'kaçınılmaz sonucu' değildir.”¹⁹⁴ Kılıçoğlu, “Yalnız Danıştay başkan ve üyeleri aleyhine açılacak olan hukuki sorumluluk davalarının ancak bunların cezai mahiyetteki faaliyetlerine dayanan hallerde sözkonusu olduğunu belirtmek gerektiğini” söyleyerek yargısal görev sebebiyle HUMK 573. md. kapsamında olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁵. Doktrinde bunun aksi görüşler de mevcuttur: Özdeş'e göre, “Danıştay başkan ve üyeleri Anayasa'nın 140. maddesine göre yüksek idare hakimi olmakla beraber aynı zamanda 521 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 3. maddesine göre Danıştay meslek mensubudurlar. Bu iki tanımda HUMK'nun 573. maddesindeki hakim tanımının dışında kalmaktadır. Bu sebeple hakimlerin tabi olduğu usulü kendilerine uygulamaya imkan yoktur.”¹⁹⁶ Özdeş bu görüşünü destekleyen bir başka gerekçe olarak; anılan tarih itibariyle (1971) HUMK'da yüksek hakimler hakkında nerede dava açılacağını belirtmediğini, kamu düzenine ait olan görev ve yetki

¹⁹³ KURU, age, s.5868.

¹⁹⁴ AYDINALP, age, s.202.

¹⁹⁵ KILIÇOĞLU, agm, s.240.

¹⁹⁶ ÖZDEŞ, agm, s.14.

hususunun kıyas yoluyla haline de imkan bulunmadığını ilave etmektedir¹⁹⁷. Benzer görüşleri Berkin ve Postacıoğlu da ileri sürmektedir¹⁹⁸. Yargıtay ise, Yargıtay başkan ve üyeleri için benimsediği kararı Danıştay Başkan ve üyeleri için de kabul etmiştir. Yargıtay'a göre “Yüksek Mahkeme başkan ve üyelerinin cezai sorumluluğu özel bir yargılama şekline bağlanmıştır. Yüce Divan'da yargılanması gereken kişinin bundan feragati de hukuki sonuç doğurmaz. Bu açıklamaların sonucu olarak usulen görevli mercii tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Danıştay (Yargıtay) üyeleri hakkında HGK'da açılan tazminat davasının görülmesinin mümkün olmaması gerekir.”¹⁹⁹ Yargıtay'ın Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyeleri yönünden verdiği bu kararları artık istikrar kazanmış durumdadır²⁰⁰.

Bize göre Yargıtay'ın görüşünün kabul olanağı bulunmamaktadır. Çünkü Danıştay başkan ve üyelerinin “hakim” oldukları tereddütsüz olduğu gibi “yargılama” görevi yaptıkları da tartışmasızdır. Danıştay Kanununda veya HUMK'da davanın nerede açılacağına belirtilmemesi bir eksiklik değildir. Bu eksikliğin kıyas yoluyla Yargıtay Başkan ve üyelerinin tabi olduğu sistem benimsenerek giderilmesi mümkündür. Her ne kadar görev ve yetki hususunda kıyas kabul edilmemekte ise de, hak arama hürriyeti (AY 36. md.) ve etkili başvuru hakkının (AİHS 13. md.) ihlali ihtimaline binaen kıyas yasağı ihmal edilebilir. Aksi takdirde hem Yargıtay başkan ve üyeleri ile Danıştay başkan ve üyeleri yönünden anlamsız bir eşitsizlik yaratılır hem de davacılar yönünden hak arama yolları kapatılmış olur.

Nitekim tartışmaların sebebi olan eksiklik 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla giderilmiş ve Danıştay başkan ve üyeleri de hukuki sorumluluk kapsamına alınmıştır.

¹⁹⁷ ÖZDEŞ, agm, s.16.

¹⁹⁸ Aktaran: DEMİR, agm, s.831.

¹⁹⁹ Yargıtay HGK, 22/03/2000, E.2000/2-K.2000/2. Aktaran: KURU, age, s.5862.

²⁰⁰ AYDINALP, age, s.202 (Dipnot 91).

6100 Sayılı Kanunun 46. maddesinde “Hakimlerin yargılama faaliyetinden” dolayı sorumluluk hali düzenlenmiş olup, Danıştay başkan ve üyelerinin “hakim” olduğu ihtilafsızdır²⁰¹. Yine aynı Kanunun 47/1. maddesinde “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı” tazminat davasının YHGK'da açılacağı kuralı düzenlenmiştir. Böylece davanın açılacağı yer de belirlenmiştir. Bunun yanında 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile getirilen hukuki sorumluluk rejiminin “yüksek mahkemelerin başkanları, başkan vekilleri, daire başkanları ve üyeleri ve Danıştay başsavcısı” yönünden de uygulanacağı kuralı düzenlenmiştir.

Bu durumda mevcut hukuk sistemimize göre, Danıştay başkan ve üyeleri (ve onlarla aynı konumda olanlar) yönünden, yargısal faaliyetleri sebebiyle, açılacak tazminat davaları Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda ve Devlet aleyhine açılacaktır. Yine 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak bunların şahsına dönük tazminat davası açılmayacaktır. Buradaki kişisel kusur ve haksız fiilin yine de görevle ilgili ve yargısal faaliyet yönünden olduğunu vurgulamak gerekir.

Danıştay'da görev yapan diğer meslek mensubu, Danıştay tetkik hakimleri ve Danıştay savcılarıdır (eski tabiriyle kanun sözcüleridir). 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca, Danıştay tetkik hakimleri ve savcıları “beş yıl meslekte hizmet etmiş ve olumlu sicil almış idari yargı hakimleri arasından” atanırlar. Bu durumda bu görevlilerin kaynak olarak “hakimlik” mesleğinden geldikleri ve “hakim” sayılması gerektiği kuşkusuzdur. Ancak yaptıkları görev yönünden tetkik hakimlerinininki yargısal olmakla birlikte Danıştay savcılarının yargısal sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.

²⁰¹ Y4HD, 29/01/1959, 1386/963. Aktaran: KURU, age, s.5867.

Tetkik hakimlerinin görevleri 2575 Sayılı Kanunun 62. maddesinde “kendilerine havale edilen işleri inceleyerek daire veya kurula gerekli açıklamaları yapmak, kendi düşünce ve görüşlerini sözlü ve yazılı olarak bildirmek, karar taslaklarını yazmak” şeklinde tarif edilmiştir. Bu tarifi fiiliyattaki yansımasını “Danıştay'da dosyalar tetkik hakimine havale edilir, gerek dosya içeriğine gerek ilgili mevzuatı ve konuyla ilgili içtihatları araştırır, ilgili dairede dosyayı tüm yönleriyle heyete sunar, heyet dosyayı tetkik hakiminin sunumuyla değerlendirir ve kararını verir, tetkik hakimi kararı yazar ve ilgili üyenin kontrolünden sonra karar son halini alır” şeklinde tarif edersek yanlış olmaz. Bu sebeple Danıştay tetkik hakimleri de, Yargıtay tetkik hakimleri gibi, nihai kararı vermemekle birlikte nihai kararın oluşmasında doğrudan etkilidirler. O kadar ki, kötü niyet veya ehliyetsizlik sebebiyle mecrai dışında karar çıkmasına sebep olabilmeleri pratik bir gerçekliktir²⁰². Bu sebeple tetkik hakimlerinin “hakimlik” sıfatı sabit olup “yargısal” görev yaptıklarından ve karar neticelerini etkileme durumları bulunduğundan HUMK 573. madde kapsamında saymak gerekir. Nitekim Demir'e göre de, “*Yüksek yargı organının bünyesinde (bir dairesi ve kurulda) çalışmak ve yargısal faaliyetlerde bulunmak üzere görevlendirilen tetkik hakimleri ve raporörler de yaptıkları görevler itibarıyla (Yargıtay Kanunu 26. md. ve Yargıtay İç Yönetmeliği md. 58, Danıştay Kanunu . 62.md.) ilk derece hakimleri bağlamında değerlendirilir*²⁰³. Aydınalp'e göre de “*Yüksek yargı organlarında görev yapan tetkik hakimi ve raporörler, özde kendileri de “hakim” olduklarından, kararda imzaları bulunmamakla beraber, yargısal faaliyete, karar veren hakim gibi, katkıda bulunmaktadırlar. O nedenle olayına göre, 573.md. kapsamında “davalı hakim” sıfatını alabileceklerdir. Aksi*

²⁰² YHGK, 17/10/1995-4/252/282. Aktaran: GÜNAY, Hakim-Savcı..., s.61. Bu karara göre, bir Danıştay tetkik hakimi, sanığın lüzumu muhakemesine ilişkin kararı menî muhakemeye dönüştürerek heyete imzalatmaya çalışmıştır.

²⁰³ DEMİR, agm, s.826.

*düşünceye itibar edilecek olursa, bu, hem bu görevin amacına, hem de “yargılama faaliyeti” kavramlarına aykırı olacaktır.”*²⁰⁴ Netice olarak Danıştay tetkik hakimlerini de HUMK 573. md. kapsamında saymak hem düzenlemenin amacına hem de tetkik hakimlerinin yasal statüsüne ve görevlerinin niteliğine uygun olacaktır.

Danıştay Savcılarının görevleri ise; 2575 Sayılı Yasanın 61. maddesinde “kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına inceler ve düşüncelerini davalarda bir ay, yürütmenin durdurulması isteminde iki gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler” şeklinde belirlenmiştir. Danıştay savcıları kaynak itibariyle idari hakimlikten gelmekle birlikte, Danıştay'daki görevleri yargısal değildir. Yargılama faaliyetine katkıları teorik olarak da pratikte de neticeyi etkileyecek düzeyde değildir. Çünkü dava ile ilgili olarak sadece düşünce vermektedirler. Elbette heyetin kararını, ilham vererek etkileyebilirler. Ancak HUMK 573. md.'deki düzenleme çerçevesinde sorumluluk doğuracak şekilde neticeyi etkileme rolleri bulunmamaktadır. Bu sebeple görevlerinin yargısal olduğunu söylemek te güçtür. Yargısal faaliyetin bir parçasıdır ancak hükmün oluşmasına katkı yapacak nitelikte yargısal görev yapmamaktadırlar. Bu sebeple HUMK 573. madde kapsamında saymamak gerekir.

Nitekim HUMK 573. md. çerçevesindeki bu tartışmalar, 6100 ve 6110 Sayılı Kanun ile tetkik hakimleri ve savcılar yönünden de giderilmiştir. 6100 Sayılı Kanununun 12. maddesinde, “Hakim ve savcılarının yargısal faaliyet sebebiyle açılacak tazminat davaları” düzenlenmiştir. Böylelikle, bu zamana kadar hukuki sorumluluk müessesesinin dışında tutulan savcılar da buna dahil edilmiştir. Buna Danıştay savcılarının da dahil olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü 6100 Sayılı Yasanın 12. maddesinde tazminat davasının sebebi olacak fiil “Hakim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri

²⁰⁴ AYDINALP, age, s.207.

faaliyet veya verdikleri her türlü karar” olarak tanımlanmıştır. Buna göre Danıştay savcılarının dosyaya veya heyete görüş vermesi, “bir dava ile ilgili olarak yapılan işlem, yürütülen faaliyet veya verilen her türlü karar” tanımına girer düşüncesindeyiz. Bu sebeple 6100 ve 6110 Sayılı Kanunla oluşturulan yeni rejimde tetkik hakimleri ve Yüksek Mahkeme (Yargıtay, Danıştay) savcılarını da yer almaktadır. Kanunda Yüksek Mahkeme başkan ve üyelerinin fiilleri sebebiyle açılacak davalarda görevli yargı yeri özel olarak ifade edildiğinden tetkik hakimleri ve savcılarını ilk derece hakimlerle birlikte değerlendirmek ve Yargıtay ilgili dairesini görevli görmek gerekir.

4- Sayıştay Mensupları

Sayıştay, Anayasa'nın üçüncü bölümünde Yargı başlığı altında yer alan 160. maddede düzenlenmiş olmakla birlikte, II. babda düzenlenen Yüksek Mahkemeler içinde yer almamıştır. Sayıştay'ın gerek organik anlamda gerek işlevsel anlamda mahkeme sayılıp sayılmayacağı mensuplarının hakim sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.

1982 Anayasasının Danışma Meclisince kabul edilen Sayıştay ile ilgili maddesinde, Sayıştay'ın ilk ve son derece hesap mahkemesi olduğu belirtilmişken, Milli Güvenlik Konseyi bu maddede yaptığı değişiklikle yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılabileceğini gözönünde tutarak, Sayıştay'ın ilk ve son derece hesap mahkemesi olduğunu belirleyen kuralı madde metninden çıkarmıştır²⁰⁵. Buna göre, Anayasadaki düzenlemenin gai yoruma tabi tutulması halinde de Sayıştay'ın bir Yüksek Mahkeme olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Sayıştay'ı bir Yüksek Mahkeme olarak görmemektedir. Anayasa Mahkemesine göre, “*Sayıştay'ın sorumluların hesaplarını*

²⁰⁵ GÖZÜBÜYÜK, age, s.286.

*kesin hükme bağlaması TBMM adına yapılmaktadır. Bu denetim yargısal değil özel yöntemler kullanılarak yapılan ve özü itibariyle idari nitelikteki bir tür denetimdir.*²⁰⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi de, AYM kararını referans alarak aynı doğrultuda karar vermiştir. Uyuşmazlık Mahkemesine göre de, “*Sayıştay, Anayasa'nın 158 ve 2247 Sayılı Yasanın 1. maddesinde sayılan yargı yerleri kapsamına girmediğinden, Sayıştay'a verilen karar ile adli yargı kararı arasında oluştuğu ileri sürülen hüküm uyuşmazlığının incelenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesinin görevi dışında kalmaktadır.*”²⁰⁷ Buna göre Sayıştay bir Yüksek Mahkeme olmayıp yaptığı iş de yargılama değildir. Ancak bunun aksi düşüncede olanlar da vardır. Gözübüyük'e göre “Anayasa, Sayıştay'ı Yüksek Mahkemeler arasında göstermemekle birlikte, gördüğü hizmetin niteliğini dikkate alarak, yargı bölümü içinde düzenlenmiştir. Sayıştay nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin, yargısal görevleri de olan bir kuruluştur.”²⁰⁸ Gözübüyük, Sayıştay'ın yargısal görevinin de olduğunu vurgulamış olup, Aydınalp; HUMK 573.vd. maddelerdeki koşulların da gerçekleşmesi durumunda “davalı hakim” olabileceklerini kabul etmek gerektiğini savunmaktadır²⁰⁹. Ancak, Sayıştay'ın yargı organı olmadığı, yaptığı işin yargılama olmadığı ayrıca ne Anayasa'da ne de Sayıştay Kanunu'nda başkan ve üyelerinin hakim sayılacağı veya hakimlik teminatına sahip olduğu düzenlenmemişken Sayıştay mensuplarının HUMK 573 vd. maddelerde düzenlenen sorumluluk kapsamında olduğunu kabul etmek güçtür.

Nitekim, 6100 Sayılı ve 6110 Sayılı Kanunlarda, “Hakimlerin ve savcılarının” faaliyetlerinden dolayı hukuki sorumluluk hali düzenlenmiş olup, davanın açılacağı yer belirlenirken de, “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda

²⁰⁶ AYM.11/07/1991,E.90/39-K.91/21.RG.23/05/1992.-21236Aktaran:GÖZÜBÜYÜK, age, s.287.

²⁰⁷ U.M.15/11/1993,46/43,RG.15/12/1993.21789Aktaran:AYDINALP, age, s.205 (Dipnot 101).

²⁰⁸ GÖZÜBÜYÜK, age, s.286.

²⁰⁹ AYDINALP, age, s.206.

olanlar” esas alınmıştır. Yine 6110 Sayılı Kanunda, 12. maddede düzenlenen hükümlerin “Yüksek Mahkemelerin başkan, başkanvekili, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili” için de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Böylece 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla getirilen yeni sorumluluk rejiminde de Sayıştay başkan ve üyelerinin yer almadığı görülmektedir.

5- Askeri Yargıtay Mensupları

Askeri Yargıtay, Anayasa'nın Yargı'ya ilişkin üçüncü kısmının, Yüksek Mahkemelerin düzenlendiği II. Bab'da 156. maddede yer almaktadır. Bu sebeple Askeri Yargıtay'ın bir Yüksek Mahkeme olduğu tartışmasızdır

Aynı Anayasa hükmüne göre, Askeri Mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir (temyiz mahkemesidir). Ayrıca, kanunla gösterilen bazı davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Askeri Yargıtay üyeleri, birinci sınıf askeri hakimler arasından, Cumhurbaşkanınca seçilir. Mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.

Bu Anayasal düzenlemeye göre, Askeri Yargıtay'ın gerek organik gerek işlevsel olarak “mahkeme” olduğu “yargılama” yaptığı ve başkan ve üyelerinin “hakim” oldukları tereddütsüzdür. Bu sebeple diğer Yüksek Mahkeme başkan ve üyeleri gibi HUMK 573. madde kapsamında olmaları gerektiği kuşkusuzdur. Ancak Yargıtay'ın diğer Yüksek Mahkeme (Yargıtay, Danıştay) başkan ve üyeleri ile ilgili olarak geliştirdiği içtihat burada da karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay'ın bu kararına göre, “Anayasa'nın 148. maddesine göre Yüksek Mahkeme başkan ve üyeleri görev suçlarından dolayı Yüce Divan'da yargılanır. Yüce Divan'da yargılanması gereken kişinin bundan feragati hukuki sonuç doğurmaz. Bu açıklamaların sonucu olarak

usulen görevli merci tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Danıştay (Yargıtay) üyeleri hakkında Hukuk Genel Kurulu'nda açılan tazminat davasının görülmesinin mümkün olmaması gerekir.”²¹⁰ Buna göre Yargıtay içtihadındaki kriterlerin geçerli olduğu Askeri Yargıtay başkan ve üyeleri ile aynı kanundaki 2. başkan ve başsavcının faaliyetleri sebebiyle YHGK'na dava açılabilir, ancak YHGK bu davayı, “Yüce Divan'da mahkum olma koşulu gerçekleşmediğinden” dava dilekçesinin esasa girilmeden reddine karar verilecektir.

Bizce, yukarıda Danıştay ve Yargıtay mensuplarıyla ilgili kısımda ifade ettiğimiz gerekçelerle Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak olanaksızdır. Çünkü bu durumda, hem Yüksek Mahkeme hakimleri daha güvencesiz olan haksız fiil sorumluluğuna tabi tutulacaktır, hem de davacılar yönünden hak arama özgürlüğü ve etkili başvuru hakları kısıtlanmış olacaktır. Yüce Divan'da yargılanmak çok olağanüstü bir durum olup, Yüksek Mahkeme hakimleri yönünden, yine kendilerince oluşturulan hukuka ve hakkaniyete aykırı bir koruma alanı oluşturulmuş olacaktır.

Nitekim bu mahsurlar 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla giderilmiştir. Yargıtay ve Danıştay mensupları ile ilgili bölümde belirttiğimiz gibi, bu kanunlarla “hakimler” genel olarak kapsama alındığı gibi “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar”la ilgili olarak YHGK'da dava açılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesindeki düzenlemenin “Yüksek Mahkeme başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri” hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Nitekim Askeri Yargıtay Başkanı, 2. Başkanı, Başsavcı ve üyeleri bu statüye girmektedir.

²¹⁰ HGK, 22/03/2010, E.2000/2-K.2000/2. Aktaran: KURU, age, s.5862.

6- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Mensupları

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Anayasa'nın 157. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede AYİM'nin görevi, "... idari eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkları yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Yine anılan maddeye göre, AYİM'nin üyeleri hakim sınıftan olanlar ve olmayanlar (subaylar) şeklinde iki gruptur. Maddenin son fıkrasına göre de, "...mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunda düzenlenir."

Nitekim bu düzenleme 1602 Sayılı Kanunla yapılmıştır. Kanunun 4. maddesine göre, AYİM'nin başkanı, başsavcısı, daire başkanları ve üyeleri Askeri Yüksek İdare Mahkemesi hakimleri olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının kendilerine sağladığı teminat altında hizmet görürler. Yine 7. maddeye göre de, mahkeme üyeleri, iki yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla albay rütbesinde üç yılını doldurmuş kurmay subaylardan ve en az yarbay rütbesinde birinci sınıf askeri hakimlerden oluşur. Buna göre, AYİM'de yargılama görevi yapan üyeler arasında meslekten hakim subaylar yanında, hakim olmayan subaylar da bulunmaktadır. Savcılık kadrolarına ise askeri hakimler atanmaktadır. Yasada, AYİM'de görev yapanların hukuki sorumluluklarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple AYİM mensuplarının hukuki sorumluluğunu da genel hükümler çerçevesinde (1086, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar) ele almak gerekir. Nitekim, hukuki sorumlulukla ilgili tartışmalar daha ziyade HUMK çerçevesinde yapılmış olup, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla bu tartışma ve tereddütün diğer Yüksek Mahkemelerde olduğu gibi son bulduğu kanısındayız.

Anayasa ve 1602 Sayılı Yasaya göre bu kuruluşun mahkeme olduğu tartışmasızdır. Ancak yargılama görevi yapan üyelerinin bir kısmı meslekten hakim olup bir kısmı meslekten hakim olmayan subaylardır. Hakim sınıftan olanların, HUMK 573. maddesinin lafzına uygun olarak bu kapsamda olduğu da kuşkusuzdur. Ancak subay üyelerin durumu tartışmalıdır. Eğer HUMK 573. maddesinin lafzını esas alırsak, "hakim" olmayan bu subayların bu kapsamda olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak, yasanın amacı dikkate alınıp, yargılama faaliyeti yapanların bu görevi tedirgin olmadan yapmaları için güvence getirildiği düşünülürse; yasal olarak

yargılama görevi yapan herkes bu kapsamda yer alır. Nitekim Kuru'ya göre de, “Askeri Mahkeme hakimlerine karşı da, HUMK md.573-576 hükümlerine göre tazminat davası açılabilir.”²¹¹ Yine bu yöndeki bir başka görüşe göre de, “...Askeri Mahkeme kuruluna katılarak duruşmalarda hakim göreviyle bulunanlar, karar ve hükümlere de diğer askeri hakimler gibi imza atarlar. Hal böyle olunca anılan subay üyelerin de katıldıkları karar ve hükümler yönünden md. 573 kapsamında hukuki sorumluluk (tazminat) davasında “davalı hakim” olabileceklerinde duraksama ve kuşku bulunmamaktadır²¹².

Bizce de, HUMK 573 ve devamı maddelerde yapılan düzenleme hakimlerin şahsından ziyade yaptıkları görev esas alınmıştır. Bu sebeple esas olan yargılama fiil ve faaliyetidir. Dolayısıyla yargılama yapan ve yasal olarak hakimlik görevi yapan meslekten hakim olmayanlar da bu kapsama dahil olmalıdırlar. Bu yorum, hem mağdurların hak arama özgürlüğünü kesintiye uğratmayacak, hem de yargılama faaliyetine katılan subay için bu görevi selametle yapma olanağı sağlayacaktır.

