

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU ve ÇAĞDAŞ TÜRK HUKUKUNDA
HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

İbrahim TOKALI-04911946

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKU ve ÇAĞDAŞ TÜRK HUKUKUNDA
HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

İbrahim TOKALI

Tez Danışmanı

Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**ROMA HUKUKU ve ÇAĞDAŞ TÜRK HUKUKUNDA
HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Adı ve Soyadı
İbrahim TOKALI

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KAYNAKÇA	V
İNTERNET KAYNAKLARI	XIII
KISALTMALAR	XIV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA HÂKİM

I-ROMA HUKUKUNDA HÂKİM (<i>IUDEX</i>)	5
A. Genel Olarak	5
<i>1-Magistra'lar</i>	6
<i>2-Iudex'ler</i>	9
<i>3- Recuperatores'ler</i>	9
<i>4- Daimi ceza mahkemelerinde (quaestiones perpetuae) görevli jüriler</i>	10
<i>5-Sistem dışı yargılamadaki mesleki hakimler</i>	11
B. Hâkimlik şartları, hâkimlerin seçilmeleri ve atanmaları	13
II- TÜRK HUKUKU'NDA HÂKİM (YARGIÇ)	14

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMLERİN HUKUKİ

SORUMLULUKLARI

I- ROMA HUKUKUNDA HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	21
--	-----------

A-Genel Olarak	21
B-Roma Hukuku'nda Sorumluluk	23
<i>1-Dolus (Kasıt)</i>	<i>24</i>
<i>2-Culpa (İhmal)</i>	<i>25</i>
C-Hâkimlerin Hukuki (Tazminat) Sorumlulukları	27
<i>1-Özel Yargılama Sisteminde Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu</i>	<i>27</i>
a.Hâkimlerin Hukuksal Sorumluluk Nedenleri	31
aa.Formula Metnine Aykırı Karar verme	31
ab.Davanın Esası Hakkında Hukuka Aykırı Karar Verilmesi	32
<i>2-Sistem Dışı Yargılamada Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu</i>	<i>36</i>
D-Yüksek Yargı Hâkimlerinin Hukuki Sorumlulukları	38
II-TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	39
A-HUKUKİ SORUMLULUK VE BENZER KAVRAMLAR	39
<i>1-Genel Olarak Hukuki Sorumluluk.....</i>	<i>39</i>
a.Kusur	40
b.Zarar.....	42
c.Nedensellik(illiyet) Bağı	44
<i>2-Hizmet (Görev) Kusuru</i>	<i>44</i>
<i>3-Kişisel (Şahsi)Kusur</i>	<i>47</i>
<i>4-İdari İşlem.....</i>	<i>48</i>

5-Yargısal (Görev) Faaliyet.....	49
B-HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU HAKKINDA GÖRÜŞLER ...	50
1-Sorumluluğu Kabul Edenler	50
2-Sorumluluğu Kabul Etmeyenler	51
C-HÂKİMLERİN HUKUKİ (TAZMİNAT) SORUMLULUĞU	53
1-Genel Olarak	53
2-Hâkimlerin Yargısal Görevleri Nedeniyle Hukuki Sorumlulukları	55
a.Sorumluluk Nedenleri	56
b.Konuyla İlgili Örnek Yargıtay Kararları	57
c.Davanın Tarafları ve Görevli Mahkeme	63
aa.Davacı	63
ab.Davalı	63
ac.Görevli Mahkeme	64
3-Hâkimlerin İdari Görevleri Nedeniyle Hukuki Sorumlulukları.....	66
D-YÜKSEK MAHKEME ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI ..	67
1-Anayasa Mahkemesi Üyeleri	67
2-Yargıtay Üyeleri	68
3-Danıştay Üyeleri	72
4-Diğer Yüksek Yargı Üyeleri	72
E-HÂKİMLERİN YARGISAL FAALİYETLERİNDEN (GÖREVLERİNDEN)	

DOĞAN ZARARLARA KARŞI DEVLETİN SORUMLULUĞU	73
F-CUMHURİYET SAVCILARININ HUKUKİ (TAZMİNAT)	
SORUMLULUĞU	76
G-HUKUK MUHAKEMELERİ KANUN TASARISINDA HÂKİMLERİN	
HUKUKİ SORUMLULUĞU	84
SONUÇ	86
ÖZET	
ABSTRACT	

KAYNAKÇA

- ABBOTT, FRANK FROST :A History and Description of Roman Political Institutions. London: Atheneum Press, 1901.
- AKINCI MÜSLÜM :*İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- AYDINALP SEZAI :Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1997
- AYİTER, KUDRET :Roma Ceza Hukukunda ‘*Quaestiones Perpetuae* ve *Cognitio Extra Oridnem*,” Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977)
- BELGESAY EMCET :Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti, Makale, AÜHFD 1955, C.12, Sayı no 3: 247-320
- BRENNAN, T. COREY :The Praetorship in the Roman Republic. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- ÇAĞLAR, SELDA :Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama

- Faaliyetlerinden sorumluluğu
İstanbul Barosu Dergisi • Cilt: 80
• Sayı:2 Yıl 2006
- DI MARZO, SALVATOR
: Roma Hukuku. Çev. Ziya Umur.
İkinci Basım. İstanbul: İÜHF
Yayınları, 1959.
- ELMACI ŞERAFETTİN
:Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu
Rejiminin Cumhuriyet Savcıları
Bakımından Uygulanması,
Adalet Dergisi 37.sayı.(198-225)
- ERDOĞMUŞ, BELGİN
: Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Hukuk
Tarihi, Genel Kavramlar İstanbul:
Filiz Kitabevi, 1995. (Tarihi Giriş)
- ERDOĞMUŞ, BELGİN
:Roma Borçlar Hukuku Dersleri.
İstanbul: Der Yayınevi, 2006.
- ERMUMCU, OSMAN
:Hakimlerin Hukuki
Sorumluluğunda İdari Yargı
Hakimlerinin Durumu Yüksek
Lisans Tezi (2009)
- EREN, FİKRET
:Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
8. Bası, İstanbul, 2003
- GIRARD, PAUL FRÉDÉRIC
: A Short History of Roman Law.
New Jersey: The Lawbook
Exchange Ltd., 2000.

- GÖZÜBÜYÜK, A.ŞEREF :Yönetmelik Yargı,Ankara 1993
- GÜNAL, A. NADİ : Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007.
- GÜNAY ERHAN :Hakim-Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997
- HAKEKİ, HAKAN : “Yargıcın Yargısal Görevlerinden Ötürü Devletin Sorumluluğu,” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı. Ankara: Rekmay Ltd. Şirketi, 6-10 Ocak 2004.
- HARRIES, JILL : Law and Empire in the Late Antiquity. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- HOEFLICH, M. H. :“Regulation of Judicial Misconduct from Late Antiquity to the Early Middle Ages,” Law and History Review, Vol. 2., No. 1: 79-104, 1984
- İPEK, NURCAN : “Roma Hukukunda Hâkimin Dava Konusunu, Uyuşmazlığı Kendisine Mal Etmesi (Si Iudex Litem Suam Fecit),” Prof. Dr. Nuri Çelik’e

- KARADENİZ ÇELEBİCAN
- Armağan-Cilt I. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- :Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi. Yeni Medenî Kanun’a Uyarlanmış Onbirinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005. (Tarihi Giriş)
- KARAKOCALI, AHMET
- :Roma Hukukunda hakim ve sorumluluğu, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Eskişehir, (2010)
- KASER, MAX
- :Roman Private Law. Çev. Rolf Danenbring. London: Butterworths&Co., Ltd., 1968.
- KELLY, J M.
- :Roman Litigation. Oxford: Clarendon Press, 1966. (Litigation)
- KELLY, J M.
- :‘ Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic’. Oxford: Oxford University Press, 1976
- KESKİN, SERAP
- :“Yargıç Bağımsızlığı,” Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan. İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.

- KURU, BAKİ : Hukuk Muhakemeleri Usûlü – Cilt VI. İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti., 2001.
- MAC CHOMBAICH DE COLQUHOUN, PATRICK : A Summary of the Roman Civil Law. London: V. and R. Stevens and Sons, 1854.
- MOUSOURAKIS, GEORGE :The Historical and Institutional Context of Roman Law. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2003.
- NASMITH : Outline of Roman History from Romulus to Justinian (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006),
- ÖZAY, İLHAN :Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002
- ÖZDEŞ ORHAN :Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet, Makale, DD 1971, Sy.2,
- PEKCANITEZ, H. / ATALAY O./ÖZEKEŞ :M. Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001,
- PLESCIA, JOSEPH : Judicial Accountability and Immunity in Roman Law, The American Journal of Legal History, Vol. 45, No. 1: 51-70, 2001

- RADO, TÜRKAN : Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997. (Borçlar)
- ROBINSON, O. F. :The Criminal Law of Ancient Rome. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.
- SALDIRIM, M. :zel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara, (2005), 1.Baskı,
- SARIYAR, SELÇUK :“zel Hukukta Kusurun ve Ağırlığının Belirlenmesi.
- SCHILLER, A. ARTHUR :Roman Law, Mechanisms of Development. New York: Mouton Publishers, 1978.
- SCHULZ, FRITZ :Classical Roman Law. Oxford: Clarendon Press, 1951.
- SOHM, RUDOLPH :The Institutes of Roman Law ev. James C. Ledlie (New Jersey: Gorgias Press, 2002)
- SGTL ERİŞGİN, ÖZLEM : Roma Hukuku’nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta). Ankara: İmaj Yayınevi, 2002.
- SGTL ERİŞGİN, ÖZLEM :“Roma Hukuku’nda Yargıcın Reddi,” AÜHFD, Cilt no 51, Sayı no 1: 97-115, 2002

- SUNGURTEKİN ÖZKAN, MERAL VE TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, GÖKÇE : Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- TAHİROĞLU, BÜLENT VE ERDOĞMUŞ, BELGİN : Roma Hukuku Dersleri. İstanbul: Der Yayınları, 2005. (Roma Hukuku)
- TAMER, DİLER :Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis. İTandoğan, Haluk, ‘*Türk Mesuliyet Hukuku*’, Ankara, 1961 İstanbul:Homer Kitabevi, 2007.
- TERCAN, ERDAL :Hâkimlerin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, (1988)
- TERCAN, ERDAL :“Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576), ‘Hâkim’ Kavramı Açısından Uygulama Alanı,” AÜHFD, Cilt no 44, Sayı no 1: 233-252, 1995.
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, GÖKÇE :“Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu,” Yayınlanmamış Bildiri. İSTANBUL: Roma Hukukundan Modern Hukuka 1.

- Uluslararası Sorumluluk Hukuku
Sempozyumu, 17- 18 Ekim 2007.
- UMUR, ZİYA :Roma Hukuku-Tarihi Giriş,
Kaynaklar, Umumi Mefhumlar,
Hakların Himayesi. İstanbul: İÜHF
Yayınları, 1982.
- ZİLELİOĞLU, HİLAL : Roma Hukukundaki Sorumluluk
Ölçütlerine Genel Bir Bakış,
AÜHFD, Cilt no 39, Sayı no 1-4:
241-264, (1987)

İNTERNET KAYNAKLARI

- 1- [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)004-tur.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)004-tur.pdf) (Erişim Tarihi 21.09.2010)
- 2- <http://www.stratejikboyut.com/haber/hizmet-kusuru-kisisel-kusur-ayrimi--35885.html> (Erişim Tarihi 03.11.2010)
- 3- http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=21. (Erişim Tarihi 10.11.2010)
- 4- <http://www.inisiyatif.net/document/42.asp> (Erişim Tarihi 21.10.2010)
- 5- <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/37> (Erişim Tarihi 01.10.2010)