Nitekim bu tartışma ve tereddütler 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla ortadan kalkacaktır. Çünkü 6100 Sayılı Kanunun (HMK) 46. maddesinde “hakimlerin yargılama faaliyetleri” esas alınmış olup, 47. maddesinde de davaların açılacağı mahkeme belirlenirken “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı kanunda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Kurulunda” dava açılacağı düzenlenmiştir. 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesinde de hakimlerin hukuki sorumluluk usul ve esasları belirlendikten sonra, “Yüksek Mahkemelerin başkanları, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri” ile ilgili olarak açılacak davalar hakkında da bu hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylece bir Yüksek

²¹¹ KURU, age, s.5830.

²¹² AYDINALP, age, s.173.

Mahkeme olan AYİM mensupları da Yargıtay başkan ve üyeleriyle aynı hukuki sorumluluk rejimine tabi tutulmuştur.

7- Uyuşmazlık Mahkemesi Mensupları

Uyuşmazlık Mahkemesi de, Anayasa'nın 158. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin çözümlenmeye yetkilidir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kuruluş ve çalışma usulleri 2247 Sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesine göre Uyuşmazlık Mahkemesi bir başkan, oniki asıl, oniki yedek üyeden oluşur. Mahkemenin başkanı, Anayasa Mahkemesince kendi asıl ve yedek üyeleri arasından seçilir. Üyeleri ise Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay genel kurullarınca kendi üyeleri arasından seçilir.

Bu oluşuma göre Uyuşmazlık Mahkemesi'nin organik anlamda Yüksek Mahkeme olduğu, mensuplarının da yüksek hakim olduğu tereddütsüzdür. Ancak işlevsel anlamda bu mahkemenin “yargılama” yaptığından sözedilemez. Çünkü, hukuki bir ihtilafın haline ilişkin karar vermemekte olup, farklı yargı kolları arasındaki ihtilafları gidermektedir. Bir nevi yargı kolları arasında hakemlik yapmaktadır. Buna rağmen kurumun “mahkeme” sıfatı ve mensuplarının “hakim” olmaları sebebiyle HUMK 573. md. kapsamında olduklarını kabul etmek gerekir. Mahkemeler arası ihtilafi çözüyor olması, üçüncü şahıslara zarar verme ihtimalini zayıflatmakta ise de, bu husus, teorik olarak hukuki sorumluluk dışında oldukları sonucuna götürmez. Sadece böyle bir sorumluluk davasıyla karşılaşma ihtimalini azaltır. Nitekim Aydınalp'e göre de, *“Uyuşmazlık Mahkemesi'nin başkan ve üyeleri de birer yüksek yargı üyesidir. O nedenle “hakimlik” sıfatları ve “yargısal faaliyetleri” dikkate alındığında, diğer yüksek yargı organı başkan ve üyeleri gibi 573. md. kapsamında açılacak tazminat davalarında “davalı” olabilecekleri*

*sonucuna varılmaktadır.*²¹³ Sonuç olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi mensuplarının da HUMK 573. md. kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak Yargıtay'ın yukarıda değinilen Yargıtay ve Danıştay mensuplarının hukuki sorumluluğu ile ilgili davayı “Yüce Divan'da mahkumiyet” koşuluna bağlayan içtihadından ayırmak da olanaksızdır.

Nitekim 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar bu tereddütü de gidermiştir. Yukarıda diğer Yüksek Mahkeme mensuplarıyla ilgili açıklamalarda açıklandığı gibi 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla düzenlenen sorumluluk rejimi, bir Yüksek Mahkeme hakimi olan Uyuşmazlık Mahkemesi mensupları için de geçerlidir.

8- Yüksek Seçim Kurulu Mensupları

Yüksek Seçim Kurulu, yüksek hakimlerden oluşan bir kurul olmakla birlikte, Anayasa'da Yargı bölümünde ve Yüksek Mahkemeler kısmında düzenlenmemiş olup, birinci bölümde Yasama başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 79. maddesine göre YSK, seçimlerin başlamasından bitimine kadar yönetim ve denetim görevi yapar ve kararları aleyhine başka bir mecie başvurulamaz. Kurulu Yargıtay ve Danıştay'dan seçilen üyelerden oluşur. Bu sebeple tümünün yüksek hakim olduğu kuşkusuzdur.

Bunun yanında, Anayasa'da YSK her ne kadar yargı bölümünde düzenlenmemişse de, 79. maddenin ilk fıkrasında “seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır” dedikten sonra, bu yönetim ve denetimin YSK tarafından yapılacağını düzenleyerek, seçim kurullarının yargı organı olduğunu kabul etmiştir. Ancak, işlevsel olarak verilen kararların yargısal olduğu söylenemez. Aydınalp'e göre, “bir yargı mercii olarak yargısal faaliyetleri yönünden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573.maddesi kapsamında 'davalı hakim' sıfatı alabileceklerdir.”²¹⁴ Ancak Yargıtay, Yüksek Seçim Kurulu mensuplarına karşı

²¹³ AYDINALP, age, s.204.

²¹⁴ AYDINALP, age, s.204.

açılan davada, Yargıtay başkan ve üyeleri ile ilgili olarak verdiği kararı emsal almıştır. Bu karara göre, Yüksek Seçim Kurulu başkan ve üyelerine karşı dava açılabilmesini Yüce Divan'dan mahkumiyet şartına bağlamıştır²¹⁵. Bu şartın, diğer yüksek mahkeme ve hakimlerinde olduğu gibi YSK mensupları yönünden de kabulü olanaksızdır. Nitekim, 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar ile getirilen yeni hukuki sorumluluk rejiminin YSK mensuplarını da kapsadığı kuşkusuzdur. Buna göre, Yargıtay başkan ve üyeleri konumunda olan YSK başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı, Devlete karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda tazminat davası açılabilir.

²¹⁵ YHGK, 30/11/1984, 1/1. Aktaran: GÜNAY, Hakimlerin..., s.58.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN UNSURLARININ 1086-6100 VE 6110 SAYILI KANUNLAR YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRMALI OLARAK BELİRLENMESİ

I- MEVCUT YASAL DURUMUN TESPİT VE TAHLİLİ

Hakimlerin hukuki sorumluluğu ilk olarak 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu'nun 573-576. maddelerinde düzenlenmiştir. HUMK 573. maddesinde, yedi fiil tek tek sayılmış ve bu sayılan fiiller sebebiyle hakim aleyhine 575. maddede gösterilen mahkemelerde dava açılabileceği belirtilmiştir. Bu kanun yürürlükte olduğu sürece, ikinci bölümde belirttiğimiz tartışmalar yapılmıştır.

Bu Kanunun yerine 12/01/2011 tarihli 6110 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) kabul edilmiştir. Ancak anılan kanunun yürürlük tarihi 01/10/2011 olarak belirlenmiş olup, buna göre bu tarihe kadar 1086 Sayılı Kanun hükümleri geçerli olacaktır.

6110 Sayılı Kanunda, hakimin hukuki sorumluluğu 46-47-48 ve 49. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun'un 46. maddesinde sorumluluk için altı sebep ve ödenen tazminatı Devletin rücu edeceği, 47. maddesinde davaların açılacağı mahkeme, 48. maddesinde dava dilekçesinin zaruri unsurları ve davanın ihbarı, 49. maddesinde ise davanın reddi halinde verilecek ceza düzenlenmiştir.

6110 Sayılı Kanunla getirilen en önemli yenilik, hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı açılacak davanın artık Devlet aleyhine açılacak olmasıdır. Bunun yanında dava açılmasının, hakime karşı bir ceza soruşturması veya mahkumiyet şartına bağlanamayacağı belirtilmiştir. Bu hükmün, Yargıtay'ın Yüksek Mahkeme hakimleri yönünden davayı Yüce Divan mahkumiyeti şartına bağlayan içtihadını karşıladığını söylemek gerekir.

Kanunda, davanın açılacağı mahkemeler ise iki kısım hakim esas alınarak net ve sade olarak belirlenmiştir. Buna göre ilk derece ve bölge adliye hakimleri bir kısım, Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanlar bir diğer kısım olarak esas alınıp Yargıtay ilgili dairesi ve Yargıtay Genel Kurulu görevli kılınmıştır. Rücu davaları da esas davanın görüldüğü mahkemede görülecektir.

Dava dilekçesinde sorumluluk sebebi net olarak belirtilip dayanılan deliller ve belgeleri eklenecektir. Davanın esastan reddi halinde ise, davacıya beşyüz TL ile beşbin TL arası disiplin para cezası verilecektir.

Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu hükümler 01/10/2011 tarihinden itibaren uygulanacak olup bu tarihe kadar 1086 Sayılı Kanun uygulanmaya devam edilecektir.

İşte tam bu noktada 6110 Sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. 6110 Sayılı Kanunu 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanun'a 93/A maddesi eklenmiştir Bununla hakim ve savcılarının görevlerini yaparken sebep oldukları zararlar sebebiyle açılacak tazminat davasının; ancak Devlet aleyhine açılabileceği, kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim savcı aleyhine tazminat davası açılmayacağı, davanın açılma süresi, Devletin ödediği tazminatı rücu edeceği, bu hükümlerin yüksek mahkeme mensupları ile HSYK müfettişleri ve adalet müfettişlerinin görevleri sebebiyle de uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile getirilen en önemli düzenleme ise, bu düzenlemeyi hukuki sorumluluk konusunda öncelikli mevzuat yapan 6. fıkradır. Bu fıkroda; hakim ve savcılarının görevleri sebebiyle açılacak tazminat davalarında bu madde hükümlerinin uygulanacağı, bu maddede hüküm bulunmazsa ilgisine göre HUMK ile CMK hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, hakim ve savcının sorumlu tutulduğu fiilin niteliğine göre uygulanacak ikincil mevzuat değişecektir. Örneğin emniyet tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin kararlar sözkonusu ise CMK, diğer hallerde HMK uygulanacaktır.

Yine 6110 Sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 1086 Sayılı Kanununun 573. maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek, hakim aleyhine tazminat davası açılma sebepleri, Devlet aleyhine tazminat davası sebeplerine dönüşmüştür. Böylece, 31/10/2011 tarihine kadar geçecek 8,5 aylık zaman dilimi içinde açılacak davalar için bile davaların eski sisteme göre hakim aleyhine açılmasına yasa koyucunun gönlü razı olmamıştır. Bunun yanında 8,5 ay sonra tümünden yürürlükten kalkacak olan HUMK'nun, dilekçe şekli ve davanın şekli koşullarını ve ilk derece hakimler için bölge adliye mahkemelerini görevli kılan 575. maddesi ile dava sabit olursa davalı hakimden, sabit olmazsa davacıdan zararın tahsilini ve idari para cezası verileceğini

düzenleyen 576. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle 8,5 ay için dilekçe ve dava şekilleri genel hükümlere tabi hale gelmiş, ayrıca dava reddolunursa, dava sonucuna göre tahsil olunacak zarar-zıyanın tazmini ve davalıya verilecek para cezası hükümlerinin uygulanması kaldırılmıştır.

Nitekim 6110 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile de; 6110 Sayılı HMK yürürlüğe girince kadar, HUMK 573. maddesine dayanılarak açılacak tazminat davalarında görevli yargı mercileri belirlenmiştir. Bu düzenlemenin en önemli maddesi ise bizce; geçici 2. maddenin (2) bendidir. Çünkü bu bend ile; 6110 Sayılı Kanunla getirilen 2802 Sayılı Kanunun 93/A maddesi ile yine bu kanunla yeniden düzenlenen HUMK 573. maddesinin; görülmekte olan davalar, kesinleşmemiş hükümler, miktar itibarıyla temyiz edilmeden kesinleşen hükümler bakımından da uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylelikle, tezin girişinde bahsettiğimiz, hakimler aleyhine açılan popüler davalarda verilen ve henüz kesinleşmeyen kararların Devlet aleyhine davaya dönüşmesi sağlanmıştır. Bu tercih ve taktiğin hukuk bilimi ve anılan hakimler yönünden doğruluğu yanlışlığı bir tarafa, hukuk bilimi ve maslahata uygunluk kriterleri yerine popüler ve politik davalar sebebiyle bir müessesenin düzenlenmesi, siyasetin hukuka müdahalesi olup makul karşılanamaz. Ya HMK'nun hemen yürürlüğe girmesi sağlanmalıydı ya da 8,5 aylık zaman diliminde normal mecranda HUMK'nun uygulanması sineye çekilmeliydi. Tabiki yasa koyucunun (ve siyasi iradenin) maksadı köklü kalıcı hukuki müesseseler oluşturmak ise. Ancak yasa koyucunun buradaki maksadının, popüler ve politik davaların seyrini değiştirmek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

II- SORUMLULUĞUN GENEL KOŞULLARI

A- HUKUKA AYKIRI EYLEM

Sorumluluk hukukunda, kusura dayalı sorumluluktan sözedebilmek için öncelikle bir haksız fiilin-hukuka aykırı bir eylemin mevcut olması gerekir. Hakimlerin hukuki sorumluluğu sözkonusu olunca da, haksız fiil olarak hakimlik faaliyetinin icrası sırasında hukuka aykırı karar veya bir davranışın sözkonusu olması gerekir. Hakimlerin hukuka aykırı davranışlarının neler olduğu ise HUMK'nun 573. maddesinde 7 bend halinde sayılmıştır. Bu maddede sayılan hallerden birisinin gerçekleşmesi halinde hukuka aykırı eylemin varlığından söz edilebilir. Ya da başka

bir ifade ile HUMK 573. vd. maddeler uyarınca hukuki sorumluluktan sözedebilmek için yasada tek tek sayılan sebeplerden birisinin gerçekleşmiş olması gerekir. Burada sayılanlar dışında ve yine yargısal faaliyet sırasında oluşan hukuka aykırılık sebebiyle zarar meydana gelmiş ise bu durumda Borçlar Kanunu 41. maddede düzenlenen haksız fiil sebebiyle sorumluluk sözkonusu olacaktır. Bunun yanında hakim hakimlik sıfatı içinde ancak idari görevi sebebiyle zarar oluşmuş ise bu durumda idare hukuku kuralları çerçevesinde Adalet Bakanlığının sorumluluğu sözkonusu olur.

HUMK 573. maddede sayılan sorumluluk halleri tahdidi olup genişletilemez. Örneğin, vekilin veya tarafların hükmün tefhimi sırasında ayağa kalkmaması uygun olmayan davranış olarak kabul edilmiş ve vekil duruşmadan çıkarılmış ise de, HUMK'nun 70. maddesine göre işlem yapan hakim sadece bu nedenle tazminat sorumluluğunu gerektirmeyeceği YHGK'nun 29/03/1967,E-1967/184,K-1967/162 sayılı kararında vurgulanmıştır²¹⁶. Nitekim HUMK 573. maddede sayılan bu sorumluluk halleri (hukuka aykırı fiiller) 6110 Sayılı Kanununun 46/1 maddesinde 6 bend halinde sayılmıştır. Gerek HUMK 573 maddede gerekse 6110 Sayılı Kanununun 46/1 maddesinde sayılan ilk altı sorumluluk sebebi (dilindeki anlaşılabilirlik dışında) aynıdır. Sadece HUMK 573. maddesinde düzenlenen yedinci sebep 6110 Sayılı Kanunda yer almamıştır. Bunun haklı sebebe dayandığını da söylemek mümkündür. Çünkü düzenlenen sorumluluk sebebinin hakimlik göreviyle bağdaşmadığı bu bendde “memuriyet vazifesini yapmakta ihmal veya terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makul bir mazeret olmaksızın yapılmaması” düzenlenmiş olup, hakimler “memuriyet vazifesi” yapmadığı gibi, Anayasanın 138. maddesi karşısında hakimlerin “verilen emirleri mazeretsiz yapmamak” fiilinden sorumlu tutulması da olanaksızdır. Bu sebeple, bu bend uyarınca hakimlerin yargısal görev

²¹⁶ GÜNAY, Hakimlerin Tazminat..., s.27.

sebebiyle sorumluluğu zaten sözkonusu olamazdı. Nitekim Günay da bu konuda şu görüşü ileri sürmektedir: “ Anayasa'nın 138/11 maddesinde yer alan yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir verilemeyeceği kuralı karşısında, HUMK'nun 573/7 maddesindeki 'veya kanuna göre verilen emirlerin makul mazeret olmaksızın yapılmaması' hükmünün uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.²¹⁷” Bu sebeple 6110 Sayılı Kanunda sorumluluk sebebi olarak bu bend'e yer verilmemesi hukuka uygun ve yerinde olmuştur. Diğer sorumluluk sebepleri alt başlıklarda ayrıntılı incelenecek olup, burada 6110 Sayılı Kanunun 46/1. maddesinde sayılan sebepler sırayla belirtilmekle yetinilecektir. Buna göre, sorumluluk sebepleri (haksız fiil-hukuka aykırılık halleri) şunlardır:

1- Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması,

2- Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması,

3- Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması,

4- Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması,

5- Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması,

6- Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

²¹⁷ GÜNAY, Hakimlerin Tazminat..., s.26.

Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi, bu sorumluluk sebepleri dildeki sadelik dışında HUMK 573. maddesinde de aynen sayılmıştır. Bunun yanında hakimlerin sorumluluğu konusundaki en son yasal düzenleme olan 6110 Sayılı Kanunda sorumluluk sebepleri ile ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, sorumluluk için kurucu unsur olan “hukuka aykırı fiil” konusunda önemli bir ayrıntı yer almıştır. 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna eklenen 93/A maddenin (b) fıkrası uyarınca “kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz”. Buna göre hakimlerin hukuki sorumluluğu için gerekli olan hukuka aykırılık hali sadece 6110 Sayılı Kanunda sayılan altı fiille sınırlıdır. Haksız fiil, kişisel kusur vb kavramlardan hareketle hakimlerin hukuki sorumluluğuna gidilemeyecektir. Daha doğru ifade ile hakimin şahsı aleyhine dava açılmayacaktır. Her durumda dava Devlet aleyhine açılacaktır. Kanunda sayılan haller tahdidi olup, kıyas ve benzeri yorum teknikleriyle genişletilemez.

Kanunda sayılan fiil türleri değerlendirilince,her birinin aslında aynı zamanda cezai yönden de suç oluşturduğu görülmektedir.

B- KUSUR

Sorumluluğun bir diğer kurucu unsuru ise “kusur”dur. Hakimin hukuki sorumluluğu için kusur şartının aranması genel olarak haksız fiiller sahasında hakim olan kusur prensibinin bir tatbik şekli olarak ibarettir. Hakimin kusurunu tayin ve ihmali takdir ederken müsamahalı davranmak gerekir. Bu hususta kanunun açık ve amir hükümlerine aykırılık ile basit ve tefsir ve takdir hatalarını ayırmalıyız. Öncelikle takdir konusunda kusur ancak hakimin vazifesini açıkça suistimal etmesi halinde sözkonusu olmalıdır²¹⁸. Konu her ne kadar hakimlerin hukuki sorumluluğu ise de, bu husus da genel sorumluluk hukukunun bir parçası olup sorumluluk hukuku

²¹⁸ KILIÇOĞLU, agm, s.249.

prensipleri burada da aranacaktır. Nitekim, kusur unsuru yönünden de BK 44. maddesi uyarınca müterafik kusur burada da geçerlidir. Kılıçoğlu'na göre, *“bir zararın doğmasına zarara uğrayan şahsın kusurlu bir hareketi de etkili olmuşsa hükmedilecek tazminat miktarından bir miktar indirilir veya tazminata mahkumiyetten tamamen vazgeçilir”*²¹⁹. Genel olarak haksız fiil alanında kabul edilen kusur ilkesi ve kusurlu sorumluluk esasının, hakimin hukuksal sorumluluğu yönünden bir özel uygulaması sözkonusudur. Kusurlu eylem, hakimin kasdi bir davranışı şeklinde olabileceği gibi, ağır kusurlu bir eylemi olarak da ortaya çıkabilir. Sorumluluk nedenlerinin bendler halinde açıkça öngörüldüğü HUMK madde 573 hükmünde sorumluluk halleri düzenlenirken, duruma göre hakimin kası ya da ağır kusuru şeklindeki ihmali eylemleri yasal bir unsur olarak aranmıştır²²⁰. HUMK 573. maddede sorumluluk gerektiren haller 7 bend halinde, 6110 Sayılı Kanununun 46/1.maddesinde ise 6 bend halinde sayılmış olup, herbir sorumluluk hali için kusurluluk hali ayrı ayrı değerlendirilir. Kılıçoğlu'na göre, *“yedi bend halinde tespit edilmiş bulunan sorumluluk hallerinin hemen hemen hepsinde kasıt veya ağır kusur şartı aranmaktadır.”*²²¹ Aydınalp'e göre de, *“HUMK madde 573'teki 1-6 bend hükümlerinde 'kasıt' yahut 'ağır ihmal' arandığı halde, sadece 7. bendde 'ihmal' hukuki sorumluluk için yeterli olmaktadır.”*²²² Örneğin Yargıtay HGK bir kararında; *“HUMK 573 ve izleyen maddelere dayandırılan davada, hakimin kasıtlı hareket etmiş olması ve verdiği kararın kanuna ve adalete aykırı bulunması gerektiği, 573/1, 573/2 maddelerine göre ise açık ve kesin olan kanun hükmüne aykırı bir kararın sorumluluk doğurduğu”na hükmedilmiştir*²²³. Yargıtay 4.HD'nin bir kararında da, *“...davalı hakimin görevi savsaması, kasıtlı hareketle yasaya ve adalete aykırı*

²¹⁹ KILIÇOĞLU, agm, s.249.

²²⁰ DEMİR, agm, s.839.

²²¹ KILIÇOĞLU, agm, s.249.

²²² AYDINALP, age, s.148.

²²³ YHGK, 27/01/2010, E.2010/4-28 K.2010/8, Yayınlanmamıştır.

*kararı ya da açık ve kesin bir yasa buyruğuna aykırılığı yoktur” denilerek 573/2. madde için 'kasıt' unsurunu aramıştır*²²⁴.

Sonuç olarak HUMK 573. maddede sayılan yedi sorumluluk halinin ilk altısında, 6110 Sayılı Kanununun 46/1. maddesinde sayılan altı sorumluluk halinin tümünde hakimin kasıtle hareket etmesi gerekmektedir. HUMK 573. maddede sayılan yedinci sorumluluk halinde ise ihmal yeterli sayılmaktadır.

C- ZARAR

Hakimin hukuken sorumlu tutulup tazminata mahkum edilmesi için tabiki öncelikle hakimin hukuka aykırı fiil sonucu bir zarar meydana gelmiş olması gerekir. Ortada bir zarar yok ise, doğal olarak tazmini de gerekmez. Zarar maddi veya manevi olabilir. Zararın doğduğunu ve miktarını iddia edenin genel hükümlere göre ispat etmesi gerekir. Kılıçoğlu'na göre zarar “*mağdurun böyle bir karar verilmesi nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilme ile muhakeme masraflarından ibarettir*”²²⁵. Yine Belgesay'a göre, “*zarar gören tarafından zararın gerçek miktarı kanıtlanamadığı takdirde, bu hüküm çerçevesinde somut zarar verici olaydaki durum ve koşullara bakmak suretiyle tazmini gerekli zararın miktarını takdir yetkisini kullanarak belirleyecektir.*”²²⁶ Tazmini gereken zarar HUMK 576/1. maddede belirtilmiştir. Burada ifade edilen zararlar, mağdurun maddi manevi zararları ile birlikte, yargılama giderlerini de kapsamaktadır. Oysa bu hüküm olmasaydı da mağdur davayı kazanınca yargılama giderleri zaten karşı tarafa yüklenecektir. Buna karşın 6110 Sayılı Kanunda tazmini gereken zararlar ilgili hüküm bulunmayıp, bu husus genel hükümlere göre belirlenecektir.