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
C	: Cilt
C.T.	: Codex Theodisianus
Çev.	: Çeviren
D.İş	: Değişik İş
dn.	: Dipnot
Dig.	: Digesta
E	: Esas Numarası
Gai. Inst.	: Gaius'un Institutiones
D.	: Digesta
HD	: Hukuk Dairesi
HSYK	: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu

HUMKT	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
Iust. Cod.	: Iustinianus'un Codex'i
Iust. Inst.	: Iustinianus'un Institutiones
K	:Karar Numarası
md.	: Madde
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
no	: Numara
pr.	: Principium
s.	: Sayfa
SBF	:Siyasal Bilgiler Fakültesi
Sy.	: Sayı
T.C.	:Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
vd.	: ve devamı
vb.	: ve benzeri

GİRİŞ

Modern hukuk sistemlerinin temeli olarak kabul edilen Roma hukukundan çağımıza kadar yargılama görevi hep yüce bir değer olarak kabul edilmiştir. Aslında, tüm hukuk sistemlerinin, adalet ve hakkaniyet temeli üzerine inşa edildiği söylenebilir. Ve bu temelin sağlamlığı da hukuk kurallarının gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi ile mümkün olur. Adalet temeline dayanan bir hukuk sisteminde, var olan kurallar gereği gibi uygulanmaz ve hukuk kurallarına aykırı davranışlar denetlenmezse, hukukun âdilliği sorgulanır hale gelir. Bu nedenle, hukuk kurallarına uyulup uyulmadığının denetimi, ilkel toplumlardan günümüze kadar tüm hükümlerinin öncelikli meselelerinden biri olmuştur. Bu denetimin yargı organları aracılığı ile yapılabileceği Roma'dan başlayarak her hukuk sisteminde kabul edilmiştir. Gerçekten yargılama yapmak, haklıyı haksızı ayırt etmek, suçluya ceza vermek gibi bir görev hâkimler (yargıç, le juge)¹ dışında hiçbir kamu görevlisine verilmemiştir.

Bu nedenle önemli bir konum ve görevde bulunduklarının farkında olması gereken hâkimler, gelişim ve değişimlere karşı duyarlı olmalı özellikle maddi hukuku ve sorumluluk alanları ile ilgili kuralları sürekli takip etmeli ve çağın gerisinde kalmamalıdır. Aynı zamanda yaptıkları işin kendilerine yüklediği sorumluluğun da farkında olmaları gerekmektedir. Bu noktada hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı da hukuk devletinin bir gereği olarak çok önemlidir. Yargının bağımsızlığı ilkesi 'hâkim teminatı' ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır. Hâkim

¹ Tezimizde "Yargıç" sözcüğü yerine "Hâkim" sözcüğünü, hem kanunlarda hem de toplumumuzda daha yerleşmiş sözcük olması nedeniyle kullanması tercih edilmiştir.

güvencesi yoksa yargı bağımsızlığından da söz edilemez. Ancak hâkimlere verilen teminatların yargılama faaliyetlerini keyfi ve sorumsuz bir şekilde gerçekleştirmelerini sağlamaya yönelik olmadığı da hukuk devleti ve adalet ilkesinin bir başka gereğidir. Zira tanınan bun güvenceler hâkime kişi olarak tanınan bir ayrıcalık değildir. Amaç adaletin sağlanması yoluyla toplumun çıkarlarını korumaktır. Yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak Venedik Komisyonu raporunda şöyle denilmektedir. *“Yargı bağımsızlığının hem yargının vazgeçilmez bir niteliği olmak sıfatıyla nesnel hem de kişilerin hak ve özgürlüklerine dair bağımsız hâkimlerce karar verilmesi hakkında görünür olan öznel nitelikte unsurları vardır. Bağımsız hâkimler olmadan hak ve özgürlüklerin doğru ve hukuka uygun bir şekilde hayata geçirilmesi mümkün değildir. Bu noktadan hareketle, yargı bağımsızlığının tek başına bir amaç olmadığı da söylenmelidir. Yargı bağımsızlığı hâkimlerin kişisel bir ayrıcalığı olmayıp, onların kişi hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olma görevlerini yerine getirmeleri için bir gereklilik olması ile açıklanabilir².*

Temel bir ilke ve vazgeçilmez bir hak olarak nitelenen hâkimin tarafsız olması, hâkimin kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesini, şahsi duygularının, görüşlerinin veya ön yargılarının etkisi altında kalmamasını ifade eder. Uyuşmazlığın dışında kalamayan, çıkarını, duygusunu veya ön yargısının etkisinden sıyrılamayan hâkim bu sıfatından sıyrılır, olaya müdahil olur. Hâkimin kendi iç dünyasında tarafsız olması gerektiği gibi dışarıya yansıttığı görüntüsü de tarafsız olmalıdır. Gerek uyuşmazlığın taraflarında gerekse dava ile ilgisi olmayanlarda hâkimin tarafsız olduğuna dair inancın egemen olması, tarafsızlığından kuşku dahi duyulmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi de 21.06.1991 tarihli bir kararında

² [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)004-tur.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)004-tur.pdf) erişim tarihi 21.09.2010)

“...Kuşku doğuracak durumlardan kaçınılması zorunluluğu yargıda tartışılmayacak kadar önemlidir.”³ diyerek tarafsızlık mevzusunda şüpheyi düşüldüğü hallerde bu kuşkuları önleyecek mekanizmaların işletilmesi gerekliliğini zımnen vurgulamıştır.

Hâkimin, hukuka aykırı davranışları ve bunların süreklilik göstermesi, hukuk sisteminin devamlılığı bakımından büyük bir tehdittir. Keyfiliğin önlenmesi veya ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların giderilmesi için hâkimin sorumluluğu, eskil toplumlardan günümüze kadar tüm hukuk sistemlerinde yerini almıştır. İlk olarak Romalılarda hâkimin sorumluluğu tespit edilebilmiş ve daha sonraki toplumların hukuk sistemlerinde düzenlenen hâkimlerin sorumluluğunda Roma Hukuku’nun etkileri görülmüştür.

Roma hukukunda ve çağdaş Türk Hukuku’nda hâkimin hukuki sorumluluğunu açıklayabilmek için öncelikle, hâkimin, yargılamadaki görev, yetki ve sorumlulukları ile hukuki sorumluluk kavramlarının incelenmesi gerekir. Belirtilen bu konular incelenmeksizin, doğrudan hâkimin hukuki sorumluluğunu açıklamak doğru bir inceleme yöntemi olmayacaktır. Bu nedenle tezimizde ilk olarak Roma ve Türk Hukuku’nda hâkimlik kavramı; hâkimlerin seçilmesi, niteliği, görev ve yetkileri ile hukuki sorumluluk (tazmin-giderim sorumluluğu) kavramları öncelikle ele alınacak ve daha sonra hâkimlerin hukuka aykırı kabul edilen zararlandırıcı davranışları nedeniyle meydana gelen sorumluluğun niteliği ve kapsamı; bu sorumluluğun hem Roma hukukunda hem de çağdaş hukukumuzda devlete mi ait olduğu yoksa şahsi bir sorumluluk mu olduğu konusu ve mağdurların haklarını nerede ve nasıl arayacakları, üzerinde durulacaktır.

³ Anayasa Mahkemesi.21.06.1991 Tarih. 1990/19 Esas, 1991/15 Karar.

Tezimiz içerisinde hâkimlerin hukuki sorumluluğu rejiminin yüksek yargı organı başkan ve üyeleri ile cumhuriyet savcıları bakımından uygulanması da ele alınıp incelenecektir. Hâkimlerin kullandıkları yargı erkinin niteliği gereği idari (disiplin), cezai ve hukuki sorumluluklarının bulunması ve bu sorumlulukların tümünü kapsar şekilde bir çalışmanın çok geniş bir kapsama sahip olması nedeniyle bu çalışmada Roma ve Türk Hukuk Sistemi'nin bütününde hâkimlerin hukuki sorumluluklarını incelemeye çalışacağız.

“Roma Hukuku ve Çağdaş Türk Hukukundan Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu” başlığı altında incelenecek olan giriş, iki bölüm ve sonuçtan oluşacak şekilde hâkim ve hukuki sorumluluk gibi iki kavram üzerinden çalışmanın başlığına uygun olarak incelenecektir. Roma Hukukunda hâkimin sorumluluğu önemli fakat incelenmesi kolay olmayan bir konudur. Zira hem Roma'nın özellikle ilk dönemleri bakımından hukuki ve cezai sorumluluk ayrımı yapmak oldukça güç hem de bu konuda günümüze kadar ulaşmış metinlerin sayısı oldukça azdır. Türk Hukukunda ise hâkimlerin idari, hukuki ve cezai sorumlulukları kanunlarda belirgin ve açık bir şekilde düzenlenmiştir.

En temel insan haklarından olan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun bir şekilde adil yargılamanın ve kişilik haklarının yargı organları eliyle de ihlal edildiği ve özensiz yapılan tutuklamaların cezaya dönüştüğü tartışmalarının yapıldığı şu günlerde hâkimlerin hukuksal sorumlulukları her zamankinden fazla önem kazanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA HÂKİM

I. ROMA HUKUKUNDA HÂKİM (*IUDEX*)

A. Genel Olarak

Roma Hukukunda yargılamanın en önemli sujesi olan hâkimleri tanımaya başlamadan önce Roma Hukuk ve Yargılama Sistemlerine kısaca bir göz atalım.

Romalılar, hukuku insanların faaliyetleri sonucu oluşan kurallar bütünü olarak görse de, Roma kaynaklarından hukukun tam anlamıyla bir tanımı yoktur. Roma'da hem hak hem de hukuk kavramlarının ortak adı olarak "Ius" kullanılmaktaydı⁴. Roma hukukunda hakkının ihlal edildiğini düşünen bir kimse kendisine tanınan dava (actio) hakkı ile yargı mercilerine başvurabilmekteydi. Ancak Roma hukukunda her ius için ayrı bir dava öngörüldüğünden çoğu kez hak (ius) ile dava (actio) birbirleri yerine kullanılırdı⁵.

Roma hukukunda maddi hukuk ile yargılama kurallarına ilişkin usul hukuku kuralları birlikte ele alındığı için bu ikisi arasındaki ayrım güçleşmiştir⁶. Roma hukukunda farklı dönemlerde farklı yargılama sistemleri uygulanmıştır. Devletin gözetim ve denetimi altında, yargılamanın özel kişilerce yürütüldüğü, Krallık

⁴ Erdoğan, Belgin, 'Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar' (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), s. 90-91

⁵ Karadeniz-Çelebican, Özcan, 'Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi' (Yeni Medenî Kanun'a Uyarlanmış Onbirinci Basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s. 122

⁶ Erdoğan, a.g.e., s. 6

Dönemi ortalarından M.S. 342'ye kadar devam eden Özel Yargılama Sistemi (*Ordo Iudiciorum Privatorum*) ile yargılama yetkisinin tümüyle devlete ait olduğu ve yargılamanın başından sonuna değin devlet memuru hakimler tarafından yürütüldüğü, M.S. 342'den *Iustinianus* Dönemi'nin sonuna kadar süren Sistem Dışı Yargılama (*Cognitio Extra Ordinem*)⁷. Bunlardan özel yargılama sistemi bilinen geçerli ilk yargılama usulüdür. Zamanla katı şekilcilikten daha esnek kuralların uygulandığı sistem dışı yargılama usulüne geçilmiştir.