²²⁴ Y4HD, 24/10/2000, E.2000/4001-K.2000/9140.

²²⁵ KILIÇOĞLU, agm, s.251.

²²⁶ Aktaran: DEMİR, agm, s.841.

D- İLLİYET BAĞI

İlliyet bağı koşulu Borçlar Kanunu madde 41'de “...zarar ıka eden...” ve “..sebebiyet veren...” sözcükleriyle ifade edilmiştir. “Sebeup” ve onun neden olduğu “sonuç” arasındaki “bağ”ın var olması sorumluluğun koşuludur. Böyle bir bağ kurulamıyorsa sorumluluk da doğmayacak demektir²²⁷. Buna göre, hukuki sorumluluğun doğması için hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin mevcut olması gerekir. Eğer bu ilişki kurulamıyorsa ya da kişinin müdahalesiyle bu bağ kopuyorsa, hakimi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Örneğın, para cezasını gerektirir bir suçtan dolayı tutuklama kararı veren hakim yönünden, tutuklanan kişinin çalışmaması nedeniyle mahrum kaldığı kazanç arasında uygun illiyet bağı vardır. Ancak, yanlış delile dayalı bir kararla tazminata mahkum olan ve elindeki lehine delilleri ibraz etmeyen ve kararı temyiz etmeyen ilgilinin fiili illiyet bağını kesen bir nedendir.

Haksız fiil sebebiyle sorumluluk hali yeni Borçlar Kanununda (6098 Sayılı Kanun) 49.vd. maddelerde düzenlenmiştir.Yeni kanunun 49.maddesinde illiyet bağı “kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren...”şeklinde ifade edilmiştir.Bu sebeble , tazminata hükmedebilmek için, kanunda sayılan kusurlu fiiller ile zarar arasında uygun illiyet bağıının bulunması gerekmektedir.

İlliyet bağı ile ilgili olarak da HUMK ve 6110 Sayılı Kanunda hüküm bulunmayıp genel hükümlere göre bu unsurlar değerlendirilir.

²²⁷ AYDINALP, age, s.154.

III- HUKUKİ SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE TAZMİNAT DAVASI

A- DAVANIN TARAFLARI

1- Davacı

Bir hakimin, hakimlik faaliyeti içerisinde, hakimin yasada sayılan hukuka aykırı fiilleri sebebiyle zarara uğrayan herkes davacı olabilecektir. Ancak, Demir'e göre, hakimin hukuka aykırı fiilinden zarar gören herkesin değil asıl davanın taraflarının davacı olabilmesi mümkündür. Bu görüşe göre, “*hakimin hukuksal sorumluluğunu gerektiren asıl davada davacı veya davalı sıfatını taşıyan ve fakat o davada hakimin yargılama faaliyetindeki hukuka aykırı eyleminden dolayı zarara uğramış olan kişi tazminat davasının davacısıdır.*”²²⁸ Bu sınırlayıcı görüşün yasanın lafzı karşısında doğru olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü HUMK'nun 573 .maddesinde yedi kusurlu fiil sayılmış olup bu fiillerin tazminat davası sebebi olacağı belirtilmiş ve özel olarak “davanın tarafları”nın davacı olabileceği belirtilmemiştir. Nitekim 6100 Sayılı Kanun'da da aynı usul belirlenmiş olup burada da sınırlayıcı bir belirleme yapılmamıştır. Nitekim Kılıçoğlu da davacıyı “...zarara uğrayan kimse” olarak tanımlamış olup, esas davanın tarafları gibi bir sınırlama tespit etmemiştir²²⁹. Aydınalp'e göre de davacı “...zarara uğradığını iddia eden kişi veya kişilerdir”²³⁰. Davacı davasını doğrudan açabileceği gibi vekil aracılığıyla da açabilir. Ancak bu durumda vekaletnamede özel yetki bulunması gerekir. Bu koşul kanunda bulunmamakla birlikte, 04/02/1956 gün ve 1416 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı ile getirilmiştir²³¹.

²²⁸ DEMİR, age, s.97.

²²⁹ KILIÇOĞLU, agm, s.257.

²³⁰ AYDINALP, age, s.166.

²³¹ KILIÇOĞLU, agm, s.257.

2- Davalı

Hakimlerin hukuki sorumluluğunda, davalıyı iki ayrı yönden değerlendirmek gerekir. Çünkü, 1086 Sayılı Kanun ile (HUMK) 6110 Sayılı Kanun davalıyı farklı belirlemiştir. Aslında, müessese “hakimlerin hukuki sorumluluğu” olunca, doğal olarak davalının da “hakim” olması gerekir. Nitekim HUMK 573. maddeye göre “hakim ve icra reisi aleyhine” tazminat davası açılabilir. Dava açılacak hakim ise kanunda yedi bend halinde sayılan haksız kararı veren hakimdir. Nitekim hakim kavramının kimleri kapsadığını ve gerek yerel mahkeme gerek yüksek mahkemelerde görevli olanların sorumluluk kapsamını yukarıda ayrıntılı olarak açıkladık. Toplu mahkemelerde ise tüm heyet aleyhine dava açılabileceği gibi heyetteki bir hakim de davalı olarak gösterilebilir. Nitekim Tercan bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: *“Verilen karar mahkeme üyelerinin tümünün kararı olduğu için, mahkeme üyelerinin tümüne karşı dava açılmalıdır; tek bir üye seçilerek dava edilemez. Ancak, üyelere biri vakıa ve belgeleri tahrif ederek mahkemenin kararına etkili olmuşsa sadece onun aleyhine tazminat davası açılabilirdir.”*²³² Toplu mahkemelerde davalı hakimi belirlerken, haksız fiil oluşturan karara katılan ve/veya bu kararın çıkmasında hukuk dışı fiilleriyle etken olan hakim esas alınmalıdır. Bu bağlamda, hukuka aykırı kararda oy'u bulunmayan, azlık oyu yazan hakimin bu karardan sorumlu tutulamayacağı kuşkusuzdur.

6100 Sayılı Kanun ise, hakimlerin hukuki sorumluluğu müessesesinde, hakimi birinci derece sorumlu (davalı) olmaktan çıkarmıştır. Nitekim 6110 Sayılı Kanunda da aynı yol izlenmiştir. 6100 Sayılı Kanunun 46/1. maddesinde “hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak devlet aleyhine tazminat davası açılabilir” hükmü düzenlenmiştir. 6110 Sayılı Kanunun 12. maddesinde de; tazminat davalarının “ancak Devlet aleyhine” açılacağı, kişisel

²³² TERCAN, age, s.238.

kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim ve savcı aleyhine dava açılmayacağı kuralı getirilmiştir. Hal böyle olunca, 6100 Sayılı Kanundan sonra artık hakimler değil Devlet davalı olabilecektir. Hatta 6110 Sayılı Kanun'un 14. maddesi ile HUMK'nun 573. maddesi değiştirilmiş olup, “Devlet aleyhine dava açılabilir” hükmü bu maddeye de yerleşmiştir. Bu hükmün derdest davalara da uygulanacağı geçici 2. maddede belirtilerek, hakim aleyhine açılıp derdest olan davaların da Devlet aleyhine davaya dönüşmesi sağlanmıştır. Her iki yasada da, Devletin ödediği tazminatı sorumlu hakime rücu edeceği hükmü düzenlenerek hakimler ikinci derece sorumlu (davalı) hale getirilmiştir. Buna göre bu davalar iki aşamalı davaya dönüşmüş olup, ilk davanın davalısı Devlet olup ikinci davada (rücu davası) hakim davalıdır.

B- DAVANIN ŞEKLİ KOŞULLARI

1- Dilekçe Şekli

Dava dilekçesinin unsurları HUMK 575. maddede belirlenmiştir. Buna göre, dilekçede, “iki tarafın isim ve şöhret ve sıfat ve mahalli ikameti ve şikayet sebebi olan davanın belgelerinin ve delillerinin, zararın neden ibaret olduğunun yazılması, dava zabitlerinin ve ispat belgelerinin” dilekçeye eklenmesi gerekmektedir. Nitekim kanunda sayılan unsurları içermeyen dilekçeler tebliğe çıkarılmadan mahkemece reddolunur.

Bundan başka davacı delil olarak tanık dinletmek istiyorsa, tanık listesini de dava dilekçesine ekli olarak mahkemeye vermekte yükümlüdür²³³. Dava dilekçesinde bulunması gerekli bu yasal koşulları taşımayan bir dilekçeyi alan mahkemenin hakimi, HUMK'un 575.md.si hükmü çerçevesinde öngörülen usulü gerekleri yargılamanın her aşamasında re'sen gözönünde tutacaktır. Bu nedenle, HUMK'un

²³³ KURU, age, s.5845.

575.md. ne hükmüne uygun bulmadığı bir dava dilekçesi gördüğü takdirde, dava dilekçesini davalı hakime tebliğ etmeden ve bu konuda bir duruşma açıp davacıyı da dinlemeden, bu dilekçenin usul bakımından reddine karar verecektir²³⁴. Kanunumuz dava dilekçesini bu derece sıkı şekil şartlarına tabi tutmakla, usule uygun gelişigüzel tazminat iddiaları ile hakimin sık sık rahatsız edilmesini önlemek, bu çeşit davalarda ciddiyeti sağlamak istemiştir²³⁵. Örneğin Yargıtay bir kararında; dava dilekçesinde deliller arasında gösterilen Asliye Ceza Mahkemesi dosyasının ve içindeki belgelerin örneğinin dilekçeye eklenmemesi sebebiyle HUMK 575 maddesine göre dilekçenin duruşma yapılmadan reddine karar vermiştir²³⁶. Ancak Kuru'ya göre; dava dosyası ve eki belgelerin örneğini çıkarmak güç ve masraflı bir iş olup, tazminat davasına bakan mahkemenin dava dosyasına ait olduğu mahkemeden istemesi ve dosya geldikten sonra davaya devam etmesi daha doğru olurdu²³⁷. HUMK'nun 576/2 maddesi uyarınca davanın reddi halinde davalı hakim lehine tazminata hükmolunması yanında davacıya mahkemece idari para cezası verilir. Ancak, dava dilekçe şartları yönünden reddedilmişse, davalı lehine tazminata hükmedilmeyeceği gibi para cezası da verilmeyecektir. Çünkü, sorumluluk ve tazminatı konu alan dava konusu uyuşmazlık, esastan incelenmediği için maddi anlamda kesin bir hükme bağlanmış değildir²³⁸.

6100 Sayılı Kanununun 48/1. maddesinde ise dilekçe koşulları daha kısa ve sade düzenlenmiştir. Bu hükme göre “tazminat davası dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delilleri açıkça belirtilir, varsa belgeler de eklenir.” Bu hüküm kısa ve sade görünüm içermekle birlikte, katı şekli koşullardan uzaklaşarak hakim aleyhine sonuç doğurmuştur. Çünkü şekli koşulların gevşetilmesi rastgele davalar açılması yolunu da aralamıştır. Buna göre dava dilekçesinde sadece hangi

²³⁴ DEMİR, agm, s.850.

²³⁵ KILIÇOĞLU, agm, s.258.

²³⁶ YHGK, 04/12/1963, 4/7-193, Aktaran: KURU, age, s.5846.

²³⁷ KURU, age, s.5848.

²³⁸ DEMİR, age., s.851.

sorumluluk sebebine dayanıldığı ve delillerin açıkça belirtilmesi ve “varsa” belgelerin eklenmesi yeterli olacaktır.

2- Vekalet

1086 Sayılı HUMK'da vekalet koşullarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay İBK kararı ile, hakimlere karşı açılacak davalarda vekile bu konuda açıkça yetki verilmiş olması gerekmektedir²³⁹. Nitekim bir Yargıtay kararında; vekil aracılığıyla hakim aleyhine açılan dava “vekaletnamede hakim hakkında tazminat davası açma yetkisi bulunmadığı” gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir²⁴⁰. Kuru, asil tarafından sonradan icazet verilmesi halinde, anılan eksiklik sebebiyle davanın reddedilmemesi gerektiğini ifade etmekle birlikte Yargıtay buna rağmen dilekçenin reddi kararı verilmesi gerektiğini benimsemektedir²⁴¹. Demir ise, bu durumda eksikliğin giderilmesi için avukata kesin süre verilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴². Bize göre ise, İBK kararları kanun hükmünde olup herkesi bağlayıcıdır. Nitekim bu konuda da, YİBK'nun 04/02/1959 gün ve 1416 sayılı kararında “...temsiliye açıkça selahiyet verilmiş ve bu selahiyetin temsil belgesine yazılmış olması kanuni şartlardandır” denildiğine göre, bu koşulun doğruluğu yanlışlığı bir tarafa uyulması mecburi bir kural halini almıştır. Bunun yanında bu kural, “hakimlerin hukuki sorumluluğunun katı şekil koşullarına tabi olması gerektiği” görüşümüzle de uyuşmakta onu desteklemektedir. Ancak, bu kuralın, kanuni temeli olmadan Yargıtay İBK tarafından kanun gücünde sonradan yaratıldığını da itiraf etmemiz gerekir. Nitekim bu konuda 6100 Sayılı Kanunda da açık bir hüküm bulunmayıp yukarıda anılan YİBK kararının 6100 Sayılı Kanunun

²³⁹ YİBKK, 04/02/1959 gün ve 1416 sayılı kararı. Aktaran: KURU, age, s.5853.

²⁴⁰ 12HD, 05/05/1992, 5571/6043, Aktaran: KURU, age, s.5852.

²⁴¹ KURU, age, s.5853.

²⁴² DEMİR, agm, s.852.

yürürlüğüyle bir hükmü kalmayacaktır. Bu sebeple, genel vekalet ile bu davaları açmak olanaklı olacaktır.

IV- HUKUKİ SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİNDE GÖREVLİ MAHKEME

A- ADLİ YARGI HAKİMLERİ YÖNÜNDEN

1- Yerel Mahkeme Hakimleri

a- Hukuk Hakimleri

Hakimlerin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak davalarda görevli mahkeme HUMK'nun 575/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme de adli yargı teşkilat yapısı esas alınmış olup hukuk hakimi, ceza hakimi, idari hakim ayrımı yapılmamıştır. Kanundaki düzenlemeye göre:

* Sulh hakimlerine karşı buldukları ilçedeki Asliye hukuk mahkemesinde,

* İlçelerdeki Asliye hakimleri ve icra hakimlerine karşı ilçenin bağlı bulunduğu vilayet Asliye hukuk mahkemesinde,

* Vilayet Asliye hakimleri hakkında tazminat davası, esas davacının tabi bulunduğu Yargıtay dairesinde açılır. Yani hakimın tazminatı gerektiren fiili işlediği asıl dava sonucunda verilen hükmün temyiz inceleme mercii olan Yargıtay Hukuk Dairesinde açılır²⁴³.

Görüldüğü gibi, kanun sulh-asliye ayrımı ve ilçe-il hakimi ayrımı yaparak görevli mahkemeyi belirlemiştir. Bu durumda hukuk hakimleri yönünden düzenleme tereddütsüzdür. İlçe sulh hakimi aleyhine ilçe asliye hukuk mahkemesinde, ilçe asliye hakimine ve icra hakimi aleyhine il asliye hukuk mahkemesinde dava açılacaktır. İl asliye hukuk hakimleri aleyhine ise suçlama konusu dosyanın temyizen

²⁴³ KURU, ARSLAN, YILMAZ, age, s.846.

görüreceği Yargıtay Hukuk Dairesinde dava açılacaktır. Yargıtay hukuk dairesinin, ilk derece mahkemesi olarak baktığı bu davalar hakkında verdiği kararlara karşı temyiz incelemesi Yargıtay HGK'na yapılır²⁴⁴. Kanunda sadece asliye mahkemelerinden bahsedilmesine rağmen, buraya sadece asliye hukuk hakimleri girmez. Asliye mahkemesi sayılan ve bu sıfatla karar veren mahkeme hakimleri aleyhine açılacak olan tazminat davalarında da yetkili ve görevli mahkeme 575. maddenin II. fıkrasındaki esaslara göre tayin edilmek icabeder²⁴⁵. Nitekim Yargıtay 4. HD bir kararında, icra hakimine karşı açılan bir davada; İİK'nun 16. maddesin edayalı olarak görülen davanın temyiz merciinin 12. Daire olduğundan, davanın 12. Dairede görülmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁴⁶. Yine 4HD, ticaret mahkemesi hakimi aleyhine açılan, iş mahkemesi hakimi aleyhine açılan davalarda da aynı şekilde esas davanın temyizen görüleceği Dairenin görevli olduğuna hükmetmiştir²⁴⁷.

Bu hüküm ve içtihatlar 26/09/2004 gün ve 5236 Sayılı Kanun ile değiştirilmek istenmiştir.²⁴⁸ 5236 Sayılı Kanun'un 18. maddesi ile HUMK'nun 575/2. maddesi değiştirilerek görevli mahkemeler konusu yeniden düzenlenmiştir. Burada bölge adliye mahkemeleri dikkate alınarak ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre; ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler aleyhine bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde, bölge adliye mahkemesi hakimleri aleyhine ise Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinde dava açılacaktır. Ancak bu değişiklik, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçince yürürlüğe girecek olup, bu hüküm yürürlüğe girmeden 6100 Sayılı

²⁴⁴ KURU, age, s.5844.

²⁴⁵ KILIÇOĞLU, agm, s.254.

²⁴⁶ Y4HD, 25/05/2009, E.2009/2-K.2009/46, Yayınlanmamıştır.

²⁴⁷ Y4HD, 27/10/2003, E.2003/10112-K.2003/12285, 17/12/2003, E.2003/15783-K.2003/14914, Yayınlanmamıştır.

²⁴⁸ MADDE 18.- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 575 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

İlk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler hakkında tazminat davaları bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi hakimleri hakkında ise Yargıtayın ilgili hukuk dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır.

Kanun çıkmıştır. 6100 Sayılı Kanunun yayımlandığı 14/02/2011 tarihi itibarıyla HUMK'da görevli mahkemeyi belirleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 6110 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi, 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar HUMK uyarınca açılan davalar için görevli mahkemeyi belirlemiştir. Buna göre, hakimlerin her tür kararı nedeniyle Devlet aleyhine açılan davalarda Yargıtay ilgili hukuk dairesi, Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanlar sebebiyle açılacak davalarda ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ilk derece mahkemesi sıfatıyla görevli olduğu hükme bağlanmıştır²⁴⁹. Aslında aynı kural 6100 Sayılı Kanun'un 47. maddesinde de düzenlenmiştir²⁵⁰. Bu kanun yürürlüğe girince

²⁴⁹ GEÇİCİ MADDE 2- (1) 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573 üncü maddesindeki sebeplere dayanılarak açılacak tazminat ve rücu davalarında;

a) Hâkimlerin bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle Devlet aleyhine açılan tazminat davası, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır. b) Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür. c) Bu davalar ilgili hâkime resen ihbar edilir.

(2) Hâkimler ve Savcılar Kanununa bu Kanunla eklenen 93/A maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bu Kanunla değiştirilen 573 üncü maddesi hükümleri bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte;

a) Görülmekte olan davalar, b) Kesinleşmemiş hükümler, c) Miktar veya değeri itibarıyla temyiz veya karar düzeltme yoluna gidilemediği için kesinleşen hükümler, bakımından da uygulanır ve davaya Devlet aleyhine devam olunur.

(3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen ve miktar veya değeri itibarıyla temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurulamayan hükümler için, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Bu fıkra uyarınca yapılan kanun yolu başvuruları üzerine verilen kararlar, tahsil edilmiş tazminat bedelinin geri istenmesi hakkını doğurmaz.

(4) Görevli mahkemede Devlet aleyhine devam olunacak davada, temyiz ve karar düzeltme incelemesinde ilk olarak Hâkimler ve Savcılar Kanununun 93/A maddesinde öngörülen dava şartlarının mevcut olup olmadığına bakılır.

²⁵⁰ **MADDE 47-** (1) Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat

de, ilk derece bölge adliye mahkemesi hakimlerinin fiilleri sebebiyle Yargıtay ilgili hukuk dairesinde, Yargıtay başkan ve üyelerinin fiilleri sebebiyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda dava açılacaktır. Kanun koyucunun 31/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecek bu kuralı 8 ay öne almasının sebebi hakimlerin aleyhine açılan derdest olan ve bu zaman aralığında açılacak medyatik davaları Devlet aleyhine dönüştürmek ve görevli yargı yerini de yeniden belirleyip davaların yeniden görülmesini sağlamaktır diye düşünmekteyiz.

Sonuç olarak hukuk hakimleri (ve diğer hakimler) yönünden görevli mahkemeyi belirleyen HUMK 575/2. madde yürürlükte olmayıp 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar da 6110 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesi geçerlidir. Her iki kanun hükmüne göre de; ilk derece ve istinaf mahkemesi hakimleri yönünden Yargıtay ilgili dairesi, Yargıtay üyeleri ve onlara eş değer olanlar yönünden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yetikli ve görevlidir. Nitekim bu hükümlerde hukuk, ceza ayrımı yapılmamış, sadece ilk derece istinaf ve yüksek mahkeme hakimine göre belirleme yapılmıştır.

b- Ceza Hakimleri

HUMK'da görevli mahkeme belirlenirken sulh ve asliye hakiminden bahsedilmiş olup hukuk veya ceza hakimi olarak ayrıma gidilmemiştir. Kuru'ya göre HUMK md. 573-576 hükümleri (genel-özel) bütün hukuk mahkemeleri hakimleri, icra tetkik mercii hakimleri, ceza hakimleri ve idari yargı hakimleri hakkında uygulanır²⁵¹. Nitekim, Gökcan'a göre kanunda ifade edilen sulh-asliye ayrımına ceza mahkemesi hakimleri de girmektedir. Çünkü 08/04/1924 tarihli ve 469 Sayılı (5235

davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır. (2) Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.

²⁵¹ KURU, age, s.5830.