Kesin olmamakla birlikte Roma tarihinin ilk zamanlarında *pontifices* olarak adlandırılan rahip hukukçular heyetinin, dinin hukuksal alana etkisinin doğal yansıması olarak Roma'nın ilk hâkimleri olduğu söylenmektedir. Ancak *pontifices*'lerin yargılama fonksiyonlarının olmadığı da savunulmaktadır⁸.

Roma hukukunda hâkim denilince; *Magistra*'lar, uyumsuzluğun çözümü için taraflarca seçilen ve magistralar tarafından görevlendirilen (atanan) *iudex*'ler, hukuk davalarında karar vermeleri için görevlendirilmiş heyet şeklinde çalışan ve *recuperatores* denilen özel kişiler, daimi mahkemelerde (*quaestiones perpetuae*) ceza davalarında görevli jüriler ve sistem dışı yargılamadaki mesleki hâkimler akla gelmektedir⁹.

1. Magistra'lar

Magistra, senato ve halk meclisi ile birlikte Cumhuriyet ve Principatus dönemlerinde, devletin yönetiminde etkili üç büyük organdan biridir. Roma tarihinde özellikle Cumhuriyet döneminin önemli kurumlarından biri olarak yer alan

⁷ Erişgin, Özlem, 'Roma Hukukunda Yargıcın Reddi', **AÜHFD**, Cilt no 51, Sayı no 1-4.s.97)

⁸ Schiller, A. Arthur, 'Roman Law, Mechanisms of Development'(New York: Mouton Publishers, 1978), s. 160

⁹ Türkoğlu Özdemir, Gökçe. "Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu," Yayınlanmamış Bildiri, s.1.

magistra'lar, idari, siyasi ve askeri görevlerinin yanı sıra, yargısal alanda hâkim olarak karar verme, dava hakkı tanıma gibi görevleri de yerine getirirlerdi¹⁰.

Aslında tam olarak hâkim sıfatından sayılmazlar ancak çekişmeli durumlarda müracaat edene dava hakkı tanıyan, usul kurallarını belirleyen ve davayı sonuçlandırmakla görevli iudex'leri atayan kişi olarak bir de denetim yetkisinin bulunması ve dolayısıyla yargılama öncesi ve sonrasında bu kadar etkili olması nedeniyle hâkim gibi algılanmışlardır¹¹.

Romada devlet iktidarını kullanabilme, personele emir verebilme ve bu emirlerin uygulanması için gerekli önlemleri alabilme yetkisine sahip devlet adamlarına *imperium* adı verilirdi. *Imperium* yetkisine ilk olarak *consul*'ler, daha sonra *praetor*'lar ve daha sonra da *dictator* sahip olmuştur. Kazai yetkiye sahip *magistra*'ların en önemlisi *praetor*'lardır¹². *Praetor*'luk M.Ö.367 yılında ihdas edilmiştir. Devlet işleri nedeniyle Roma'dan uzakta kalan *consul*'lerin işlerini azaltmak, aksayan hukuk düzeniyle ilgilenmek ve fertler arasındaki özel hukuk ihtilaflarına bakmakla görevli idiler¹³. Yargısal faaliyetlerle ilgili *magistra*'lar *praetor* olarak bilinse de, *magistra* bir üst kavram olarak, devlet içinde bir organdı. Bu nedenle, hakkın iddia edildiği asıl makam *magistra* idi¹⁴.

Magistra'nın yargı yetkisi uyuşmazlığı karara bağlaması değil, uyuşmazlığın

¹⁰ Abbott, Frank Frost. 'A History and Description of Roman Political Institutions. London' Atheneum Press, 1901,s.150

¹¹ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, a.g.e., s. 43.

¹² Brennan, T. Corey, 'The Praetorship in the Roman Republic. Oxford', Oxford University Press, 2000.s.3

¹³ Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgün, ' Roma Hukuku Dersleri'. İstanbul: Der Yayınları, 2000 s.6

¹⁴ Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, a.g.e., s. 273.

hukuken tespitinin yapılması ve bu tespite uygun olarak yargılama yapacak hâkimi atamaktı. Bundan dolayı hâkimin (iudex) yetkisi için *iudicare* (hüküm verme),magistra'nın yetkisine ise *iuristictio* (yargı yetkisi) denilerek iki yetki ayrıştırılmıştır¹⁵.

Magistra'lar yargı yetkisini kullanırken *consilium* adı verilen uzman hukukçular kurulunun görüşlerini de dikkate alırdı. *Magistra* bu kurulun görüş ve tavsiyelerine bağlı değildi fakat genelde bunlara uyardı. Böylelikle *consilium*'un görüşü ve *magistra*'nın temsil ettiği devlet gücü birleşerek uygulama için gerekli hukuk kuralları yaratılırdı. Bu kuralların ortaya çıkmasında ve hukukun gelişmesinde *praetor*'ların *edictum* olarak adlandırılan beyannamelerinin etkisi oldukça fazla idi¹⁶. Göreve yeni başlayan *praetor*, yargı işlerinin görülmesinde düzeni sağlamak için uygulayacağı kuralları *edictum*'la ilan ederdi¹⁷. Burada Praetor'un tanıyacağı dava hakları, defiler ve diğer himaye araçlarının prensipleri yer alırdı. Ve dava açmak isteyen kişiler de davalarını bu *edictum*'lara dayandırılırdı¹⁸.