S.K. ile mülga) Kanuna göre mahkemeler hukuk ve ceza ayrımı yapılmadan sulh ve asliye mahkemeleri olarak kurulmuştur. Yine bu yasanın 5. maddesine göre savcılıklar asliye mahkemesi nezdinde kurulmuş olup, ağır ceza mahkemeleri asliye mahkemelerinin dairesi olarak görülmektedir²⁵². Nitekim Yargıtay İBK tarafından 1931 tarihinde “ceza hakimlerinin görevlerinden doğan mali sorumlulukları hakkında CMK'da açıklık olmadığından, aleyhlerine açılacak tazminat davalarında HUMK'nun geçerli olacağı ve 573. maddede gösterilen ve esas dava hakkında verilecek hüküm ve kararlar açıklığa çıkacak sebeplere göre... görevlerine giren işlerden dolayı Yargıtay 4.HD'de tazminat davalarına bakılacağı...” şeklinde karar verilmiştir²⁵³. Bu içtihadı birleştirme kararı uyarınca il asliye ceza hakimleri aleyhine ilk derece mahkemesi olarak Yargıtay 4.HD'de dava açılmaktadır. İlçe sulh ceza mahkemesi ve ilçe asliye ceza mahkemesi hakimlerine karşı ise, ilçe asliye hukuk ve il asliye hukuk mahkemesinde dava açılacaktır. Nitekim Yargıtay 4.HD tarafından, 1931 tarihli içtihadı birleştirme kararı gereği ağır ceza mahkemesi başkanına karşı da 4.HD'de dava açılacağına hükmedilmiştir²⁵⁴. Ceza hakimleri yönünden HUMK 573. madde uygulamasındaki görev konusu bu içtihatla istikrar kazanmıştır. Ancak ceza hakimlerini hukuki sorumluluk altına sokan bir diğer kanun ise 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'dur (CMK). Yukarıdaki bölümlerde de ayrıntılı olarak değerlendirildiği üzere CMK 141-142-143 ve 144. maddelerde “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat” düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre; suç soruşturması veya kovuşturması nedeniyle maddi ve manevi her türlü zarar Devletten talep edilecek ve dava Ağır Ceza Mahkemelerinde açılacaktır. Bu durumda davanın niteliğine göre ceza hakimi aleyhine ağır ceza mahkemelerinde de dava açılabilir. Nitekim

²⁵² GÖKCAN Hasan Tahsin, **Haksız Fiil Hukuku ve Maddi Manevi Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s.222.

²⁵³ YİBKK, 25/03/1931-19/25, Aktaran: GÜNAY, Hakimlerin..., s.31.

²⁵⁴ KOCAK Nazif, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.1681.

tezin başında ifade edilen medyatik davalar sebebiyle ceza hakimlerine karşı nerede dava açılacağı tartışılmış ve 1931 tarihli YİBKK'nın artık hükümsüz olduğu iddia edilmiştir. Oysa ceza hakiminin zarar doğuran olayı CMK'da düzenlenen fiillerden ise Ağır Ceza Mahkemesinde, HUMK 573. maddesinde düzenlenen fiillerden ise 1931 tarihli içtihadı göre Yargıtay 4HD veya ilgili hukuk mahkemesinde dava açılacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere Yargıtay 4HD ve YHGK tarafından koruma tedbirlerinin ihlali sebebiyle açılan davalara da ilk derece mahkemesi olarak bakılmış ve tazminat kararları verilmiştir²⁵⁵. Burada hukukun gereklerinden ziyade davanın medyatik niteliğine göre yorum yapıldığını düşünmekteyiz. Çünkü isnat, usulsüz tutuklama ve tutuklamanın devamına karar vermek olup, bu isnat tam manası ile CMK 141 ve devamı maddelere girdiği halde HUMK 573/2. maddede düzenlenen, kanunun açık hükmü hilafına karar verme fiili ile irtibatlandırılıp tazminata hükmedilmiştir. Bu uygulama önceki bölümlerde ayrıntılı eleştirilmiş olup tekrar ele alınmayacaktır.

Nitekim 6100 ve 6110 Sayılı Kanun ile getirilen ve bir üst bölümde ayrıntılı ele alınan yeni düzenleme ile bu tartışma son bulmuştur. 6100 Sayılı Kanunun 47. maddesinde ilk derece, istinaf ve yüksek yargı hakimlerine göre yapılan ayrıma ceza hakimleri de aynen tabidir. 6110 Sayılı Kanunun geçici 2. madde ile getirilen ve HMK yürürlüğe girinceye kadar geçerli olacak kurallar ceza hakimleri için de geçerli olacaktır.

6110 Sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanuna eklenen 93/A maddesinin 6. fıkrası uyarınca, hakim ve savcıların yargısal her tür karar ve faaliyeti sebebiyle açılacak davalarda önce bu kanun ile (6110 S.K.) getirilen kuralların uygulanacağı, burada hüküm bulunmayan hallerde ise ilgisine göre HUMK ile CMK

²⁵⁵ Y4HD, 08/06/2010, 2010/5-15, YHGK, 24/11/2010, E.-2010/4-558-K.2010/604, Yayınlanmamıştır

hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda ceza hakiminin fiili sonunda da; öncelikle 6110 Sayılı Kanun'a bakılacak, burada hüküm bulunmazsa CMK hükümlerine bakılacak ve fiilin niteliği buraya da girmiyorsa HMK hükümlerine başvurulacaktır. Bunun yanında 6110 Sayılı Kanun ile ceza hakimleri (hakimler) gibi savcılar da aynı kapsama alınmıştır. Sonuç olarak ceza hakimleri yönünden, isnat edilen fiilin niteliğine göre CMK veya HMK uygulanacak olup, görevli mahkeme de buna göre Ağır Ceza Mahkemesi veya ilçe-il asliye hukuk mahkemeleri ve Yargıtay ilgili hukuk dairesi görevli olacaktır.

2- Bölge Adliye Mahkemesi Hakimleri

HUMK'nun görevli yargı yerini belirleyen 575. maddesinde 2004 yılına kadar bölge adliye mahkemesi hakimlerine ilişkin hüküm yer almamaktadır. Ancak 26/09/2004 gün ve 5236 Sayılı Kanunu'nun 18. maddesi ile HUMK'nun 575. maddesinin 2. fıkrası değiştirilmiştir. Bu hükme göre, bölge adliye mahkemesi hakimleri aleyhine Yargıtay ilgili dairesinde dava açılabilir. Ancak bu hüküm hiç uygulanmadan yürürlükten kalkmıştır. Çünkü anılan hüküm bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçtikten sonra uygulanabilecektir²⁵⁶. Oysa bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmeden 14/02/2011 tarihinde yayınlanan 6110 Sayılı Kanun'un 14. maddesi ile HUMK'nun 575. maddesi yürürlükten kalkmıştır. 6110 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesi (a) bendi uyarınca da, 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar HUMK 573. md uyarınca açılacak tazminat davalarında, Yargıtay ilgili hukuk dairesi görevlidir. Bu maddede, hakimler ile Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanlara yer verilmiş olup, ayrıca bölge adliye mahkemesi hakimlerinden söz edilmemiştir. Bu durumda “hakimler” kavramına bölge adliye mahkemesi hakimlerinin de dahil olduğunu kabul etmek gerekir.

²⁵⁶ GÖKCAN, age, s.221.

Nitekim bu hüküm, 6110 Sayılı Kanunun (HMK) 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar uygulanacaktır. 6100 Sayılı Kanunun 47/1. maddesinde de “ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hakimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde” tazminat davası açılacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda 6100 Sayılı Kanunla getirilen yeni sistemde bölge adliye mahkemesi hakimlerinin fiilleri sebebiyle açılacak tazminat davalarında Yargıtay ilgili hukuk dairesi görevli olacaktır.

3- YARGITAY MENSUPLARI

a- Başkan ve Üyeler

Yargıtay Başkan ve üyeleri aleyhine nerede dava açılacağı, hatta HUMK 573. maddesi kapsamında olup olmadıkları tartışmalıdır. Örneğin Kuru'ya göre “*HUMK 573. maddesindeki “hakim” deyimine Yargıtay başkan ve üyeleri de dahildir. Bizde, hakimler (hakimlik) üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf olmak üzere dört sınıfa ayrılır. Yargıtay başkan ve üyeleri birinci sınıf hakimleri teşkil eder. HUMK md.573'de birinci sınıf hakimlerle diğer hakimler arasında bir ayrımın yapılmadığına göre, HUMK md. 573'teki “hakim” deyimine birinci sınıf hakimler olan Yargıtay başkan ve üyeleri de dahildir. Ayrıca 2797 Sayılı Yargıtay Kanununun 13/2 ve 15/3. md. hükümleri ile görevli merci açıkça gösterildiğine göre Yargıtay başkan ve üyelerine karşı (HUMK md. 573-576 gereğince) doğrudan doğruya HGK'da tazminat davası açılmasına hiçbir engel kalmamıştır.*²⁵⁷” Oysa Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, Yargıtay başkan ve üyelerine karşı açılan davayı esasa girmeden dilekçenin reddi gerektiği kabul edilmiştir. Nitekim bu konudaki yeni ve tipik kararların birisinde Yargıtay HGK şu tespiti yapmaktadır: “...Bu açıklamaların sonucu olarak usulen görevli merci tarafından görevle ilgili suçtan

²⁵⁷ KURU, age, s.5863.

cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Yargıtay (Danıştay) üyeleri hakkında Hukuk Genel Kurulunda açılan tazminat davasının görülmesinin mümkün olmadığı kabulü gerekir... Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Daire Başkan ve üyeleri olan davalılar hakkındaki dava dilekçesinin esasa girilmeden reddi gerekir.²⁵⁸ Bu görüş Özdeş tarafından da benimsenmekte ve yüksek mahkeme hakimleri aleyhine bu hükümlerden hareketle dava açılmaz²⁵⁹. Ancak bu içtihatlar Yargıtay'ın kendi içtihadıyla kendi mensuplarını sorumluluk alanından kurtardığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim Kılıçoğlu'na göre *“bir hukuk devletinde vatandaşın hakkını arayacak bir yargı mercii bulunmaması kadar acı bir şey olamaz.”*²⁶⁰ Nitekim Demir'de Yargıtay'ın vardığı neticeyi *“...Yargıtay başkan ve üyelerini diğer hakimlerden farklı olarak ayrıcalıklı ve donanımlı kılarak neredeyse bir hukuksal sorumsuzluğa yaklaştıran uygulamasına katılma olanağı yoktur.”*²⁶¹ Yargıtay'ın bu içtihadı bizce de kabul edilemez niteliktedir. Çünkü hem Yargıtay Kanununun 13/2 ve 15/3 maddelerinde Yargıtay başkan ve üyeleri aleyhine HGK'da dava açılacağı kabul edilmiştir, hem de HUMK 573. maddesinde düzenlenen “Hakim” kavramına Yüksek Mahkeme hakimleri de dahildir. Ayrıca, yüksek yargı hakimlerine karşı dava açılmayacağını kabul etmek, AY 36. md. ve AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen “hak arama hürriyeti” ve “etkili başvuru hakkı” ihlali sonucunu doğurur. Bu hakların ihlalini önlemek adına da olsa Yargıtay başkan ve üyeleri aleyhine de YHGK'da dava açılacağı kabulü gerekir.

Nitekim bütün bu tartışmalar 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar ile sona ermiştir. Çünkü 6100 Sayılı Kanun'un 47. maddesi uyarınca “Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı tazminat davası

²⁵⁸ YHGK, 22/03/2000, E.-2000/2-K.2000/2, Aktaran: KURU, age, s.5862.

²⁵⁹ ÖZDEŞ, agm, s.12.

²⁶⁰ KILIÇOĞLU, agm, s.256.

²⁶¹ DEMİR, agm, s.830.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür.” Bu hüküm 01/10/2011 tarihinde yürürlüğe girecek olup bu tarihe kadar ise 6110 Sayılı Kanununun 12. maddesi ile 2802 Sayılı Kanun'a eklenen 93/A maddesi uygulanacaktır. Nitekim bu madde uyarınca da bu hükümler yüksek mahkeme başkan ve üyeleri hakkında da uygulanır. Anılan kanunun geçici 2. maddesi uyarınca da 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girince kadar açılacak davalarda, Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda dava açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür.

b- Tetkik Hakimleri

Yargıtay Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca, Yargıtay tetkik hakimleri, meslekte en az beş yılını fiilen doldurmuş adli yargı hakim ve Cumhuriyet savcılarını arasından atanır. Bu sebeple bu meslek mensupları da HUMK 573. maddesinde ifade edilen “hakim” kavramı içinde yer alırlar. Bu sebeple yukarıdaki bölümlerde de izah edildiği üzere Yargıtay tetkik hakimlerinin HUMK kapsamında sorumlulukları olduğu kuşkusuzdur. Ancak HUMK hükümlerine göre bu meslek mensuplarına karşı nerede dava açılacağı net değildir. Çünkü 2797 Sayılı Yargıtay Kanununda sadece Yargıtay başkan ve üyelerine karşı HGK'da dava açılacağı belirtilmiş olup, tetkik hakimleri bu sınıfa girmemektedir. HUMK'nun 575/2. maddesinde ise ilçe sulh hakimi, ilçe asliye hakimi ve vilayet asliye hakimleri esas alınarak görevli mahkeme belirlenmiş olup, tetkik hakimlerini buna göre sınıflandırmak da olanaksızdır. Ancak HUMK'da yetkili-görevli yargı yolunun belirlenmemesi sebebiyle tetkik hakimlerini kapsam dışında görmemek gerekir. Bu sınıfı ilk derece mahkemesi hakimleriyle kıyaslayarak görevli yargı yerini belirlemek maslahata ve kamu yararına uygun olacağını düşünmekteyiz. Buna göre de, tetkik hakiminin inceleme yaptığı dosyanın temyiz merciinde dava açılabilirliğini söyleyebiliriz. Eğer dosya ceza yargılamasına ilişkinse, 1931 tarihli İBK kararı esas alınarak Yargıtay 4HD görevli yargı yeri olacaktır.

Bu çözüm (ya da belirsizlik) HUMK yönündendir. 6100 Sayılı Kanunda ise davaların açılacağı mahkemeler 47/1 maddede düzenlenmiştir. Burada da ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hakimleri ile Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar esas alınarak görevli yargı merci belirlenmiştir. Bu

belirlemenin lafzına göre de tetkik hakimlerinin konumu belirsizdir. Nitekim 6110 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde de, 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte olacak kural belirlenmiştir. Burada ise “hakimlerin” fiilleri sebebiyle açılacak davalar ile Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiilleri sebebiyle açılacak davalarda görevli yargı yeri belirlenmiştir. Bu hüküm tetkik hakimleri yönünden HUMK ve 6100 Sayılı Kanundan daha belirgindir. Çünkü HUMK ve 6100 Sayılı Kanunda ilk derece mahkemesi, bölge adliye mahkemesi ve yüksek mahkeme hakimleri (başkan ve üyeler) esas alındığı halde 6110 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde “hakimlerin” denildiği için bu ifade tetkik hakimlerini de içine almaktadır. Görevli yargı yerini de “Yargıtay ilgili hukuk dairesi” olarak belirlemiştir. Buna göre de, tetkik hakiminin incelediği dosyaya göre ilgili daire belirlenecektir. Ya dosyanın temyizen görüldüğü daire (tetkik hakiminin kendi dairesi) ya da tetkik hakimi ceza dairesinde görevli ise Y4HD görevli olacaktır.

c- Yargıtay Savcıları

Yargıtay savcıları 2797 Sayılı Kanunun 37. maddesi uyarınca; beşinci ve daha yukarı derecelere ulaşmış ve meslekte fiilen en az beş yıl süre ile adli yargı hakimliği veya savcılığı yapmış bulunanlar arasından atanmaktadır. Yargıtay savcıları kanununun 28. maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı adına görev yaparlar. Yargıtay Savcıları her ne kadar yerel mahkeme hakim ve savcıları arasından atansa da HUMK 573. md. kapsamında hakim değildirler. Dolayısıyla sorumluluk kapsamı dışındadırlar.

Ancak 6110 Sayılı Kanunun 12 md. ile 2802 Sayılı Kanuna eklenen 93/A maddesi ile savcılar da hukuki sorumluluk kapsamına alınmıştır. Bu maddede geçen “soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili... her türlü karar nedeniyle” ifadesi Yargıtay savcılarının da tetkik hakimlerinin tabi olduğu prosedüre tabi olacağı sonucunu doğurmaktadır. Nitekim tetkik hakimlerinde olduğu gibi HUMK ve 6100 Sayılı Kanunun lafzında Yargıtay Savcıları ile ilgili davada görevli mahkeme belirli değildir. Ancak aynı tetkik hakimlerinde olduğu gibi Yargıtay Savcıları da savcının baktığı ve haksızlık yaptığı dosya esas alınarak görevli yargı yeri belirlenir. Eğer dosya hukuk dosyası ile temyiz mercii olan daire, dosya ceza dosyası ise Y4HD

görevli sayılacaktır. Bu çözüm 6100 Sayılı Kanun yönündendir. Oysa HUMK ve 6110 Sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde “Hakimler”den sözedilmekte olup, savcılarla ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 6110 Sayılı Kanun'un 12. maddesi “savcılar” da sorumluluk kapsamına aldığından geçici 2. maddedeki “hakimler” kavramına savcılar da dahil edip yukarıdaki kıyası burada da yaparak görevli yargı yeri belirlenmelidir.

B- İDARİ YARGI HAKİMLERİ YÖNÜNDEN

1- Yerel Mahkeme Hakimleri

İdari Yargı 1982 tarihine kadar tek dereceli mahkeme olan Danıştay'dan ibaret idi. 1982 yılında kabul edilen 2575-2576 ve 2577 sayılı yasalarla yerel mahkemeler faaliyete geçmiş olup adli yargıya paralel bir yargı kolu oluşmuştur. Yerel mahkemeler:

- İdare mahkemeleri
- Vergi mahkemeleri
- Bölge idare mahkemeleri'dir.

Ancak bölge idare mahkemeleri, ilk derece mahkeme olmayıp, yerel mahkemeler ile Danıştay arasında bir nevi İstinaf Mahkemesidir. Bu üç mahkemede görev yapan hakimler ise 2802 sayılı yasa kapsamında “*hakim*” olup, HUMK 573. md. kapsamında oldukları tereddütsüzdür. Ancak, HUMK 575/2.md.'de görevli mahkemeler belirlenirken idari yargı hakimlerinin durumu belirlenmemiştir. Bu belirsizliğe, “**yasanın yürürlük tarihinde idari yargının yerel mahkeme hakimleri bulunmadığı**” açıklaması getirilebilir. Ancak HUMK'nun 575/2.md.'si 26.09.2004 gün ve 5236 sayılı kanunla değiştirilip, bölge adliye mahkemelerine göre yeniden düzenlenirken de idari yargı yönünden bir belirleme yapılmamıştır. Bu ise, idari hakimlerin 573. md. kapsamına girmeyeceği görüşüne haklı bir dayanak oluşturmaktadır. Çünkü, idari hakimlerin sorumluluğunu kabul etmekle birlikte yasa lafzı esas alınınca görevli mahkeme bulunmamaktadır. Bu boşluk ise; doktrin ve yargı içtihatlarıyla doldurulmaktadır. İncelememizin bu kısmının ana temasını da bu husus oluşturmaktadır.

Kanunda, benzer bir boşluk ceza mahkemeleri için de sözkonusu iken, Yargıtay içtihadı birleştirme kurulu kararı ile yetkili mahkeme belirlenmiştir²⁶². Bu karar ile, kanundaki düzenleme dışında il asliye ceza mahkemesi hakimi aleyhine 4. HD’de dava açılabilceğini hükme bağlamıştır. Aslında bu konuda yasada boşluk yoktur. Kanunda “*il asliye hakimi*”ni düzenlemiş olup, buna ceza hakimi de dahildir. Ancak, bu durumda davanın, esas davaya bakacak temyiz dairesi olan bir ceza dairesinde açılması gerekir. Ceza mahkemeleri ve ceza daireleri ise müstakil tazminat davasına bakamayacağı için içtihadı birleştirme kararı ile görev 4. HD’ne verilmiştir.

Adli yargı için esas boşluk ağır ceza hakimleriyle ilgilidir. Yasada ağır ceza hakimlerine karşı nerede dava açılacağı düzenlenmemiştir.

Yargıtay çok daha yeni bir kararında il ağır ceza mahkemesi başkanı aleyhine açılan tazminat davasının Yargıtay 4. HD’nde görüleceğini karara bağlamıştır²⁶³.

Bu örneklerden hareketle, yasada düzenlenmeyen idari yargı hakimlerine karşı nerede dava açılabilceği yorum yoluyla belirlenebilir. Burada yapılan aslında yorum mudur, yoksa kıyas mıdır bunun sorgulanması bizi çözümsüzlüğe götürür. Çünkü Özdeş’e göre, “*kamu nizamına taalluk eden görev ve yetki meselesini ise kıyas yoluyla halline de hukuken imkan bulunmamaktadır.*”²⁶⁴ Bu düşüncenin devamı ise, “*ıçtihatla hiçbir mahkeme görevi dahilinde olmayan bir davaya bakmakla mükellef kılınamaz.*”²⁶⁵ Bu düşünce bizi, HUMK 575/2. md.’de düzenlenmeyen hakimlere karşı dava açılmayacağı sonucuna götürür ki, bu da AY’nın 10.md.’de düzenlenen eşitlik ilkesi, 36. md.’de düzenlenen hak arama hürriyeti (adil yargılanma hakkı) ile bağdaşmaz. Bu sebeple, yazılı en üst normlara

²⁶² Yargıtay İBKK. 25.03.1931 19/35 sayılı kararı.

²⁶³ AYDINALP, age., s.213.

²⁶⁴ ÖZDEŞ, agm., s.12.

²⁶⁵ ÖZDEŞ, agm., s.13.

öncelik vererek, 575/2. md.'de düzenlenmeyen "*Hakim*"lere karşı nerede dava açılacağına yorum (veya kıyas) yoluyla belirlenmesini "*ehveni şer*" kabul etmemiz gerekir. Çünkü, "*kıyas,yorum veya içtihatla görevli mahkeme belirlenemez*" ilkesi ihlal edilmekle birlikte, hem sorumlu olmayan bir hakim kitlesi yaratılmasının önüne geçilmekte, hem de "*eşitlik ve adil yargılanma*" gibi önemli anayasal ilkelere işlerlik kazandırılmaktadır. Başka bir ifade ile, çok daha önemli hukuk ilkeleri (Anayasal kural) ihlal edilmesin diye, daha ikincil durumda olan genel hukuk ilkesinin (kıyas yasağı) ihlal edilmesi kötünün iyisidir.

Bu bağlamda idari yargı hakimlerinin durumu ele alınacak olursa:

Her ne kadar HUMK 575/2. md. 26.09.2004 gün ve 5236 sayılı yasa ile değişmiş ise de; bu hüküm yürürlüğe girmediğinden, mevcut hükme göre durumu irdeleyip varılan sonucu yeni hükme göre uyarlamak gerekir.

HUMK 575/2 md.'ne göre tazminat davasının açılacağı mahkemeler şu şekildedir:

- ◀ Sulh hakimine karşı asliye mahkemesinde,
- ◀ İlçe asliye hakimine karşı il asliye mahkemesinde,
- ◀ İl asliye (hukuk) hakimine karşı, esas davanın temyizden inceleneceği dairede,
- ◀ İl asliye (ceza) ve ağır ceza hakimlerine karşı Yargıtay 4. HD'de açılır.
(Bu kural yukarıda belirtilen Yargıtay içtihatlarıyla oluşturulmuştur.)

İdari yargı hakimlerine karşı nerede dava açılacağını belirlemek için yukarıdaki hükümleri yorumlamak gerekir. Aydınalp'e göre, "*kanun koyucu hakim aleyhine açılacak tazminat davalarının bir üst görevli veya dereceli mahkemede*

*görülmesini işin tabiatı gereği kabul etmiş bulunmaktadır.*²⁶⁶Kanunda tespit edebileceğimiz birinci kriter budur. Buna göre, öncelikle davanın bir üst derece mahkemede görülmesi gerekir. Bir başka husus ise; kanunun hakimleri il ve ilçe hakimi olarak ayırmış olmasıdır. Örneğin ilçe asliye hakimine karşı il asliye mahkemesinde dava açılır. Nitekim il asliye hakimlerine karşı temyiz merciinin ilgili dairesinde dava açılır. Bu ölçülerden hareketle öncelikle idari yargı mahkemeleri ilçelerde bulunmadığından, il hakimi konumundadırlar. Yine idari hakimler heyet mahkemesinde görev yapmakta olup, il asliye ve ağır ceza mahkemesi konumundadırlar. Hal böyle olunca, 575/2. md.'de düzenlenen "*il asliye hakimi*" ile ilgili kurala tabidirler.

Ancak tam bu noktada yine yoruma muhtaç bir kriter ortaya çıkıyor.Kanunun lafzına göre, "*il asliye hakimine karşı esas davanın tabi olduğu temyiz dairesinde*" dava açılır. Bu kural hukuk mahkemeleri için tereddütsüzdür. Dava, dosya temyizen hangi hukuk dairesine gidecekse o dairede görülecektir. Ancak bu kural Asliye Ceza ve Ağır Ceza hakimleri için bertaraf edilmiştir. Çünkü burada esas davanın görüleceği temyiz mercii bir ceza dairesidir. Oysa tazminat davalarına ceza daireleri bakmamaktadır. Bu sebeple yukarıda belirttiğimiz içtihatlarla il asliye ve ağır ceza mahkemesi hakimlerine karşı 4. HD'de dava açılmaktadır.

İdari yargı hakimleri yönünden de ceza hakimlerini örnek alırsak; 4. HD'de dava açılacaktır. Ancak yasanın lafzını esas alırsak, "*esas davanın tabi olduğu temyiz dairesinde*" dava açılır. İdari yargıda ise, "*esas davanın temyiz dairesi*" Danıştay'ın ilgili daireleridir. Bu durumda dosyanın niteliğine göre Danıştay'ın ilgili dairesinde dava açmak gerekir.

²⁶⁶ AYDINALP, age., s.211.

Bu neticenin olumlu ve olumsuz yönleri mevcuttur. Olumlu yönlerini ele alırsak: Davanın kaynağı bir dava dosyasıdır. Bu dosyanın en son inceleme mercii ise Danıştay'dır. Dolayısıyla anılan dosyada yanlışlık yapılıp yapılmadığını en iyi tespit edecek mercii Danıştay'dır. Ayrıca idari yargı teamüllerini en iyi bilen kurumdur. Dolayısıyla Danıştay tazminat gerektiren davranış olup olmadığını daha sağlıklı tespit eder. Ayrıca Anayasamız yargı ayrılığı rejimini benimsediğine göre, idari yargı hakimlerinin adli yargı önünde hesap vermesi bu ilkeyle de bağdaşmaz.

Bu neticenin olumlu yanı ise: Öncelikle yapılan yargılama tazminat hukuku ile ilgili olup bunun en son mercii de Yargıtay hukuk daireleridir. Ayrıca, bir dairenin (4. HD) bu işle görevli olması, bu davalarda istikrar sağlayacaktır. Nitekim ceza hakimleri için de “*esas davanın tabi olduğu temyiz dairesi*” 4.HD değildir.

İdari yargı hakimlerine karşı ilk derece nerede dava açılacağı konusunda Yargıtay'ın da çelişkili kararları mevcuttur. Örneğin Konya İdare Mahkemesi hakimleri aleyhine açılan bir davada Asliye Hukuk Mahkemesinin “*Danıştay'ın görevli olduğu*” gerekçesiyle verdiği görev ret kararı 4. HD tarafından bozulmuş²⁶⁷, bilahare Asliye Hukuk Mahkemesi' nin(AHM) esastan verdiği kararı onamıştır²⁶⁸. Buna karşın 4. HD yine Konya İdare Mahkemesi hakimlerine karşı ilk derece olarak açılan davaya esastan bakmış, dosyayı AHM'ne göndermemiştir²⁶⁹. Böylece davaya hem kendisi ilk derece mahkeme olarak bakmış hem de AHM'nin ilk dereceden verdiği kararı onamıştır. Buna göre 4. HD, idari yargı hakimlerine karşı nerede dava açılacağı konusunu (AHM'de mi Y.4.HD'de mi) istikrara kavuşturamamıştır.

²⁶⁷ Y4HD, KT.27.02.1995. E.1995/1034, K.1995/1831. Yayımlanmamıştır.

²⁶⁸ Y4HD, KT.26.10.1995, E.1995/6966. K.1995/7776. Yayımlanmamıştır.

²⁶⁹ Y4HD, KT.24.12.1996, E.1996/5036, K.1996/12614. Yayımlanmamıştır.

Sorunun esas çözümü elbette yasal düzenleme ile idari yargı hakimlerinin sorumluluk şekli ve yetkili mahkemenin belirlenmesidir. Bu belirlemenin; “*Danıştay ilgili dairesi*” şeklinde olması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak, yasal düzenleme yapıncaya kadar da, HUMK 575/2. md.’nin yorumuyla 4. HD’nin görevli olduğunu, asla il AHM’de dava açılmayacağını düşünmekteyiz. Aksi düşünce 575/2. md.’de düzenlenen silsile ile de bağdaşmaz. Kaldı ki idare mahkemeleri genelde birden fazla ilde yetkili olduğu gibi Bölge İdare Mahkemeleri, AHM’lerinin üstünde bir konumda İstinaf Mahkemesidir. Bu sebeple il AHM’de dava açılması, yasanın kendi belirlediği hiyerarşiyle bağdaşmaz.

HUMK 575/2. md.’nin 5236 SK ile değişik haline göre de “*ilk derece mahkemelerinde görev yapan hakimler hakkında tazminat davaları bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi hakimleri hakkında ise Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır*”. Buna göre konu adli yargı için netleştirilmiş ve sadeleştirilmiştir. Ancak aynı yorum ve kıyas sorunu idari yargı hakimleri yönünden yine sözkonusu olacaktır. Bizce öncelikle benzer bir hüküm idari istinaf mahkemeleri kurulurken 2577 sayılı İYUK’na da ilave edilmelidir. Bu yapıncaya kadar ise; aynı adli yargı hakimleri gibi, idare ve vergi mahkemesi hakimlerine karşı Bölge Adliye Mahkemeleri’nde, BİM hakimlerine karşı ise Yargıtay’ın ilgili hukuk dairesinde dava açılmalıdır.

2- Danıştay Mensupları

a- Başkan ve Üyeler

HUMK 573. md.’nin Danıştay başkan ve üyelerini kapsayıp kapsamadığı tartışmalı olduğunu belirtmiştik. Yasa kapsamında olup olmadıkları gibi davanın nerede açılacağı hususu da ihtilaflıdır. Özdeş’e göre, “*Danıştay kanununda*

HUMK'nun hangi maddelerinin Danıştay mensupları hakkında uygulanacağı tadadi ve tahdidi olarak sayılmış olup, 573. md. belirtilmemiştir. Danıştay başkan ve üyeleri hakkında görevleri ile ilgili olarak işledikleri bir suçtan dolayı açılacak kamu davasında zarar gördüğünü iddia eden şahıs müdahale etmek suretiyle tazminat davası ikame edebilir."²⁷⁰ Bu düşünceye göre, Danıştay başkan ve üyelerine karşı sadece Yüce Divan'da açılan bir ceza davasında tazminat istenebilir. Kuru'ya göre ise, "Danıştay başkan ve üyelerine karşı da HUMK md. 573-576 hükümlerine göre tazminat davası açılabilir ve bu tazminat davasına da Yargıtay HGK tarafından bakılmalıdır."²⁷¹ Aydınalp'e göre de "Yargıtay kanununun 13/2 ve 15/3. md. gereği HGK 'görevden doğan tazminat davalarına' bakmakla görevli kılındığına göre Anayasa ve yasalarca kendilerine yüksek yargı organı niteliği verilmiş bulunan tüm yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri aleyhine Yargıtay HGK'da dava açılabilir."²⁷² Bu görüşün zayıf noktası ise; Yargıtay Kanunu'nun referans alınmasıdır. Çünkü Yargıtay Kanunu'nun 13/2 ve 15/3. md.'de düzenlenen hüküm, sadece Yargıtay başkan ve üyeleriyle, özel kanunlarında belirtilenlerle ilgilidir. Oysa Danıştay Kanunu'nda bu konuda bir gönderme bulunmamaktadır.

Yargıtay ise farklı bir çözüm bulmuştur. Hem sorumluluğu kabul etmiş, hem de dava şeklini ve şartını adeta olmaza yönlendirmiştir. Yargıtay'a göre, "Yüksek Mahkeme başkan ve üyelerinin cezai sorumluluğu özel bir yargılama şekline bağlanmıştır. Yüce Divan'da yargılanması gereken kişinin bundan feragati de hukuki sonuç doğurmaz. Bu açıklamaların sonucu olarak usulen görevli mercii tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Danıştay (Yargıtay) üyeleri hakkında HGK'nda açılan tazminat davasının görülmesinin mümkün olmaması gerekir."²⁷³

²⁷⁰ ÖZDEŞ, agm., s.14.

²⁷¹ KURU, age., s.5867.

²⁷² AYDINALP, age., s.214.

²⁷³ Yargıtay HGK KT.22.03.2000, E.2000/2, K.2000/2.

Bize göre ise; yorum (veya kıyas) yolu ile Yargıtay HGK'da dava açılabilceğinin kabulü gerekir. Aksi takdirde Yargıtay başkan ve üyeleri aleyhine dava yolu açık iken Danıştay mensupları yönünden bu yol kapalı olur. Her ne kadar kamu düzeninden olan görevli mahkemenin belirlenmesinde kıyas yapılamaz ise de, diğer yönden de Anayasal bir hak olan “*hak arama hürriyeti*” (AY 36. md.) ve iç hukukumuzun parçası olan AİHS'nin 13. md. düzenlenen “*etkili başvuru hakkı*” ihlal edilmiş olur. Bu hakların ihlal edilmemesi uğruna kıyas yasağı ihmal edilerek görevli mahkeme olarak HGK kabul edilmelidir.

Nitekim, bu sorun 6100 ve 6110 sayılı kanunlar ile sona ermiştir. Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlarla ilgili davalar bundan böyle YHGK da açılacaktır.

b- Tetkik Hakimleri

2575 Sayılı Danıştay Kanununun 11. maddesi uyarınca Danıştay Tetkik Hakimleri, beş yıl meslekte hizmet etmiş ve olumlu sicil almış idari yargı hakimleri arasından atanırlar. Bu kişilerin “hakim” oldukları tereddütsüzdür. Yukarıdaki bölümlerde izah edildiği üzere, Danıştay tetkik hakimleri de HUMK 573. md. kapsamındadırlar.

Görevli yargı yerinin belirlenmesinde ise, sadece Danıştay tetkik hakimleri yönünden değil tüm idari yargı hakimleri yönünden belirsizlik olduğunu ifade etmiş idik. Danıştay tetkik hakimleri yönünden de görevli yargı yeri, ilk derece idari hakimler kıyas yapılarak belirlenebilir. Ne yazık ki Yargıtay tetkik hakimleri ile ilgili kıyas kolaylığı burada mevcut değildir. Çünkü idari yargı yönünden ilk derece hakimleri yönünden bile, bakılan dosyanın temyiz dairesi esas alınamamaktadır. Çünkü bakılan davanın temyiz mercii Danıştay olup, yasada Danıştay'a hiçbir görev verilmemiştir. Yargıtay içtihatları istikrarlı olmasa da, yerel idari hakimler yönünden Yargıtay 4HD'ni görevli saymaktadır. Danıştay tetkik hakimlerini de yerel idari hakimlerle bir tutup, burada da Yargıtay 4HD'ni görevli saymak maslahata uygun olacaktır.

Nitekim 6100 Sayılı Kanunda da idari hakimlere özgü düzenleme getirilmemiştir. Ancak kanunun 47/1 maddesindeki “...ilk derece mahkemesi

hakimlerinin fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay ilgili hukuk dairesinde” ifadesinden hareketle, Danıştay tetkik hakimlerini de bu düzenleme içinde görmek gerekir. “Yargıtay ilgili hukuk dairesi” ise somut dosyaya göre değil, yine özel daire olarak belirlenen 4HD olacaktır. 6110 Sayılı Kanun ise, “hakimler”den söz etmekte olup, gerek 12. madde gerek geçici 2. madde uyarınca bu kavrama Danıştay tetkik hakimleri de dahil olup, “Yargıtay ilgili hukuk dairesi” görevlidir. Ancak biz, bu konuda da, esas davanın temyizden görüldüğü Danıştay ilgili dairesinin görevli olmasının maslahata daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

c- Danıştay Savcıları

Danıştay Savcıları da kaynak olarak, yerel idari hakimler arasından atanmaktadır. 2575 Sayılı Kanununun 61. maddesi uyarınca; kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına inceleyen ve düşüncelerini davalarda bir ay, yürütmenin durdurulması isteminde iki gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler. Görüldüğü üzere Danıştay savcıları yargısal görev yapmamaktadır. Dosyaya görüş sunmak şeklinde görev yaptıklarından yargılamanın neticesini etkileme pozisyonları yoktur. Bu sebeple HUMK 573. md. kapsamında değildirler.

Ancak bu durum 6100 Sayılı Kanununun 12. maddesi ile değişmiştir. Bu maddede “hakim ve savcıların yargısal faaliyetleri sebebiyle açılacak tazminat davaları” düzenlenmiş olup, savcılar da hukuki sorumluluk kapsamına alındığından Danıştay Savcıları da bu kapsamdadırlar. Nitekim bu husus yukarıda teferruatlı incelenmiştir.

Danıştay Savcılarıyla ilgili davalarda görevli yargı yeri ise Danıştay tetkik hakimleri gibi belirlenmelidir. Çünkü idari hakimlerin tümü gibi Danıştay Savcıları yönünden de kanunlarda açık hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple burada da, Danıştay Savcılarını da ilk derece mahkeme hakimleri gibi kabul edip ilgili hukuk dairesinin (Y4HD'nin) görevli olduğunu kabul etmek gerekir.

C- ASKERİ YARGI HAKİMLERİ YÖNÜNDEN

1- Yerel Mahkeme Hakimleri

Askeri yargının yerel mahkemeleri 553 Sayılı Kanun ile kurulan askeri ceza mahkemeleri ve 477 Sayılı Kanun ile kurulan disiplin mahkemelerinden

oluşmaktadır. Nitekim bu mahkemeleri ceza mahkemelerinin meslekten hakim ve subay üyelerden, disiplin mahkemelerinin ise tamamının subay üyelerden oluştuğunu, bu görevlilerin de hukuki sorumluluk kapsamında bulunduğunu ikinci bölümde (sayfa 87-89) tespit etmiş idik.

HUMK'nun 575. maddesinde, bu görevlilere karşı nerede dava açılacağı belirlenmiş değildir. Bu maddenin 5236 Sayılı Kanunla değişmeden önceki (26/09/2004 öncesi) halinde; belirleme sulh, asliye, ağır ceza hakimlerine göre belirlenmiştir. 5236 Sayılı Kanun ile değişen 575/2. maddede ise; ilk derece mahkemelerinde görev yapan, bölge adliye mahkemesinde görev yapan hakimlere göre görevli mahkemece belirlenmiştir. Ancak bu hüküm hiç yürürlüğe girmeden iptal olmuştur²⁷⁴.

575. maddenin ilk haline göre konuyu ele alacak olursak: Kanunda görevli yargı yerinin belirtilmemesi, anılan kesimi sorumluluk kapsamı dışına çıkarma sonucunu doğurmamalı. Bu eksiklik kıyas yoluyla giderilmelidir. Bunun sonucunda da en az il düzeyinde görev yapan askeri ceza mahkemesi ve disiplin mahkemesi mensuplarını, il asliye hakimi gibi kabul edip il asliye hakimleriyle ilgili kurallara tabi tutmak gerekir. Nitekim her iki mahkeme de özünde ceza yargılaması yaptığından il asliye ceza mahkemelerinde olduğu gibi 1931 tarihli İBK kararı doğrultusunda Y4HD'ni görevli saymak gerekir ki; bu konuda kıyas yapmayı meşru saymayan yazarlar da vardır. Özdeş'e göre; *"...Yüksek hakimlerin hukuki sorumlulukları dolayısıyla açılacak tazminat davalarını çözümlenecek görevli ve yetkili mahkeme HUMK'nunda derpiş edilmemiştir. Kamu nizamına taalluk eden görev ve yetki meselesinin ise kıyas yoluyla haline de hukuken imkan*

²⁷⁴ Anılan hüküm bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçince yürürlüğe girecekken, bu mahkemeler kurulmadan 6110 Sayılı Kanununun 14. maddesi 575. maddeyi 14/02/2011 tarihi itibarıyla yürürlükte kaldırmıştır.

*bulunmamaktadır.*²⁷⁵ Bu görüşün kabulü ise; sorumluluğu sabit olan bir kısım görevliyi, yetkili mahkeme belli değil diye sorumsuz kılmak sonucunu doğurur ki, bu da, kıyas yasağını ihlal etmenin doğuracağı mahsurdan daha vahim bir mahsur yaratır. Nitekim Aydınalp bu durumu ceza hakimleri için Yargıtay'ın getirdiği çözümü örnek vererek şu şekilde ifade etmektedir: “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md. 575 II'de yerel mahkemeler ceza hakimleri yönünden vaki 'yasal boşluk' yargı kararıyla doldurulmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken 'kamu düzeni', 'kıyas yasağı' kavramlarına değinilmemiş, uyumsuzluklar 'mahkemesiz' bırakılmamıştır.*”²⁷⁶ Sonuç olarak, görev konusunda kıyas yasağını kabul etmekle birlikte, kıyas yapmayarak bir grubu sorumsuz bırakmanın vahameti karşısında kıyas yasağının ihmal edilerek askeri yargı görevlilerinin yargı yerini belirlemek gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim Yargıtay 1931 tarihli İBKK ile bu yolu kullanarak ceza hakimleri ile ilgili boşluğu doldurmuştur.

6100 Sayılı Kanunda da, askeri hakimlerle ilgili düzenleme bulunmamaktadır. Kanununun 47/1. maddesinde; görevli mahkeme ilk derece mahkemesi, bölge adliye mahkemesi hakimleri ve Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanların fiilleri esas alınarak belirlenmiştir. Bunun yanında 6110 Sayılı Kanununun Geçici 2. maddesinde de 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar HUMK 573. maddesi uyarınca açılacak davalarda görevli mahkeme belirlenmiştir. Buna göre de; “Hakimler” ve “Yargıtay başkan ve üyeleri ile onlarla aynı konumda olanlar” esas alınmıştır. Bu durumda; 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar yönünden de, HUMK dönemindeki gibi askeri mahkeme mensupları yönünden görevli mahkemeyi kıyas yoluyla belirlemek gerekir. Buna göre de bu görevliler “ilk derece mahkemesi hakimleri” sayılarak Yargıtay ilgili dairesinde dava açılmalıdır.

²⁷⁵ ÖZDEŞ, agm, s.17.

²⁷⁶ AYDINALP, ae, s.213.

2- Yüksek Mahkeme Mensupları

Askeri yargıda yüksek mahkemeler Anayasanın 156. maddesinde düzenlenen Askeri Yargıtay ile 157. maddesinde düzenlenen Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden oluşmaktadır. Her iki yüksek mahkeme mensuplarının da (hakim sınıfı ve subay sınıfı olmak üzere) hukuki sorumluluk kapsamında olduğunu ikinci bölümde (104-106 sayfalarda) ifade etmiş idik.

HUMK'nun 575. maddesinde, bu yüksek mahkemeler yönünden de görevli mahkeme belirlenmiştir. Dolayısıyla, bu dönem için Yargıtay ve Danıştay mensupları yönünden yapılan tartışma ve tespitler bu yüksek mahkeme mensupları yönünden de geçerlidir. Nitekim, Yargıtay'ın Yargıtay ve Danıştay mensupları ile ilgili olarak oluşturduğu “yüksek mahkeme başkan ve üyelerinin sorumluluğu için dava açılabilmesi için öncelikle Yüce Divan'da dava açılıp sorumluluğun ortaya konulması gerektiği” yolundaki içtihat bu yüksek mahkeme mensupları için de geçerlidir. Çünkü böylece, yargı kendi içtihadıyla kendisine sorumsuz bir alan yaratmış olmaktadır. Bu sebeple Yargıtay mensuplarında olduğu gibi bu yüksek mahkeme mensuplarına karşı da Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda dava açılabileceğini kabul etmek gerekir.

6100 Sayılı Kanunun 47/1. maddesinde; görevli mahkeme tüm yüksek mahkeme mensuplarını kapsayacak şekilde düzenlenmiş ve HUMK dönemindeki belirsizlik sona erdirilmiştir. Buna göre, “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar” ölçütü getirilip Yargıtay Hukuk Genel Kurulu görevli kılınmıştır. Nitekim Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Anayasa'nın yüksek mahkemeler bölümünde düzenlenmiş olup, kanunda belirtilen “Yargıtay başkan ve üyeleri ile aynı konumda olanlar” konumunda oldukları sabittir. Bu sebeple 6100 Sayılı Kanuna göre, yüksek askeri hakimlerin fiilleri sebebiyle tazminat davası Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılacaktır. 6110 Sayılı Kanunun Geçici 2. maddesinde de; 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar HUMK 573. maddesi uyarınca açılacak davalarda uygulanarak kural da bu doğrultuda düzenlenmiştir. Buna göre de, “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar” esas alınmıştır. Bu sebeple 14/02/2011 tarihinden itibaren 6110

Sayı Kanunla belirsizlik sona ermiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu görevli kılınmıştır.

D- ANAYASA MAHKEMESİ MENSUPLARI YÖNÜNDEN

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın, 146 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa mahkemesi başkan ve üyelerinin hakim sayıldıkları ve hukuki sorumluluk kapsamında oldukları ikinci bölümde (92. sayfada) ortaya konulmuş idi. Görevli mahkemenin belirsizliği AYM'nin başkan ve üyeleri yönünden de aynen diğer yüksek mahkeme mensuplarında olduğu gibidir. HUMK'da bu yönden de belirsizlik mevcuttur. Bu sebeple Yargıtay ve Danıştay mensupları ile ilgili belirlemeler burada da geçerlidir. Buna göre, Yargıtay başkan ve üyeleri ile ilgili kurallar doğrultusunda kıyas yapmak ve Yargıtay başkan ve üyeleri gibi YHGK'nu görevli saymak gerekir. Aksi takdirde, AYM başkan ve üyeleri yönünden sorumsuzluk alanı yaratılmış olur.