Praetor'ların görev süreleri bir yıl olduğundan bu *edictum*'ların yürürlüğü de görev bitiminde sona ererdi. Yeni gelen praetor önceki beyanname ile bağlı değildi. Yeni ilave ve değişiklikler yaparak o da *edictum*'unu yayınlardı. Bu *edictum*'lar zaman içerisinde yerleşmiş kurallar haline geldiğinden üzerinde fazla değişiklik yapılmamıştır¹⁹. Ünlü Roma hukukçusu Salvius Iulianus'un belirlediği

¹⁵ Schulz, Fritz. 'Classical Roman Law'. Oxford: Clarendon Press, 1951.s.13

¹⁶ Karakocalı, Ahmet, 'Roma Hukukunda hakim ve sorumluluğu', doktora tezi,s.117

¹⁷ Sohm, Rudolph, 'The Institutes of Roman Law' Çev. James C. Ledlie (New Jersey: Gorgias Press, 2002 s.49

¹⁸ Tahiroğlu/Erdoğan, a.g.e., s. 46

¹⁹ Girard, Paul Frédéric, 'A Short History of Roman Law'. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2000.s.81

beyannamenin M.S.130 yılında *senatus* kararıyla onaylanarak “*Edictum Perpetuum*” adını almasıyla *edictum*’lar değişmez hale gelmiştir.

2. *Iudex*'ler:

Roma hukuku özel yargılama sistemi içerisinde hukuk davalarında karar veren kişilerdi. Davanın taraflarınca belirlenir ve *magistra*'lar tarafından atanırlardı. Bu kişilerin *magistra* tarafından önceden belirlenmiş belirli mazeretler dışında görevi reddetme hakkı yoktu ve bu işi ücretsiz yaparlardı. Bu görev onlar için sıkıntılı ev zor bir görevdi. Aslında *iudex*'in gerçek anlamda bir hâkim olup olmadığı belirsizdir. Roma hukuku kaynaklarında bu konuya yeterince değinilmemiştir.

Modern hukukçuların tespitlerinde *iudex*'in gerçek anlamda bir hâkim, hakem veya davanın esası hakkında karar verecek tek kişilik bir jüri olarak kabul edilebilirliği üzerinde durulmaktadır. Sistem dışı yargılamanın hâkimleri hariç *iudex*'ler bir çeşit geçici hâkimlik görevi üstlenen, toplumda saygın bir konuma ve belli bir malvarlığına sahip özel kişilerdi²⁰. Davayı karara bağlaması için atanmış olan özel kişi hâkimlerin, kamu görevini yerine getiren bir hâkim gibi hareket etmeleri zorunluydu.

3. *Recuperatores*'ler

Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında kurulan ve klasik dönem sonrasında kaldırılan 3 veya 5 kişilik heyetten oluşan mahkemelerdir. Mülkiyetin ihlalinden ve haksız fiilden doğan zararın tazmin edilmesi ile eyaletler arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde görevli olarak *praetor*'ler tarafından tanınırlardı.

²⁰ Karakocalı,a.g.t.,s.128

Formula yargılamasında var olmuş bu hâkimler hâkim listesi (*album iudicium*) arasından davanın taraflarınca seçilirlerdi²¹.

Farklı eyalet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan bu mahkeme heyeti tek hâkimli yargılamanın alternatifi olan uluslararası bir mahkeme hüviyetindeydi²². İlk başlarda eyaletlerde yaşayan yabancılar arasında çıkan acil uyuşmazlıkların çözmekle görevli iken²³ sonraları Roma devleti ile diğer eyaletler ve devletlerarasındaki uyuşmazlıkların çözümünde görev almışlardır²⁴.

4. Daimi ceza mahkemelerinde (quaestiones perpetuae) görevli jüriler

Roma özel hukukunda hâkimler için genellikle *iudex* yani uyuşmazlığı çözen tek kişi hâkim ifadesi kullanılırken ceza hukukunda ise heyet halinde görev yapan kişileri ifade etmek için *iudices quaestiones perpetuae* ifadesi kullanılırdı²⁵.

Uzunca bir dönem ceza hukuku alanından çok usul hukuku ve özel hukuk alanına önem vermiş olan Romalıların ceza hukuku alanındaki gelişimi oldukça yavaş bir şekilde gerçekleşmiştir²⁶. Roma ceza hukukunda bir sistem oluşturulması bakımından büyük öneme sahip olan ve quaestiones perpetuae olarak adlandırılan

²¹ Türkoğlu Özdemir, a.g.m., s.2

²² Kelly, J M.. ‘ Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic’. Oxford: Oxford University Press, 1976, s.41

²³ Kaser, Max. ‘Roman Private Law’, Çev. Rolf Danenbring. London: Butterworths & Co., Ltd., 1968, s.343

²⁴ Mousourakis, George. ‘The Historical and Institutional Context of Roman Law’ Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2003, s.196

²⁵ Kelly, a.g.e., s. 112

²⁶ Karakocalı, a.g.t., s.30

tahkikat ve sorgu esasına dayalı bu yeni usul M.Ö. 2. yüzyılda uygulanmaya başlanmıştır²⁷.

Roma hukukunda ceza mahkemelerinin kurulmasıyla *magistra*'nın bu alanda sahip olduğu üstün yetkiler önemli ölçüde daraltılmış ve böylelikle ceza yargılaması sırasında *magistra*'ların adalet dışı davranışları engellenmiştir. Bu mahkemelerin yapısı ve yargılama usulü M.Ö. 123 yılında kabul edilen *Lex Acilia de repetundis* kanunları ile düzenlenmiştir)Bu kanun günümüze kadar ulaşan ve sürekli ceza mahkemeleri ile bu mahkemede görev alan hâkimler ve yargılama usulüne dair bilgiler veren bir metindir²⁸.