Nitekim 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar ile bu belirsizlik son bulmuştur. Çünkü 6100 Sayılı Kanunun 47/1. maddesi ve 6110 Sayılı Kanunun Geçici 2. maddesi “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar” ölçütünü getirmiştir. AYM başkan ve üyeleri de Anayasanın yüksek mahkemeler bölümünde düzenlendiğine göre ve de yargılama görevi yaptıklarına göre, Yargıtay başkan ve üyeleri ile aynı konumdadırlar. Bu sebeple 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar uyarınca AYM başkan ve üyelerinin fiilleri sebebiyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda dava açılabilirliğini düşünmekteyiz.

E- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ MENSUPLARI YÖNÜNDEN

Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasanın, Yüksek Mahkemelerinin düzenlendiği üçüncü bölümün II. bendinde ve 158. maddede düzenlenmiştir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi mensuplarının yüksek hakim sayıldıklarını ve hukuki sorumluluk kapsamında olduklarını ikinci bölümde (108. sayfada) belirtmiştik.

HUMK 575. maddesindeki görevli mahkeme konusundaki belirsizlik Uyuşmazlık Mahkemesi mensupları yönünden de geçerlidir. Bu sebeple diğer yüksek mahkeme mensupları yönünden yaptığımız tespitler doğrultusunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görevli olduğunu belirtmek gerekir.

6100 ve 6110 Sayılı Kanunlarla getirilen “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar” ölçütü burada da geçerlidir. Çünkü Uyuşmazlık Mahkemesi Anayasada yüksek mahkeme olarak düzenlendiği gibi, başkan ve üyeleri de, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinden oluşmaktadır. Bu sebeple Yargıtay başkan ve üyeleriyle aynı konumda oldukları ihtilafsızdır. Buna göre de, Uyuşmazlık Mahkemesi mensuplarının fiilleri sebebiyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda dava açılması gerekmektedir.

F- YÜKSEK SEÇİM KURULU MENSUPLARI YÖNÜNDEN

Yüksek Seçim Kurulu, Anayasa'nın yüksek mahkemeler bölümünde değil, birinci bölümde yasama kısmında düzenlenmiştir. Anayasanın sistematiğine göre yüksek mahkeme sayılmasa da, gerek işlevsel olarak gerek mensuplarının statüsü yönünden yüksek mahkeme olduğu kuşkusuzdur. Çünkü Anayasa'nın 79. maddesine göre; “seçimler yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında” yapıldığı gibi YSK başkan ve üyeleri de, Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından seçilir. HUMK 575. md. uyarınca, Yargıtay da YSK mensuplarını Yargıtay başkan ve üyeleri gibi değerlendirmiştir²⁷⁷.

Nitekim 6100 ve 6110 Sayılı Kanunlar ile getirilen “Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar” kriterine göre de yüksek seçim kurulu mensuplarının fiilleri sebebiyle YHGK'da dava açılması gerekir. Çünkü, YSK mensupları zaten Yargıtay ve Danıştay üyesidirler. Bu sebeple fiillerinden dolayı Yargıtay HGK'da dava açılır.

²⁷⁷ YHGK, 30/11/1984, 1/1, Aktaran: GÜNAY, Hakimlerin..., s.58.

V- SORUMLULUK SEBEPLERİ

Yukarıda hakimlerin hukuki sorumluluğu konusundaki tartışmaları dile getirirken, hakimın sıradan bir sorumluluğa tabi olmasının; tedirgin, ürkek bir hakim sınıfı oluşmasına yol açacağı görüşüne yer vermiş idik. Bu çekincelerden hareketle, hakimlerin sorumluluğu HUMK 573 ve devamı maddelerde düzenlenirken gerek sorumluluk sebepleri gerekse müracaat şekilleri katı şekil koşullarına bağlanmıştır.

Nitekim HUMK'nun 573. maddesinde, sorumluluk halleri tahdidi olarak 7 madde halinde sayılmıştır. Buna göre, hakim aleyhine sadece şu hallerde dava açılabilir²⁷⁸:

- 1- Hakimın iki taraftan biri ile olan dostluk veya düşmanlık dolayısıyla diğer taraf aleyhine kanuna ve adalete aykırı bir hüküm veya karar vermiş olması,
- 2- Tevil veya tefsire ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı şekilde karar vermiş olması,
- 3- Yargılama tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanarak hüküm verilmiş olması,

²⁷⁸ HUMK'nun 573. maddesinde belirlenen 7 sorumluluk hali kanundaki ifade tarzı şekildedir:

- 1 - İki taraftan birini tesahüp ve iltizam veya gazez ve nefsanîyet dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete mugayir bir hüküm ve karar verilmiş olması,
- 2 - Kabili tevil ve izah olmayacak surette vazih ve sarahati katiyei kanuniyeye mugayir karar verilmiş olması,
- 3 - Muhakeme zabıtnamesinde mevcut olmayın sebebe binayi hükmedilmiş olması,
- 4 - Muhakeme zabıtnameleriyle kararların tağyir ve tahrif edilmiş ve söylenmiyen bir sözün hüküm ve karara müessir olacak surette söylenmiş gibi gösterilmiş olması,
- 5 - İta veya temin veya vadolunan menfaat dolayısıyla mugayiri kanun hüküm verilmiş olması,
- 6 - İhkakı haktan istinkaf olunması,
- 7 - (Ek bent: 14/12/1929 - 1539/1 md.) Memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makbul bir sebep olmaksızın yapılmaması.

- 4- Yargılama tutanakları ile kararların tağyir ve tahrif edilmiş ve söylenmeyen bir sözün hüküm ve kararı etkileyecek şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş olması,
- 5- Hakimin verilen veya sağlanan veya vaad olunan bir menfaat dolayısıyla kanuna aykırı şekilde hüküm vermiş olması,
- 6- İhkakı haktan istinkaf olunması,
- 7- Hakimin memuriyet görevini yapmakta ihmal ve terahi (üşenmek-gevşeklik) göstermesi veya kanuna göre verilen emirleri makul bir sebep olmaksızın yapmaması²⁷⁹.

Sorumluluk halleri tahdidi olarak belirlendiğinden, net olarak sayılan fiiller dışında başka fiiller veya benzer fiiller sebebiyle sorumluluk sözkonusu olmaz.

HUMK md. 573'te düzenlenmiş bulunan sorumluluk halleri “kusura dayanan” sorumluluk halleridir²⁸⁰. Hakime karşı açılacak tazminat davasına çok benzer. Bu nedenle, yukarıda incelenen sebeplerden birine dayanarak tazminat davası açılabilmesi için, tazminat talebinde bulunan davacının hakimin fiilinden dolayı bir zarar görmüş olması ve bu zarar ile hakimin fiili arasında uygun bir illiyet bağı bulunması gerekir. Tazminat davası BK md. 60'a göre bir yıllık zamanaşımına tabidir²⁸¹. Aydınalp'e göre de; hakimin sorumluluğunun kabul edildiği tüm hallerde “kusur” mevcuttur. Davanın veya yargılamanın cereyanı sırasında hakimin kasti olmayan pek hafif ihmalinden sorumluluğunun kabulü kanunun amacı ve lafzıyla bağdaşmaz²⁸². Yine Aydınalp'e göre, “*hakimlerin hukuki sorumluluğunun sözkonusu olabilmesi için 573. maddede öngörülen eylemlerin “görevleri sırasında” ve*

²⁷⁹ KURU, age, s.5836-5838.

²⁸⁰ AYDINALP, age, s.147.

²⁸¹ KURU, ARSLAN, YILMAZ, age, s.844.

²⁸² AYDINALP, age, s.147.

“görevlerinden dolayı” meydana gelmesi zorunluluğu bulunmaktadır²⁸³. Burada şunu da belirtmek gerekir ki; HUMK'nun 573. maddesinde tahdidi olarak sayılan yedi sorumluluk sebebi 6100 Sayılı Kanunda da aynen tekrarlanmıştır. Ancak ilk altı sebep aynen tekrar edilmekle birlikte yedinci sebebe 6100 Sayılı Kanunun 46/1. maddesinde yer verilmiştir. HUMK 573. maddede yer alan ancak 6100 Sayılı Kanunda yer verilmeyen yedinci sebep “hakimin memuriyet görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi veya kanuna göre verilen emirleri makul bir sebep olmaksızın yapmaması” idi. 6100 Sayılı Kanunda bu sebebe yer verilmemesinin sebebi komisyon gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır: “...zira hakime emir ve talimat verilmesi zaten yasaktır. Görevini yapmakta ihmal ve terahi göstermesi de hakimin görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilecektir.”²⁸⁴ Buna göre kanun koyucu da bu maddeyi, hakimlerin sorumluluğu yönünden işletilemez bir madde olarak görmüştür. Çünkü maddeyi iki kısma ayırıp memuriyet görevini ihmal kısmını yeni kanunda “görevi yapmaktan kaçınması” kısmına havale etmiş, emirleri sebepsiz yapmamayı ise müesseseden çıkarmıştır. Bunu da Anayasanın 138. maddesinde düzenlenen “hakimlere emir ve talimat verilemeyeceği” kuralına bağlamıştır.

Şimdi kanunda tahdidi olarak sayılan yedi sorumluluk sebebini tek tek inceleyecek olursak:

²⁸³ AYDINALP, age, s.103.

²⁸⁴ 6110 Sayılı Kanun'un Komisyon Gerekçesi. TBMM.gov.tr, Erişim Tarihi: 15/02/2010.

A- HAKİMİN İKİ TARAFTAN BİRİ İLE DOSTLUK VEYA DÜŞMANLIK DOLAYISIYLA DİĞER TARAF ALEYHİNE KANUNA VE ADALETE AYKIRI BİR HÜKÜM VEYA KARAR VERMİŞ OLMASI

Bu hükme göre hakimin sorumlu tutulabilmesinin iki şartı vardır: (a) Hakimin kasıtlı hareket etmiş olması, (b) verdiği kararların kanuna ve adalete aykırı olması²⁸⁵. Aydınalp'e göre de; hakimin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için hüküm veya kararda öncelikle taraflardan birini kayırma, dostluk (tesahüp ve iltizam) yahut bir taraf için kin ve düşmanlık (garez ve nefsanîyet) duyguları altında karar verdiğinin kanıtlanması gerekmektedir²⁸⁶. Maddenin sorumluluk için öngördüğü ilk koşul olan "taraflardan biri ile dostluk veya düşmanlık duygusuyla" hareket etmesi anlaşılabilir olup çok da tartışmalı bir kavram değildir. Bu kısımla ilgili olarak çözülecek ihtilaf noktası "dostluk ve düşmanlık" halinin sübuta erdirilmesidir. Örneğin Yargıtay'ın bir kararında "hakimin kasıtlı hareket ettiğini gösterir bir husus bulunmadığından" davanın reddine karar vermiştir²⁸⁷. Yine bir başka Yargıtay kararında da, taraflara dostluk ve düşmanlıkla yaklaşılmaması gerektiği şu şekilde ifade edilmektedir: "...verdiği karar ne denli doğru olursa olsun, kararın gerekçesinde yansızlığını tartışılır duruma getiren hakim, öncelikle yargıladığı kişinin insanlık, kişilik hakkı olan adil (doğru ve güvenli) yargılama hakkı çiğnenmiş duruma düşebilir. Kuşkusuz hakim, yasal olduğu kadar ahlaki yükümlülük de olan gerekçelendirme olgusunu gerçekleştirirken yansızlıkla birlikte ve aynı değerlerde olan kişinin onur ve saygınlığını da korumada yüksek özen göstermelidir."²⁸⁸ Maddede öngörülen ikinci koşul ise: Kanuna ve adalete aykırı karar verilmesidir. Kanuna aykırılık anlaşılabilir ve net bir kavramdır. Ancak adalete aykırılık soyut bir kavram olup her somut olayda ayrı tahlil edilmesi gerekir. Ayrıca bu koşulun önemli bir diğer özelliği ise kararın hem kanuna

²⁸⁵ KURU, age, s.5836; KILIÇOĞLU, agm, s.243.

²⁸⁶ AYDINALP, age, s.103.

²⁸⁷ Y4HD, 24/10/2000, E.2000/4001-K.2000/9140. Yayınlanmamıştır.

²⁸⁸ YHGK, 24/10/2001, E.2001/4-1016-K.2001/757.

hem de adalete aykırı olması gerekmesidir. Üstündağ'a göre, kanuna uygun her karar adil olmayabilir²⁸⁹. Hakimin sorumluluğu sadece verdiği hükümler için değil, tüm kararlar için yani usule ilişkin nihai kararlar ile ara kararları da dahil olmak üzere kabul edilmiştir.²⁹⁰ Yine İnal'a göre de; bu bendden sorumluluk için “*Kastın varlığı aranır. Yargıç bu şekilde hem yasaya hem de adalete aykırı karar vermiş olmalıdır. Karar hem yasaya hem de adalete uygunsuzsa yargıç sorumlu tutulamaz.*”²⁹¹ Buraya kadar yazıldığına aksine Kılıçoğlu “kanuna ve adalete” ibaresinin “kanuna veya adalete” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Sorumluluk için de adalete veya kanuna yani bunlardan birine aykırı olmasını yeterli görmektedir²⁹². Adalete aykırılık konusunda ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Örneğin adalet kavramının felsefi tanımlarını Günay şu şekilde sıralamaktadır: “Adalet, herkese kendi payına düşeni vermek hususundaki sonsuz ve sürekli çabadır. (Ulpianus)” “Adalet söze bağlıdır. (Hugo Grotius)” “Adalet şerefli yaşamak, kimseye zarar vermemek, herkese payına düşeni vermektir. (Kant)” “Adalet, kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapmamaktır. (Konfüçyüs)”²⁹³ Bize göre ise, kanuna aykırı karar verilmesi yeterli iken adalete aykırılık koşulu gereksizdir. Çünkü adalete aykırılığın somut bir ölçütü yoktur. Ancak yasadaki “ve” bağlacı sebebiyle sorumluluk için kanuna ve adalete aykırılığın birlikte gerçekleşmiş olması gerekir.

Nitekim 6100 Sayılı Kanunun 46/1-a maddesinde bu belirsizliğe son verilmiştir. Burada, 573/1. maddede olduğu gibi “kayıрма ve taraf tutma veya taraflardan birine olan kin ve düşmanlık sebebiyle” koşulu korunmuştur. İkinci koşul olan “kanuna ve adalete aykırı” olma koşulu yerine ise “hukuka aykırı” bir karar

²⁸⁹ ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul 1977, s.115.

²⁹⁰ PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2008, s.143.

²⁹¹ İNAL Nihat, **Hukuk Yargılama Usulü Yasası**, Kartal Yayınevi, s.2372.

²⁹² KILIÇOĞLU, age, s.243.

²⁹³ GÜNAY, Hakimlerin..., s.22.

veya hüküm verme koşulu getirilmiştir. Her iki kanunda yer alan “karar veya hüküm” verme ayrımı ise manidardır. Çünkü hüküm nihai kararı ifade eder. Oysa karar, nihai karar öncesi yargılamayla ilgili her tür ara karardır. Böylelikle 6100 Sayılı Kanunla getirilen “hukuka aykırı” olma koşulu, mevzuata aykırılığı da kapsamaktadır, hakkaniyete aykırılığı da kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle, bu kavramla, sorumluluk sebebi, pozitif hukuka (kanuna) aykırı olma kalıbı dışına çıkarılarak daha geniş kapsamlı bir sorumluluk unsuru halini almıştır. Ancak bu hukuka aykırılığın taraf tutma veya kin veya düşmanlık sebebiyle oluşması gerekmektedir.

Öteyandan anılan fiilin sabit olması halinde, bu fiilin aynı zamanda ceza hukuku yönünden de suç oluşturacağı, koşullar mevcut olursa adil yargılamayı etkileme suçu oluşabileceği kuşkusuzdur.

**B- TEVİL VEYA TEFSİRE İHTİYAÇ GÖSTERMEYECEK
DERECEDE AÇIK VE KESİN OLAN BİR KANUN HÜKMÜNE
AYKIRI ŞEKİLDE KARAR VERİLMİŞ OLMASI**

Bu maddeye göre hakimin sorumlu tutulması için, yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık ve kesin olan kanun hükmüne aykırı bir karar verilmiş olması gerekir. Kuru'ya göre, “hakimin burada kasıtlı hareket etmiş olması şart değildir.”²⁹⁴ Burada hakimin kasıtlı hareket etmesi aranmamaktadır. Önemli olan kanunun yorum gerektirmeyecek kadar açık kanun hükmüne aykırı karar verilmiş olmasıdır. Kılıçoğlu'na göre, “hakim önüne getirilen bir olaya tatbik edilecek kanunu ve bu kanunun ilgili hükmünü bizzat arayıp bulmak zorundadır. Tarafların bu hususta yanlış beyanları onu sorumluluktan kurtarmaz.”²⁹⁵ Burada ifade edilen kanunu pozitif hukuk olarak algılamak gerekir. Ancak içtihadı birleştirme kararları

²⁹⁴ KURU, age, s.5836.

²⁹⁵ KILIÇOĞLU, agem, s.244.

da kanun hükmünde olduğundan bunu da madde kapsamında saymak gerekir. Bu bende göre, sorumluluktan söz edebilmek için, kanun hükmünün yoruma açık olmaması gerekir. Örneğin, 2577 Sayılı Yasanın 7. maddesine göre, idare mahkemelerinde dava açma süresi 60 gündür. Bu yorum gerektirmeyecek kadar açık hükmüdür. Hakim, 60 gün içinde açılan davayı süre yönünden reddederse bu bendi ihlal etmiş olur. Ancak, aynı yasanın 5. maddesine göre aralarında maddi ve hukuki bağ bulunan iki işleme karşı tek dilekçe ile dava açılabilir. Burada maddi-hukuki bağın varlığını hakim takdir edecektir. Bu sebeple verilen dilekçe red kararında kanunun açık hükmü hilafına karar verilmiş olmaz. Bu konuda Yargıtay'ca verilen en medyatik ve tartışmalı karar, bu bend hükmüne göre verilmiştir. Bu kararda; Yargıtay, tutuklama kararında ve tutuklamanın devamına dair kararda somut özel gerekçelere yer verilmemesini, kararların gerekçeli olması gerektiği kuralının ihlali saymıştır²⁹⁶. Bu karar bu bend hükmü yönünden güzel bir örnek olmakla birlikte, bu fiilin HUMK kapsamında mı CMK'nun 141 md. kapsamında mı olduğu yönüyle tartışmalıdır.

Bu sorumluluk hali 6100 Sayılı Kanunun 46/1. maddesinin (c) bendinde yer almıştır. Bu bende göre, “farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması” gerekmektedir. Burada da unsurlar hemen hemen HUMK 573/2. maddesi ile aynıdır. Farklılık belki sadece “...karar veya hüküm verilmiş olması” ifadesindedir. Burada, karar veya hüküm ayırmak gerekir. Karar: hükümden önceki ara kararları, hüküm ise, nihai mahkeme kararını ifade eder. Bu sebeple kanunun açık hükmü hilafına verilen ara kararlar da bu madde kapsamındadır.

²⁹⁶ YHGK, 24/11/2010, E.2010/4-K.2010/604. Yayınlanmamıştır.

Bu fiilin sübuta ermesi halinde cezai yönden de sorumluluk doğacağı kuşkusuzdur. Suçun unsurlarının oluşması halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir.

C- YARGILAMA TUTANAĞINDA MEVCUT OLMAYAN BİR SEBEBE DAYANARAK HÜKÜM VERİLMİŞ OLMASI

Bu bende göre sorumluluğun doğması için, duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebin hükme esas alınmış olması gerekir. Kılıçoğlu'na göre, *“Kanunumuzun bu hükmünü 153. maddenin ışığı altında yorumlamak gerekir. Bu maddeye göre sözlü yargılamanın cereyan tarzı ancak tutanak ile ispat edilebileceğinden hakim zabta geçirilmeyen bir olaya dayanarak karar verirse, bu olayın aslında duruşma sırasında beyan edildiğini ispat etse dahi sorumlu tutulur. Zira muayyen bir olayın cereyan ettiğine ilişkin iddianın duruşma sırasında bildirildiği ancak bunlara ilişkin beyanların zabta geçirilmesi ile ispat olunabilir.”*²⁹⁷

Bu sorumluluk hali sözlü yargılama için geçerlidir. Örneğin yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu idari yargıda bu sorumluluk halinin gerçekleşmeyeceğini düşünmekteyiz. Çünkü, idari yargıda, yerel mahkemelerde talep halinde bir kez Danıştay ve Bölge İdare Mahkemelerinde talep uygun görülürse veya re'sen bir kez duruşma yapılır. Duruşma tutanağı ise; duruşmaya katılanlara ikişer kez söz verilerek ve de söyledikleri özetlenerek tutulur. Tarafların duruşma anında söyledikleri daha ziyade dosya içeriği ve maddi olay hakkında heyeti bilgilendirme ve aydınlatmaya dönüktür. Bu sebeple hüküm sonucuna fazla etkisi olmaz. Hatta duruşma anında söylenenler esas alınarak hüküm kurulmaz. Bu sebeple bu hüküm yazılı yargılama usulünde işlevsizdir. Ayrıca bu sorumluluk sebebinin oluşması için hakimın ağır kusur veya kasıtlı hareket etmiş olması gerekir. İnal'a göre de, *“duruşma tutanağına geçmeyen bir konuya dayanılarak karar verilmiş olması HYUY'nun 573/3.ncü*

²⁹⁷ KILIÇOĞLU, agm, s.245.

*bendine göre yargıcın sorumluluğunu gerektirir. Bu durumda kast ve ağır kusur aranır.*²⁹⁸ Bu sebeple Kılıçoğlu'na göre; bu durum ihmale dayanıyorsa sorumluluk sözkonusu olmayacaktır²⁹⁹. Sonuç olarak, hakim, tutanakta bulunmayan bir nedeni gerçekte var olsa bile kararına esas almamalıdır.

Bu sorumluluk sebebi 6100 Sayılı Kanununun 46/1. maddesinin (ç) bendinde de hemen hemen aynen (biraz dili yenilenecek) yer almıştır. Buradaki düzenleme “duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması” şeklindedir. Burada HUMK'daki düzenlemeden farklı, yeni tek unsur, “yargılama tutanağı” yerine “duruşma tutanağı” denilmiş olmasıdır. Belki burada bir kavram daralmasından söz edilebilir. Çünkü yargılama zabtı yargılamanın, tüm safhalarındaki belgeleri kapsar. Nitekim Aydınalp'e göre “*mahkeme zabıtnamesi terimi duruşma ve tensip tutanaklarını, ara kararlarını, ekleriyle birlikte dava dilekçesi ve cevap layihasını, replik ve düpliki, bilirkişi ve tanık beyan dilekçelerini, keşif tutanakları vesair delil niteliği bulunan belgelerin tümünü kapsar.*³⁰⁰” Aydınalp bu tespiti YCGK 13/03/1967, 1/67 sayılı karara göre yapmışsa da kavramın kapsamının bu kadar geniş olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü Kanunda “zabıtname”den söz edilmektedir. Bu ise mahkeme huzurunda yargılamaya ilişkin hakim tarafından tanzim edilen belgeleri ifade eder. Dolayısıyla replik, düplik gibi tarafların cevap layihaları bu kapsamda olmamalıdır. Ancak, tensip, keşif zabtı, bilirkişi beyanları bu kapsamda sayılmalıdır. Oysa 6100 Sayılı Kanunda sadece “duruşma tutanakları” esas alınmıştır. Bu sebeple bu bende göre sorumluluk doğması için, sadece duruşmada tutulan tutanaklarda olmayan sebebe dayanılmış olması gerekir. Bu yönüyle HUMK'nun sorumluluk kapsamının maslahata daha uygun olduğunu söylemek gerekir. Çünkü, hakimin sadece duruşma tutanağında değil tüm

²⁹⁸ İNAL Nihat, **Hukuk Yargılama Usulü Yasası**, Kartal Yayınevi, 2003, s.2373.