Quaestiones perpetuae' de görev alan jüriler, başkan ve üyelerden oluşur ve oy çokluğu ile karar verirlerdi. Heyet üyeleri praetor, şövalye, senatör sınıflarından olan kişiler arasından seçilirdi. Jürilerin başkanlığını *magistra* yapardı. Başkan ve üyelerden her biri için *iudex questionis* terimi kullanılırdı²⁹. Bu mahkemelerin sayıları zamanla artmış ve daha sonraları *magistra*'nın başkan olma zorunluluğu kaldırılarak başkan olacak kişi usulünce yemin ederek bu görevi üstlenmiştir³⁰.

5. Sistem dışı yargılamadaki mesleki hâkimler

İmparator *Constantinus* tarafından tek yargılama sistemi olarak kabul edilen ve *Iustinianus* Dönemi'nde de varlığını sürdüren sistem dışı yargılama, İmparator

²⁷ Nasmith, 'Outline of Roman History from Romulus to Justinian' (New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2006), s. 55

²⁸ Robinson, O. F. 'The Criminal Law of Ancient Rome' Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996,s.2

²⁹ Robinson, **a.g.e.**, s. 4.

³⁰ Tamer, Diler. 'Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis' İstanbul:Homer Kitabevi, 2007,s.131

Diocletianus tarafından oluşturulan yapıya dayanıyordu³¹. Sistem dışı yargılamanın geçerlilik kazanmasıyla birlikte ilk imparatorluk (*principatus* dönemi) döneminde ceza hukuku alanında başlayan ve daha sonra tüm yargılama hukuku üzerinde etkili olan yeni bir sistemin gelişim süreci başlamıştır³².

Cumhuriyet döneminin sona ermesi ile birlikte başlayan *principatus* döneminde *princeps* denilen imparator tüm kamusal işlerde mutlak yetkili idi³³. Augustus ve sonrasında diğer imparatorlar, Cumhuriyet dönemi reformlarını yeniden gözden geçirerek, hukuk alanında yeni kurumlar ve otoriteler oluşturmuşlardı. Mahkeme yapılanması konusunda eyaletlerden başlayan ve daha sonra tüm Roma sınırları içerisinde geçerlilik kazanan yeni düzenlemeler yapılmıştır. *Princeps mahkemeleri*'nin kurulduğu ve bu mahkemelerde *princeps*'e bağlı ve onun tarafından belirlenen memurların davaları tek aşamada gördüğü sistem dışı (*extra ordinem*) yargılama, formula yargılaması ile birlikte uygulanmaya başlamıştır³⁴.

M.S. 342 yılında formula yargılamasının kaldırılması ile sistem dışı yargılama, Roma sınırlarında geçerli tek yargılama sistemi olarak uygulanmıştır. Bu sistemin benimsendiği ilk dönemlerde dava açmak isteyen herkes ilk olarak imparatora başvuruyordu. İmparator uyuşmazlığı isterse kendisi karara bağlayabilir

³¹ Kaser, M / Hackl, K. ‘ Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl.,München 1996,s. 519, 526-527, - Karadeniz-Çelebican, Tarihi Giriş, a.g.e., s.354-355

³² Robinson, a.g.e., s. 6-7

³³ Sohm, a.g.e., s. 220.

³⁴ Sohm, a.g.e., s. 220

ya da uyuşmazlığı doğrudan kendisi karara bağlamayarak, tarafları kendisine bağlı hâkimlere gönderirdi³⁵.

Sistem dışı yargılamada hâkim taraflarca seçilen özel kişiler değil, imparator tarafından görevlendirilen resmi sıfatlı ve hâkimliği meslek olarak yapan kişilerdi. Hâkimler görevlerini sürekli mahkemeye bağlı bir memur olarak yaparlardı. Bu süreklilik ve davaların tek aşamada görülmesi ile takdir yetkisini sınırlayan formula metinleri olmadığından yargılamalar daha adil biçimde yapılmış ve usul hukuku gelişmiştir.

B. Hâkimlik şartları, hâkimlerin seçilmeleri ve atanmaları

Roma hukukunda M.Ö. 1. yüzyıla kadar hâkimlik şartları hususunda kesin bir kaynak ve kanun hükmü bulunmadığı için *magistra*’ların koydukları şartlar geçerliydi³⁶. Toplumda belirli bir konumda bulunan 25-60 yaş arası özgür doğmuş erkek roma vatandaşlarının hâkimlik şartlarını taşıdığı kabul edilmiştir. Bu kişilerin akıl hastası, sağır ve dilsiz olmamaları gibi fiziksel ve zihinsel durumları da belirleyici şartlar arasındadır³⁷. Ayrıca daha önce mahkûm olmuş bir kişi de hâkim olarak seçilemezdi.

Roma hukukunda hâkimlerin seçimi ve atanması farklı iki işlemle yapılırdı. Özel yargılama sisteminde hâkimler davanın taraflarınca seçilir ve *magistra*’lar tarafından atanırdı. Taraflar davaya bakacak hâkimi *album iudicium* denilen ve önceden belirlenmiş hâkim olabilecekler listesinden seçebilecekleri gibi liste dışı

³⁵ Söğütü Erişgin, Özlem. ‘Roma Hukuku’nda Haksız Fiil Benzerleri’ (*Quasi Delicta*), Ankara: İmaj Yayınevi, 2002, s.102

³⁶ Karadeniz Çelebican, Tarihi Giriş, a.g.e., s. 285.

³⁷ Kaser, a.g.e., s. 342.

ancak şartları taşıyan başka bir kişi üzerinde de uzlaşabilirlerdi. Uyuşmazlığın tarafları seçim işlemini tamamladıktan sonra *magistra*, kendisinde var olan kamu gücünü kullanarak seçilmiş hâkimi o dava için atardı³⁸.

Roma hukukunda hâkimlerin hukukçu olma zorunluluğu yoktu. Sistem dışı yargılamaya gelinceye kadar *iudex*'lerin ve *magistra*'ların hukukçu olmaları aranmadığı gibi sistem dışı yargılamada mahkemelere bağlı memurlar olarak çalışan hâkimlerin de hukukçu olması zorunlu değildi³⁹.