²⁹⁹ KILIÇOĞLU, agm, s.246.

³⁰⁰ AYDINALP, age, s.132.

dosya kapsamında bulunmayan bir belge bilgiye de dayalı karar vermiş olmasının sorumluluk doğurması gerekir.

**D- MAHKEME TUTANAKLARI VE KARARLARI
DEĞİŞTİRİLEREK SÖYLENMEYEN BİR SÖZ
SÖYLENMIŞCESİNE KARARA ETKİ ETTİRİLMESİ**

Bu hükme göre sorumluluk doğması için iki unsurun bulunması gerekmektedir. Öncelikle mahkeme tutanakları ve kararların değiştirilmiş olması gerekir. Bu değişiklik ile de, söylenmeyen bir söz söylenmiş gibi gösterilip bunu karara etki ettirmesi gerekir. Bize göre unsurların her biri tek başına bu bend uyarınca sorumluluk sebebi olmaz. Örneğin tek başına, zabıtlar ve kararların değiştirilmesi bu bende göre sorumluluk doğurmaz. Belki resmi evrakta tahrifat suçu ve sorumluluğu doğabilir. Yine bu tahrifatın, söylenmeyen bir sözü, karara etki edecek şekilde söylenmiş gibi gösterilmesi gerekir. Buna göre bir tahrifat yapılarak, söylenmeyen bir söz söylenmiş gibi gösterilmekle birlikte, bu tahrifat hüküm ve karara etki edecek nitelikte değilse yine bu bende göre sorumluluk doğmaz. Hali hazır kullanılan teknolojiye göre, taraf beyanları, aynen zabta geçmemekte, hakim kendi ağzından beyanı yazdırmaktadır. Bu sebeple, hiçbir zabıtta yazanlar, ilgilinin aynen ağzından çıktığı gibi değildir. Dolayısıyla, sorumluluk doğması için cümlelerin aynen yazılmamış olması yeterli değildir. Zabıtta aslında söylenmeyen bir söze yer verilmesi ve bunun karara etkili olması gerekir. Ayrıca Günay'a göre, burada hakimin kasıtlı davranması aranır³⁰¹. Karara etkili yanlışlık ise, karar neticesini değiştiren bir yanlışlıktır. Buna örnek Aydınalp'e göre, “gerçeğe aykırı suretle ikrar, sulh, kabul, feragat gibi davanın sonucunu etkileyen beyanları tutanağa dikte ettirmesi veyahut beyan sahiplerinin hulüs ve saffetinden

³⁰¹ GÜNAY, Hakimlerin..., s.24.

*yararlanarak imzalarını alması” hukuki yönden de sorumluluk gerektirir*³⁰². Erdemir'e göre, “hakimin bu bende göre sorumlu tutulabilmesi için kastı arandığı gibi, duruşma tutanağının aksinin sahtecilik davası ile kanıtlanması gerekir.³⁰³” Bu fiil Kılıçoğlu'na göre, aynı zamanda hakimin cezai sorumluluğunu gerektiren suç teşkil eden bir fiildir³⁰⁴.

Bu sorumluluk hali 6100 sayılı kanunun 46/1. maddesinin (d) bendinde düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemede de, dilinin sadeleşmesi dışında hemen hemen aynıdır. Buradaki düzenleme “duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm veya karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması” şeklindedir. Ancak HUMK'daki düzenlemeden farklı olarak burada iki ayrı sorumluluk sebebi vardır. Bunlardan ilki, duruşma tutanakları ve hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş olması, ikincisi ise, söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş olması olup, her iki fiilin de hükme dayanak alınması gerekmektedir. Burada iki fiil “veya” kelimesiyle ayrılmaktadır. Oysa HUMK'da; zabıtlar ve kararların değiştirilmesi “ve” söylenmeyen bir sözün söylenmiş gibi gösterilmesi, bu fiillerin de karara etkili olması gerekmekte idi. Buradaki “ve” bağlacı iki fiilin birlikte gerçekleşmesini gerektirmektedir.

Bize göre mevcut düzenleme maslahata daha uygundur. Çünkü, aslında bu fiillerin her ikisi de ayrı ayrı suç olup hukuken de ayrı ayrı sorumluluk doğurmalıdır.

Bu fiilin sübutu halinde, aynı zamanda cezai yönden de sorumluluk doğacak olup, resmi evrakda tahrifat ve adil yargılamayı etkileme suçu da oluşabilecektir.

³⁰² AYDINALP, age, s.134.

³⁰³ ERDEMİR, age, s.573.

³⁰⁴ KILIÇOĞLU, agm, s.246.

E- MENFAAT KARŞILIĞI KANUNA AYKIRI KARAR VERİLMESİ

Bu sorumluluk hali Kanunda “ita veya temin veya vaad olunan menfaat dolayısıyla mugayiri kanun hüküm verilmiş olması” şeklinde düzenlenmiştir. Sorumluluk için, bir menfaat temin edilmesi, ödenmesi veya vaad edilmesi ve bu menfaat sebebiyle kanuna aykırı hüküm kurulmuş olması gerekmektedir. Menfaat maddi veya manevi olabilir. Birinci bendden farkı ise, hükmün sadece kanuna aykırı olması yeterli sayılmış olup ayrıca hukuka aykırılık hali aranmamıştır. Tazmin sorumluluğunun doğması için hükmün kanuna aykırı olması gerekir. Sadece menfaat temini veya vaadi tek başına sorumluluk doğurmaz. Oysa karar kanuna uygun olsa bile menfaat temini cezai sorumluluk doğurur. Günay'a göre, “573/5 bend hükmünün sözkonusu edildiği durumda, hakime sağlanan çıkarın (vaadin) bulunması gerekli olup, bu durum her türlü delille kanıtlanabilir.”³⁰⁵ Yine sözkonusu menfaat tabirine bedava bir seyahat vaad veya temini, bir ziyafet verilmesi, karşılıksız iş görme, bir borçtan kurtarma gibi haller girebilir³⁰⁶. Demir'e göre de burada ifade edilen çıkara “hakime bir haftalık yurtdışı gezisi ayarlanması vaadi veya fiilen temini, lüks bir otelde ziyafetli gece ağırlamaları, hiçbir karşılık olmaksızın deniz kenarında tatil konutu yapımı, kredi kartı borcunun ödenmesi gibi” haller girebilir³⁰⁷. Bu hallerin varlığı yanında sağlanan menfaat doğrultusunda karar da verilmiş olması gerekir. İnal'a göre, dava henüz sonuçlanmamış ise bu madde kuralı uygulanmaz³⁰⁸. Yine bu sorumluluk halinde de hakimin kastı aranmaktadır³⁰⁹. Dava henüz sonuçlanmamış ise bu madde hükmü uygulanamaz³¹⁰.

³⁰⁵ GÜNAY, Hakimlerin..., s.24.

³⁰⁶ KILIÇOĞLU, agm, s.247.

³⁰⁷ DEMİR, agm, s.838.

³⁰⁸ İNAL, age,s.2373.

³⁰⁹ PEKCANİTEZ, ATALAY, ÖZEKES, age, s.144.

³¹⁰ DEMİR İlter, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 1998, s.573.

Bu sorumluluk hali 6100 Sayılı Kanunun 46/1. maddesinin (b) bendinde düzenlenmiştir. HUMK'da 5. bendde düzenlenen bu bendin, 6100 Sayılı Kanunda ikinci bendde düzenlenmesi sistematik bir durum da yaratmıştır. Çünkü ilk bendde, taraflara dostluk veya düşmanlık sebebi ile kanuna veya hukuka aykırı hüküm veya karar verilmesi düzenlenmişken, burada da bu fiile çok benzeyen bir fiil düzenlenmiştir. Burada dostluk veya düşmanlık değil bir menfaat karşılığı kanuna aykırı hüküm veya karar verme hali sözkonusudur. Bunun dışında HUMK'da düzenlenen fiil ile hemen hemen aynı olup dili sadeleştirilmiştir. Bunun yanında küçük denilebilecek tek fark ise; HUMK'da “kanuna aykırı hüküm” verilmesi düzenlenmişken burada “kanuna aykırı bir hüküm veya karar” verilmesi düzenlenmiştir. Bu sebeple sadece nihai karar (hüküm) değil aynı zamanda dava safhasındaki ara kararlar da sorumluluk kapsamına alınmıştır. Bunun dışında sorumluluk sebepleri ve diğer unsurlar yeni kanunda da aynıdır.

Bu fiil aynı zamanda, menfaat karşılığı görevi kötüye kullanma suçunu da oluşturabilecektir.

F- HAKKIN YERİNE GETİRİLMESİNDEN KAÇINILMASI

Bu sorumluluk hali de kanunda “ihkakı haktan istinkaf olunması” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, hem doğrudan Anayasa'da düzenlenen hem de HUMK'nun sorumluluk hallerini düzenleyen 573. maddenin devamı olan 574. maddede adeta tefsiri yapılan bir hükümdür. Anayasa'nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesinin 2. fıkrasında “hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz” hükmü düzenlenmektedir. Buna göre hakim (ve mahkeme) yasal mazereti olmadan görev ve yetkisi içindeki bir davaya bakmazlık edemez. Nitekim HUMK 573/6 md. göre de “ihkakı haktan istinkaf olunamaz” kuralı Anayasa'nın anılan ilkesi ile paralellik arz etmektedir ve bu fiil hukuki sorumluluk doğurmaktadır. Ancak nelerin hakkın yerine getirilmesinden kaçınma sayılacağı tartışılabilir. İşte bunu da HUMK'nun 574. maddesi düzenlemektedir. 574. md. göre “İhkakı haktan istinkaf, kanunen kabule şayan olan bir arzuhalî bila mucib reddetmek veyahut bir dava rüyete hazır bulunmuş ve sırası gelmişken bir takım vahi özürler beyaniyle hakikaten suikastten naşi rüyetine teşebbüs ve devam etmektir.

İhkakı haktan istinkafta katibiadil marifetiyle hakimın zatına bir ihtarname tebliğ olunmak lazımdır.” Bu maddeye göre nelerin hakkı yerine getirmekten kaçınma sayılacağına ilişkin örnekler verilmiştir. Örneğin, kanuna uygun bir dilekçeyi nedensiz reddetmek, bir davaya bakılacak hale ve sırası gelmiş iken bir takım özürler beyan ederek kasıtlı olarak davaya başlamamak ya da sürdürmemek³¹¹. Bu hale örnek olarak sebepsiz dilekçeyi havale etmemek, konuyla ilgisiz ara kararları vermek, dosya tekemmül ettiği halde sebepsiz ve makul sürede karar vermemek gösterilebilir. Ancak Aydınalp'e göre, hakimın bir davada görevsizlik ya da yetkisizlik kararları vermesi yargılamadan kaçınma anlamına gelmez³¹². Yine bu bent hükmüne dayanan sorumluluktan bahsedebilmek için de hakimın kastına dayanan bir hareketin varlığı şarttır³¹³. Günay'a göre de, “*hakime göreve davet edilmesi yönünde noterden ihtarname gönderilmeli, buna rağmen bir sonuç alınmazsa o zaman aleyhine “hakkı yerine getirmekten kaçındığı” gerekçesiyle tazminat davası açılmalıdır. Burada ihtarnameden amaç hakimın göreve davet olunması deyim yerinde ise temerrüde düşürülmesidir.*³¹⁴” Ayrıca bu bende göre sorumluluk doğması için noterden ihtarname tebliğ zorunluluğu 574/2 .maddenin gereğidir. Bu sebeple noter ihtarına rağmen ihmalkar tavrını sürdüren hakim sorumlu duruma düşecektir. Noter ihtarı bu bende dayalı davalarda, davanın ön şartı halini almıştır.

Bu sorumluluk 6100 Sayılı Kanununun 46/1. maddesinin (e) bendinde düzenlenmiştir. Buradaki düzenleme de dilin sadeleştirilmesi dışında tamamen aynıdır. Nitekim bu bendde sorumluluk sebebi “hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması” şeklinde düzenlenmiştir. Bu sebeple sorumluluk sebebi ve

³¹¹ GÜNAY, Hakimlerin..., s.25.

³¹² AYDINALP, age, s.136.

³¹³ KILIÇOĞLU, agm, s.247.

³¹⁴ GÜNAY, Hakimlerin..., s.25.

unsurları da aynıdır. Ancak 6100 Sayılı Kanunda, nelerin “hakkın yerine getirilmemesi” sayılacağına dair, HUMK'da olduğu gibi ayrı bir maddeye yer verilmemiştir.

**G- MEMURİYET GÖREVİNİN YAPILMASINDA İHMAL VE
SAVSAMA GÖSTERİLİP KANUNA GÖRE VERİLEN
EMİRLERİN SEBEPSİZ YERİNE GETİRİLMEMESİ**

Bu bend hükmü 14 Aralık 1929 tarih ve 1539 Sayılı Kanunla eklenmiş bulunmaktadır³¹⁵. Bu bend kanunda “memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makul bir sebep olmaksızın yapılmaması” şeklinde düzenlenmiştir. Bu bendde iki ayrı sorumluluk hali sözkonusudur:

- * Hakimın memuriyet görevini yapmakta ihmal ve savsama göstermesi,
- * Kanuna göre verilen emirleri sebepsiz yerine getirmemesi.

Bu madde tartışmalı bir maddedir. Çünkü ilk sorumluluk hali “memuriyet” görevini yapmamak olup, hakimler memur değildir. Burada hakimlerin idari görevi kastedilmiştir denilebilirse de bu sefer HUMK 573 md.ye göre sorumluluk olmaz. Bu sebeple, bu maddenin, Anayasa karşısında (Hakimlere emir ve talimat verilemeyeceği kuralı) uygulama olanağı kaybettiği de ileri sürülmektedir³¹⁶. Aydınalp'e göre ise, “*Hakimin memuriyet görevi hem nizalı hem de nizasız yasa hallerini içine alan yargısal faaliyeti kapsadığı gibi aynı zamanda idari işlem niteliği taşımayan, adalet hizmetleri görevini de kapsar*”³¹⁷ Bize göre, kanunda bahsedilen “memuriyet görevi” yargısal görevi de ifade etmektedir. Kastedilen idari memurluk değildir. Çünkü anılan bend “Hakimlerin sorumluluğu”nu düzenleyen bir kanun

³¹⁵ AYDINALP, age, s.140.

³¹⁶ KILIÇOĞLU, agm, s.248; GÜNAY, Hakimlerin..., s.26.

³¹⁷ AYDINALP, age, s.144.

maddesinde yer almaktadır. Bu sebeple “memuriyet” görevini hakimlik olarak kabul etmek gerekir.

Bu bendde düzenlenen diğer sorumluluk sebebi ise kanuna göre verilen emirlerin makul bir sebep olmaksızın yapılmamasıdır. Bu bendin, Anayasa'nın 138. maddesi karşısında uygulama kabiliyetinden yoksun olduğu savunulmaktadır³¹⁸. Yine bu bendin nizasız kaza hallerinde işleyebileceği savunulmaktadır³¹⁹. Ancak Aydınalp'e göre “*çekişmesiz yargı konularında da sonuçta yargısal bir faaliyet söz konusudur ve bu konularda da, hakime ve hiçbir makam ve merci emir veremeyeceğine göre, yedinci bend hükmünü çekişmesiz yargıya özgülemesi görüşü yanlıştır.*”³²⁰ Bize göre de Anayasa'nın 138. maddesi karşısında bu bendin uygulama kabiliyeti yoktur.

Nitekim 6100 Sayılı Kanunda bu bend yer almamaktadır. 6100 Sayılı Kanundaki sorumluluk sebepleri ilk altı bendden ibarettir. Kanun koyucu son bendi bilinçli olarak kanuna koymamıştır. Kanunun komisyon gerekçesinde bunun sebebi “Hakime emir ve talimat verilmesi zaten yasaktır, görevi yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi de, hakimin görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilebilecektir.” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece kanun koyucunun da, HUMK'daki düzenlemenin yedinci bendini, hakimlere “emir ve talimat” olarak gördüğü ve buna son verdiği sonucuna varabiliriz. Hakimlerin idari görevleri sebebiyle emirlere uymaması ve zaten hem disiplin sorumluluğu doğuracak hem de şahıslar uğradığı zararı idareden (Adalet Bakanlığından) isteyebileceklerdir. Bu sebeple bu bendin HUMK'da hakimin sorumluluk sebebi sayılmasının hem yersiz hem Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

³¹⁸ AYDINALP, age, s.145.

³¹⁹ ALANGOYA Yavuz, YILDIRIM Kamil, YILDIRIM Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 2005, s.52.

³²⁰ AYDINALP, age, s.147.

VI- DAVANIN GÖRÜLMESİ VE SONUÇLARI

Kanun, hakimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin sebepleri özel olarak belirlemekle birlikte ayrı bir yargılama usulü belirlemiş değildir. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi bazı şekli koşullar belirlenmiştir. Özel vekalet, özel dilekçe şekli gibi. Tazminat davasında uygulanacak yargılama usulü, asliye mahkemelerinde uygulanan yazılı yargılama usulüdür³²¹. Hakim aleyhine açılan tazminat davası normal bir eda davası niteliğinde olup, davanın kabulü yahut reddi durumunda farklı sonuçları olacaktır³²². Bu sebeple davanın sonuçlarını davanın kabulü ve reddi durumuna göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

A- DAVANIN KABULÜ HALİNDE

Davanın sonuçları HUMK'nun 576. maddesinde düzenlenmiştir. 576. maddenin 1. fıkrasında davacı davayı kazanırsa 2. fıkrasında ise davacı davayı kaybederse doğacak sonuçlar düzenlenmiştir. Davacının davayı kazanmasının en doğal sonucu elbette uğranılan maddi-manevi zararın tazminine hükmedilmesidir. Bunun yanında, mahkeme masrafları da davalıdan alınır. Bu sonuçlar ise bu dava türüne özgü olmayıp, genel olarak tüm tazminat davalarında geçerlidir. Ancak bu davanın kazanılması demek, hakim daha önce vermiş olduğu bir kararda kanunda sayılan yedi hukuka aykırı davranıştan birisinde bulunduğu anlamına gelmektedir. Bu da, tazminat davasının hakim aleyhine sonuçlanmasının hakim daha önce verdiği kararı etkileyip etkilemeyeceği sorusunu akla getirmektedir. Mahkeme kararları kanun yolları tüketildikten sonra veya kanun yollarına başvurulmayarak kesinleşir. Kesin hüküm ise; mahkeme kararına konu ihtilafın artık tekrar yargılama konusu yapılmaması demektir. Dolayısıyla, kesin hüküm mahkeme kararının kesin doğru olması değil, kamu düzeni için artık doğruluk tartışmasının yapılmamasıdır.

³²¹ KURU, age, s.5854.

³²² AYDINALP, age, s.222.

Bunun istisnası ise yargılamanın yenilenmesidir. Yargılamanın yenilenmesi ise tüm usul yasalarında (HUMK-CMK-İYUK) tek tek sayılmıştır. Bu sebeple, hakimin HUMK 573. maddesi uyarınca tazminata mahkum edilmesi tek başına, hakimin verdiği kararın ortadan kaldırılmasını gerektirmez. Aynı zamanda kanunda sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birisine uygun fiil oluşması gerekir. Ancak bu sonuç adil yargılanma kavramıyla bağdaşmaz. Örneğin iki taraftan birisini kayırdığı, kanunun açık hükmü hilafına karar verdiği, zabta aykırı karar verdiği sabit olan hakimin önceden verdiği kararın ortadan kaldırılması kesin hükmün (kaziyei muhkem) kuralının sağlayacağı faydadan daha önce gelmelidir.

Davanın sonuçları 6100 sayılı kanunda ayrı bir madde olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın, 46/3. maddede “ Devlet ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hakime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder” hükmü düzenlenmiştir. Buna göre davanın kabulü halinde, devlet ödediği tazminatı bir yıl içinde hakimden isteyebilir. Nasıl isteyeceğinin cevabı ise, 47/2. md. de düzenlenmiştir. Buna göre; devletin ödediği tazminatı sorumlu hakimden yine dava yoluyla isteyecektir. Rücu davası, tazminat davasını karara bağlayan mahkemede görülür. Kanunda rücu davasının şekline dair özel bir düzenleme getirilmemiş olup, rücu davası genel hükümlere göre görülecektir.

B- DAVANIN REDDİ HALİNDE

Mahkeme davayı usulden veya esastan reddedebilir. Kanunda davanın reddi halinde davacı aleyhine bazı müeyyediler öngörülmüştür. Bu sebeple, davanın reddi halini usulden ve esastan redde göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

1- Esastan Reddi Halinde

Davanın reddi halinde doğacak sonuçlar 576. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Ancak bu hükümde usulden veya esastan reddine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu düzenlemeye göre; dava sabit olmaz ise, iddia sahibinden kendisinden tazminat istenen hakimin uğradığı maddi ve manevi zarar ve ziyan için takdir olunacak uygun bir tazminata hükmedildiği gibi, ayrıca mahkemece davacıya beşyüz

liradan beşbin liraya kadar idari para cezası verilir. Buna göre, dava reddolursa iki sonuç doğmaktadır:

- Hakim lehine (hakim talep etmese de) tazminata hükümlenir.

- Davacıya mahkeme tarafından beşyüz liradan beşbin liraya kadar idari para cezası verilir.

Herşeyden önce hakim lehine böyle bir tazminata hükmetmek için hakim bu hususta bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Hakimin ayrıca bir karşılık dava açmasına da ihtiyaç duyulmamaktadır³²³. Yargıtay da hakim lehine re'sen maddi ve manevi tazminata hükmedileceği görüşündedir³²⁴. Yargıtay HGK tarafından mahkemece kendiliğinden ve istek olmaksızın ve de karşı davaya gerek bulunmadan tazminata karar verileceğine hükmedilmiş ve bu kararlar istikrar kazanmıştır³²⁵. Ancak hakim, aleyhine açılmış olan davada açıkça lehine tazminata hükmedilmesini istemediğini belirtirse, bu durumda davalı hakim lehine resen tazminata hükmedilmez³²⁶. Fakat dava dilekçesinin usulden reddedilmesi halinde mahkeme davacıyı para cezasına ve tazminata mahkum edemez³²⁷. Bunun yanında Aydınalp göre, davadan feragat halinde de feragat geçerli olmayıp, davacıya para cezası ve davalı hakim lehine tazminata hükmedilir. Çünkü aksi takdirde davayı kaybedeceğini anlayan davacı davadan feragat eder ve bu durum objektif iyiniyet koşullarıyla bağdaşmaz³²⁸. Bu düşünceye şunu da eklemek gerekir ki; kötüniyetli davacı sırf dava açmakla hakimi sıkıntıya sokmuş, yıpratmış ve hatta bertaraf etmiş olur, davanın sonu gelmeden feragatla hem kendisi cezadan ve tazminattan kurtulmuş hem de esas

³²³ KILIÇOĞLU, agm, s.260. DEMİR, agm, s.854.

³²⁴ AYDINALP, age, s.227.

³²⁵ HGK, 09/07/2008, E.2008/9-947 K.2008/481. Yayınlanmamıştır.

³²⁶ KILIÇOĞLU, agm, s.260.

³²⁷ KURU, age, s.5858.

³²⁸ AYDINALP, age, s.227.

amacına ulaşmış olur. Ancak, bu yorumun kanunda düzenlenen “feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurur” kuralıyla bağdaştığını söylemekte güçtür.

Davanın reddi durumunda,6110 sayılı kanunun 49.md.si uyarınca, davacı beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkum edilir.6110 sayılı kanunda HUMK’dakinin aksine hakim lehine resen tazminata hükmedileceği kuralına yer verilmemiştir.Bunun sebebini 6100 sayılı kanunda , davalının hakim değil devlet olduğu şeklinde açıklamak mümkündür.Ancak bu davaya hakimın müdahil olmasına engel yoktur.Dolayısıyla,talep halinde mahkemece müdahil hakim lehine tazminata hükmedilebileceğini söylemek gerekir.

2- Usulden Reddi Halinde

Davanın esasına girmeden ön şartların yokluğu sebebiyle reddi de mümkündür. Çünkü kanun hakimlerin hukuki sorumluluğunu katı şekil koşullarına bağlamıştır. 575. maddede dava ve dilekçe koşulları sayıldıktan sonra son cümle olarak “belirlenen koşullara tabi olmayan dilekçe esasa girilmeden reddolunur.” mealindedir. Aydınalp'e göre, dava dilekçesinin m.575, Ic.3 hükmüne aykırı olması nedeniyle usulden reddi durumunda, davalı hakim yararına tazminata hükmedilemeyeceği gibi para cezasına mahkumiyet kararı da verilemez³²⁹. Günay'a göre de; dava dilekçesindeki eksikler nedeniyle davanın özüne girilmeyerek dava dilekçesinin reddine karar verildikten sonra eksikler giderilerek yeni bir dava açılabilir³³⁰. Nitekim 576 Sayılı Kanunun 2. fıkrası uyarınca hakim lehine tazminata hükmedilmesi ve davacıya para cezası verilmesi “dava sabit olmadığı takdirde” olanaklıdır. Bu da davanın esasına girilmesi ve davanın esasta sübuta ermemesi anlamına gelir. Usulden reddedilen davada kanunun aradığı maddi şart gerçekleşmemiş olacaktır. Ancak Aydınalp'e göre “öyle dilekçeler olabilir ki içeriği

³²⁹ AYDINALP, age, s.226.

³³⁰ GÜNAY, Hakim-Savcı..., s.71.

itibariyle davalı hakim salt o dilekçenin hakime ve mahkeme kalemine kayıt için verilmesi ile dilekçede ileri sürülen bazı isnatlarla itibarı aşırı surette zedelenmiş, maddi manevi zarara uğramış olabilir. O halde dilekçenin sırf usulden reddedilmiş olması (örneğin md.575, I'deki bazı belgelerin eksikliği) davadaki hakim'in şayet vakta gelen bir zararı varsa bu zararın tazminine engel olmamalıdır.” Bu görüş özünde doğru olmakla birlikte yukarıda da belirttiğimiz gibi 576/2. maddenin “dava sabit olmadığı takdirde...” ön koşulu ile bağdaşmamaktadır.

Buraya kadar ki açıklamalar HUMK için geçerli olup 6100 Sayılı Kanunla müessese esaslı değişikliğe uğramıştır. Öncelikle 46/1. madde uyarınca artık dava devlet aleyhine açılacağından davalı lehine tazminata gerek kalmamıştır. Sadece 46/3. madde gereği, davanın kazanılması halinde, devlet ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hakime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder. Yine 48/2. madde uyarınca da; mahkeme açılan tazminat davasını, ilgili hakime re'sen ihbar eder. Böylelikle genel hükümler uyarınca hakim'in davaya müdahil olma olanağı doğacağını düşünmekteyiz. 6100 Sayılı Kanununun 49. maddesinde davanın reddi halinde verilecek ceza düzenlenmiştir. Buna göre, dava esastan reddedilirse, davacı beşyüz Türk lirasından beşbin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına mahkum edilir. Bu düzenlemenin HUMK'da düzenlenen para cezasından farkı ise; öncelikle “davanın esastan reddi” koşuluna bağlanması ve HUMK'da “para cezası” iken 6100 Sayılı Kanunda “disiplin” para cezası olmasıdır. Yeni düzenleme uyarınca artık davanın usulden reddinde para cezası verilmeyeceği tartışmasızdır. Yine para cezasının hem HUMK hem de 6100 Sayılı Kanundaki haliyle davalı lehine hükmedilemeyeceğidir. Başka bir ifade ile para cezası davacıdan alınıp davalıya verilecek bir meblağ değildir. Nitekim Yargıtay 4HD bir kararında: “HUMK'nun 576. maddesi gereğince takdiren 500,00 TL idari para cezasının davacıdan alınarak

davalıya verilmesine” hükmetmiştir³³¹. Yargıtay HGK tarafından “... Kanunun 576. maddesi hükmü karşısında, bu maddede geçen idari para cezasının davalı lehine hükmedilmeyip, hazineye gelir kaydedilmesi gerektiğinden kararın hüküm fıkrasının 2. bendinde yer alan500,00 TL idari para cezasının davacıdan alınarak davalıya verilmesine şeklindeki ibare usul ve yasaya uygun bulunmamış...” ve bu kısım düzeltilerek karar onanmıştır³³². Aslında her tür para cezasının taraflar lehine hükmedilmeyip hazineye gelir kaydedildiği bilinen çok genel bir kural olması sebebiyle Yargıtay 4HD'nin bu kararının münferit ve kaçak bir karar olduğunu düşünmekteyiz.

C- KANUN YOLLARI

Miktarı temyiz sınırını geçen tazminat davaları sonucunda verilen kararlar temyiz edilebilir³³³. Ancak kanunda, dava açılacak mahkemeler sayılmış olmakla birlikte ayrıca temyiz mercii belirtilmiş değildir. Dolayısıyla kanundaki genel düzenlemeler uyarınca ilgili mahkeme veya dairenin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların temyiz mercii bu davalarda da görevlidirler. Buna göre, yerel mahkemeler ve Yargıtay ilgili dairesince verilen kararların temyiz merciiinde tereddüt bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay Genel Kurulunca, yüksek mahkeme mensupları hakkında ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen kararların nerede temyizen inceleneceği belirsizdir. Aydınalp'e göre, eski Yargıtay Kanununda, genel kurulların görevleri sayılırken, yüksek mahkeme mensupları hakkında verilen kararların “kesin” olduğu düzenlenmiş iken 1983 tarihinde yürürlüğe giren kanunla kesinlikle ilgili ibareye yer verilmemiştir. Bu eksikliğin yorum yoluyla, Yargıtay Büyük Genel Kurulu olarak giderilmesi mümkündür³³⁴. Buna karşın genel kurul kararlarına karşı

³³¹ Y4HD, 05/05/2009, E.2009/1-K.2009/45. Yayınlanmamıştır.

³³² YHGK, 27/01/2010, E.2010/4-28-K.2010/8. Yayınlanmamıştır.

³³³ KURU, age,s.5858.

³³⁴ AYDINALP, age, s.221.

karar düzeltme yolu kapalı değildir. Yine temyiz süresi her mahkemenin genel olarak tabi olduğu süreye tabi olacaktır.

Kararı her iki tarafın da temyiz hakkı vardır. Kılıçoğlu'na göre, kanunumuz hakim aleyhine açılacak olan sorumluluk davaları için özel bir zamanaşımı süresi tespit etmemiştir. Bu nedenle burada haksız filler hakkındaki genel kaidelerden hareket olunacaktır. Buna göre, zarar gören zararı ve hakimın kusurunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve bunları daha geç öğrenmiş olsa bile nihayet on yıl içinde dava açmalıdır³³⁵.

HUMK'nun tersine 6100 Sayılı Kanunda hem ilk dereceden görevli mahkemeler hem de temyiz mercii belirlenmiştir. Buna göre, Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca bu kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz mahkemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca yapılır. Kanunda açıkça belirtilmese de kanunun genel hükümlerinin diğer kanun yolları yönünden burada da uygulanacağı kuşkusuzdur. Buna göre, temyiz sonucu verilen kararlara karşı aynı daire/ kurul nezdinde karar düzeltme istenebileceği kuşkusuzdur.

SONUÇ

Hakimler, Anayasanın 138, 139 ve 140. maddeleri uyarınca mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı genel olarak, hakimın hiçbir etki altında kalmadan, objektif karar verebilmesini sağlamaya dönük müesseselerdir. Bu sebeple hakimler, bazı teminat mekanizmaları ile her türlü maddi-manevi baskıdan uzak tutulmaya çalışılmıştır. Ancak bu sebep bile, hakimlerin mutlak olarak, keyfince yargılama

³³⁵ KILIÇOĞLU, agm, s.262.

yapıp karar verebileceği anlamına gelmemektedir. Aksi takdirde hakim bağımsızlığı zamanla hakim keyfilğine dönüşür. Öte yandan millet adına yetki kullanarak yapılan her faaliyetin, yargı denetimine açık olması hukuk devletinin gereğidir. Hakimler yargı yetkisini, ilahi bir kudret adına değil, milletin ortak kabulü ile (Anayasal yetki) millet adına kullanmakta olup, millete karşı sorumlu da olması işin tabiatına da uygundur. Ancak sorumluluk yolunun çok katı şekil koşullarına bağlanması gerekir. Çünkü nasıl ki sınırsız sorumsuz bir hakimlik keyfilik yolunu açar ise, basit bir sorumluluk müessesesi de tutuk ve çekingen, korkak bir hakim sınıfının oluşmasına yol açar. Bu sebeple hakimlerin meslek icrası sırasında verdikleri zararlardan sorumluluğu esas olmakla birlikte, hakimi taciz müessesesine dönüşmeyecek katı bir usule tabi olmalıdır.

Nitekim bizim pozitif hukukumuz da bu yöntemi benimsemiş ve hakimlerin hukuki sorumluluğunu katı şekil koşullarına bağlamıştır. Öncelikle genel kabul gören görüşe göre anayasamızda bu konuda açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak bize göre Anayasanın 125/son ve 129/5. maddeleri dolaylı olarak, 2. ve 40/3. maddeleri ise doğrudan hakimlerin (ve devletin) hukuki sorumluluğunun Anayasal temelini oluşturmaktadır. Çünkü 2 ve 40/3. maddeler genel olarak devletin ve kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğunu düzenlemekte olup, hakimler de özel konularına rağmen kamu görevlisidirler. Hakimlerin hukuki sorumluluğunun kanuni zemini ise 1086 Sayılı HUMK'nun 573. ve devamı maddeleridir. Anılan düzenlemede pekçok aksaklık olmasına rağmen 84 yıla yakın uygulanmıştır. Bu düzenlemede, sorumluluk doğrudan hakimlere yüklenmiş olup, bu husus tartışma konusu olmuştur. Bunun yanında sorumluluk sebepleri tek tek sayılmıştır. Ayrıca kanunda, davaya bakacak mahkemeler adli yargı teşkilat yapısı dikkate alınarak (sulh-asliye hakimleri şeklinde) belirlenmiştir. Bu belirleme tüm yargı mensuplarını kapsamış olup, idari hakimler, ceza hakimleri, yüksek mahkeme hakimleri yönünden görevli mahkeme tartışılmalıdır. Nitekim bu ilkeler 6100 ve 6110 sayılı kanunların çıkışına kadar uygulanmıştır. Bu sistemde doğrudan hakime karşı dava açılabilmesinin hakim güvencesini zedelediğini, en alt düzey memura göre bile güvencesiz bıraktığını düşünmekteyiz. Çünkü Anayasa'nın 125 ve 129. maddeleri gereği memurların verdiği zararlar sebebiyle öncelikle devlet aleyhine dava

açılabilir. Bu sebeple doğrudan sorumluluk hali değişmeliydi. Nitekim 6100 Sayılı Kanun bu değişikliği yapmış ve hakimlerin fiilleri sebebiyle doğrudan Devlet aleyhine dava açılacağı kuralını getirmiştir. Bunun yanında 6100 Sayılı Kanunla görevli mahkeme de netleştirilmiştir. Hakimler ilk derece, bölge adliye ve yüksek mahkeme mensubu olarak belirlenip görevli mahkeme tespit edilmiştir. Bu sebeple idari yargı hakimleri de bu kapsamda yer almıştır. Dolayısıyla HUMK'daki belirsizlik giderilmiştir. Sorumluluk sebepleri 6100 Sayılı Kanunda da HUMK'daki sebeplerle aynı şekilde düzenlenmiş olup 7'den 6'ya indirilmiştir. HUMK'da düzenlenen 7. sebebe 6100 Sayılı Kanunda yer verilmemiştir. Burada bizce de isabetli davranılmıştır. Çünkü, “hakimin memuriyet vazifesi ve verilen emir ve görevleri yapmaması” fiili zaten hakimlik mesleğiyle ve Anayasa ile bağdaşmaz.

Genel olarak 6100 Sayılı Kanunun 46 ve devamı maddelerinde getirilen bu değişikliklerin olumlu olduğunu düşünmekteyiz. 6100 Sayılı Kanunun yürürlük tarihi ise 01/10/2011 olarak belirlenmiştir. Bu ise 10 ay boyunca 1086 Sayılı HUMK'nun yürürlükte olduğu anlamına gelmektedir. 6100 Sayılı Kanundan yaklaşık 1 ay sonra (09/02/2011) bu sefer 6110 Sayılı (torba) Kanun yürürlüğe girmiştir. 6110 Sayılı Kanunla konu yeniden ele alınmış ve 6100 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden 1086 Sayılı Kanunda bazı değişiklikler yapılmıştır. On ay sonra esas kanun (6100) yürürlüğe girecekken bu zaman için yeni kuralların uygulamaya konulmasının teknik bir izahı yoktur. Bu çalışmanın, politik zeminde tartışılan bazı medyatik davaların sonucu olduğunu söylemek gerekir. Nitekim 6110 Sayılı Kanunla 2802 Sayılı Kanuna 93/A maddesi eklenmiştir. Bununla, hakimlerin yanına,HSYK ve adalet müfettişleri ile savcılar da eklenmiş, sadece devlet aleyhine dava açılacağı vurgulandıktan sonra,yargısal faaliyet sebebiyle kişisel kusur haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim savcı aleyhine dava açılmayacağı düzenlenmiştir. Burada maalesef sorumlulukla ilgili koruma ihtiyaçtan öteye geçirilmiş ve haksız fiilden bile hakimin birinci derece sorumluluğuna son verilmiştir. Bunun yanında 6110 Sayılı Kanunun geçici 2. maddesiyle, bu hükümlerin derdest davalar ve kesinleşmemiş hükümlere de uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Böylece bu ara düzenlemenin (10 ay için) yapılması sebebinin derdest popüler davalar olduğunu düşündürmektedir. Oysa kanunkoyucu 84 yıllık

uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçları esas alıp popüler davaları hedefleyerek bu müesseseyi ele almamalıydı.

Bu husus bir tarafa bırakılırsa gerek 6100 gerek 6110 Sayılı Kanun ile getirilen, devletin birinci derece sorumlu sayılması, görevli yargı yerlerinin belirlenmesi ve yüksek mahkeme mensuplarının sorumluluğunun da netleştirilmesi olumlu bir yeniliktir. Ancak yine kanunda düzenlenen rücu müessesesinin etkin işletilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hakim hatalarının maliyeti Devletin üzerinde kalır. Bu da hakim keyfiliğinin önünü açar. Öte yandan birinci derece devletin sorumluluğu sebebiyle, davanın reddi halinde davacıya para cezası verilmesi korunmakla birlikte re'sen hakim lehine tazminat yolu kapatılmıştır. Oysa davalı Devlet olmakla birlikte, dava sürecinde rencide olan ve yıpranan yine de hakimdir. Bu sebeple davaya müdahil olan hakim lehine önceki sistemde olduğu gibi yine re'sen tazminata karar verme yolu korunmalıydı. Bunun yanında davadan feragat halinde bile hakimin istemi halinde davaya devam edilme olanağı getirilmelidir. Nitekim önceki sistemde bu kural benimsenmiştir. Böylelikle hakimi taciz gayesi güden kötü niyetli davacılar caydırılmış olacaktır.

Hukuk devleti, her kamu görevlisinin hesap verebilmesini gerektirir. Hakimler de bundan muaf olmamalıdır. Ancak, hukuk devletinin bir başka gereği de bağımsız ve tarafsız bir hakim sınıfıdır. Bunun için de hakimlerin sürekli dava tehdidi altında görev yapmaması gerekir. Bu sebeple hakimlerin sorumsuz olmaması ancak sorumluluklarının da çok katı koşullara bağlanması ve hatta doğrudan değil ikinci kademedeki sorumluluğun muhatabı olması gerekir. Nitekim, ilk dereceden devletin sorumlu olması hem hakim hem davacı yönünden güvencedir. Yeni kanunlar (6100 ve 6110 S.K.) işte bu sistemi benimsemiş olup, hakimler yönünden güvenceyi arttırmıştır.

Sonuç olarak şunu söylemek gerekir ki; hukuk usulünü tepeden tırnağa değiştiren, yeni bir kanun ile ortaya çıkılmasına rağmen, hakimlerin sorumluluğu müessesesinde yoğun medyatik tartışmaya rağmen Devlet'in birinci derecede

sorumluluğu dışında yılların tecrübelerinden yararlanılarak daha net ve tartışmasız bir müessese yaratıldığından sözetmek güç görünüyor.

KAYNAKÇA

1. ACAR Bülent, Yargıtay'ın Başkan ve Üyelerinin Hukuksal Sorumluluğa Yaklaşan Sorumlularına İlişkin Görüşünün Eleştirisi, TBBD, 1990, Sy.4.
2. AKINCI Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
3. AKINCI Müslüm, Yargı Erki ve Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 1, Sy.3.
4. AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
5. ALANGOYA Yavuz, YILDIRIM Kamil, YILDIRIM Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2005.
6. ARMAĞAN Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tamyargı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
7. ATAY Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
8. ATAY Ethem, ODABAŞI Hasan, GÖKÇEN Hasan Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
9. AVCI Mustafa, Türk Hukukunda Hakimin Görevi İhmal Suçu, www.hukuki.net/hukuk/mdex=2217, s.1, Erişim Tarihi: 16/08/2010.
10. AYDINALP Sezai, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1997.
11. BELGESAY Emcet, Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti, AÜHFD, 1955, C.XII.
12. BERKİN M. Necmeddin, Mahkeme Kararlarından ve Yargısal Tasarruflardan Devletin Sorumluluğu, İHFM, Cilt XLIII, Sy.1-4.
13. BERKİN M. Necmeddin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s.35,

14. ÇAĞLAR Selda, Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 2, Yıl 2006.
15. DEMİR Mehmet, Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Tazminat Davası, Erzincan HFD, CİH VII, Sy.3-4.
16. DEMİRKOL Ferman, Yargı Bağımsızlığı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1991.
17. DERE Ahmet, Davadan Feragat, SÜSBE, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007, s.72, Yayınlanmamıştır.
18. ERDEMİR İlter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1998
19. GİRİTLİ İsmet, BİLGİN Pertev, AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.
20. GÖKCAN Hasan Tahsin, Hak ve Fiil Hukuku ve Maddi Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.
21. GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Esin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003.
22. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, 12. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
23. GÖZÜBÜYÜK Şeref, TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
24. GÜNAY Erhan, Hakim Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalarda, Seçkin Yayınları, Ankara 1997.
25. GÜNAY Erhan, Yargısal Görevlerinden Dolayı Hakimlerin “Tazminat” Sorumluluğu ile Hakimlere Cumhuriyet Savcılarına ve Avukatlara Karşı İşlenen Hakaret Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.
26. GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2003.
27. GÜZEL Abdullah, Hakim-Savcı ve Etik, www.abdullahguzel.av.tr/index=makale, s.1, Erişim: 16/08/2010.
28. İNAL Nihat, Hukuk Yargılama Usulü Yasası, Kartal Yayınevi. Ankara 2003.

29. KARAFAKIH İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s.36
30. KARAFAKIH İ. Hakkı, Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Hukuki Mesuliyeti, AÜSBFD, C.11, Eylül 1956, Sy.2.
31. KARAVELİOĞLU Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Cilt I, 6. Bası, Karavelioğlu Yayınevi, 2006.
32. KILIÇOĞLU M. Ahmet, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD, 1973, C.30, Sy.1-4.
33. KIRMAZ Birol, Hakimlerin Denetimi ve Yargı Bağımsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
34. KOCAK Nazif, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
35. KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 20. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
36. KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir Yayınları, İstanbul 2001, Cilt V-VI
37. MUŞUL Timuçin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Muş 2008.
38. OKUR İbrahim, Hakimlerin Mesleki Davranışlarını Yönlendiren İlke ve Kurallar Çerçevesinde Türkiye'de Yargısal Etik, Adalet Dergisi, Ocak 2005, Sy.21.
39. ONAR S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, İstanbul, 1967.
40. ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.
41. ÖZDEŞ Orhan, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet, D.D. 1971, Sy.2.
42. ÖZEN Muharrem, Hakimin Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
43. PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2008.

44. SAYIN Gökhan, Hakimin Hukuki Sorumluluğu, www.abchukuk.com/makale.421.s.1, Erişim: 16/08/2010.
45. SELÇUK Sami, Yargı Bağımsızlığı, TNBD, 15/11/1997, Sy.96.
46. SELÇUK Sami, Yargıcın Yansızlığı, Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002.
47. SELÇUK Sami, Yazılı Hukuk ve Yargıç İlişkisi, Türkiye Günlüğü, Sy.40, Mayıs-Haziran 1996.
48. SELVER Ömer, Hakimlerin Yükümlülükleri, www.webcache.googleusercontent.com, s.2, Erişim: 16/08/2010.
49. TERCAN Erdal,. Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576) Hakim Kavramı Açısından Uygulaması, AÜHFD, 1995, Cilt 44, Sy.1-4.
50. TOPUZ İbrahim, ÖZKAYA Kadir, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 2002.
51. YILDIRIM Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, Mimoza Yayıncılık, Konya 2006.
52. YILDIRIM Ramazan, Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış, <http://www.msb.mil.tr/ayim>.Erişim:16.08.2010