Zaman zaman ihtiyaç duyulması halinde *consilium* adı verilen danışma heyetinde bulunan hukukçulardan görüş alınırdı. Hâkimlerin hukukçu olma zorunluluğunun bulunmamasının en olumsuz yanlarından biri de içtihatların oluşamamasıdır. Ancak yine de her şeye rağmen Roma hukukunun günümüz hukuk sistemleri üzerindeki etkisi onların hukuk bilgisi mantığı ve tekniği konularında bir hayli ileri düzeyde olduklarını gösterir⁴⁰.

II. TÜRK HUKUKU'NDA HÂKİM (YARGIÇ)

Türk Hukuku'nda hâkimin tanımı anayasa ve diğer mevzuatımızda yapılmamıştır. Mecelle'nin 1792.maddesinde bir hâkimde bulunması gereken sıfatlar sayılmıştır. Buna göre “Hâkim, hakim (her şeyi bilen, alim, bilgin) fehim (akıllı/zeki, anlayışlı), müstakim (doğru, temiz), emin (güvenilir), mekin (ağırbaşlı, temkinli) ve metin (sağlam, dayanıklı, metanetli) olmalıdır⁴¹.

³⁸ Karakocalı, a.g.t., s.56.vd.

³⁹ Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları** (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977), s. 27.

⁴⁰ Schiller, **a.g.m.**, s. 1227.

⁴¹ Aydınalp Sezai, ‘Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu’, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1997, s.2.

Hâkimlerle ilgili tarihsel süreçte yasal mevzuatımıza bakacak olursak;

Cumhuriyet tarihimizde 1924 Anayasasından bu yana hâkimler ve cumhuriyet savcıları hakkındaki değişik yaklaşımlar, yapılan anayasal ve yasal düzenlemelerle bugüne kadar gelmiştir. 1924 Anayasasının 8.maddesinde “Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır” denilmekte; “Yargı Erki” de 53 ila 67 maddeler arasında düzenlenerek; 54.maddede “Yargıçlar, bütün davaların görülmesinde ve hükmünde bağımsızdırlar ve bu işlerine hiçbir türlü karışamaz. Ancak kanun hükmüne bağlıdırlar.” 55.maddede “Yargıçlar, kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden çıkarılamazlar.”, 56.maddede “Yargıçların nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tayin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacakları özel kanunla gösterilir.”; 57.maddede “Yargıçlar, kanunla gösterilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamazlar.” Hükümlerine yer verilmektedir.

1961 Anayasasının “Yargı Yetkisi” başlıklı 7.maddesinde “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.” denildikten sonra “Mahkemelerin Bağımsızlığı” 132.maddede, hâkimlik teminatı 133.maddede, hâkimlik mesleği 134.maddede düzenlenmiştir. Bu Anayasa ile birlikte ilk kez hâkimlerden ayırık olarak “Savcılık” ile ilgili hükümlere yer verilmiş; hâkimlerden ayırık olarak ve yine ayrı başlık altında 137.madde hükmü getirilmiştir. 1961 Anayasasının “Savcılık” başlıklı 137.maddesinin 1971 değişikliğinden önceki halinde; “Kanun, Cumhuriyet Savcılarının ve Kanun sözcülerinin özlük işlerinde ve görevlerini yapmalarında teminat sağlayıcı hükümler koyar. Cumhuriyet Başsavcısı, Başkanın sözcüsü ve Askeri Yargıtay Başsavcısı, yüksek mahkemeler hâkimleri

hakkındaki hükümlere tâbidir.” Denilmekte iken 1971 de 1488 sayılı Kanunun 1.maddesi ile yapılan değişiklikle bu hüküm: “Cumhuriyet savcıları, idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır.,Cumhuriyet savcılarının Yargıtay üyeliğine seçilmeleri dışında kalan bütün özlük işleri ve disiplin cezaları ile meslekten çıkarılmaları hakkında karar verme yetkisi Yüksek Savcılar Kurulundur. Bu Kurulun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz. Ancak disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini Adalet Bakanı ve hakkında karar verilen Cumhuriyet Savcısı isteyebilir.....”Şekli almış ve Savcılar ile ilgili ayrı bir kurul oluşturulmuş ve ayrık hükümler kabul edilmiştir.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın: “Genel Esaslar” başlıklı Birinci Bölümünde, egemenliğin kayıtsız şartsız “Milletin” olduğu ve “Türk Milletinin” egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre Yasama, Yürütme ve Yargı organları eliyle kullanacağı öngörülmüş, 9. maddesinde; yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı; belirtilmiştir. “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138.maddesinde ise; “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini

geciktiremez.” “Hâkimlik ve Savcılık Teminatı” başlıklı 139.maddesinde de; “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.” Düzenlemesine yer verilmiştir.

“Hâkimlik ve Savcılık Mesleği” başlıklı 140.maddesinde de hâkim ve savcılık mesleğine ilişkin esaslara yer verilmiş; maddenin 5 ve 6.fıkrasında; “Hâkimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar. Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar.” Şeklindeki hüküm ile de hâkim ve savcılarının yargısal görevleri dışında idari görevleri olabileceği vurgulanmış; önceki anayasal ve yasal düzenlemelerden farklı olarak hâkim ve savcılık teminatı birlikte düzenlenmiş; savcılar da statüleri itibariyle aynı anayasal ve yasal hükümlere tabi kılınmıştır

Yine, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ‘nun “Gözetim ve Denetim Hakkı” başlıklı 5.maddesinin 3 ve 4.fıkralarında: “Adalet Bakanı, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hâkim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını haizdir. Hâkim ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.”Denilmekte ve gerek atama, terfi, cezai ve disiplin sorumlulukları yönünden hâkim ve savcılar arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Aynı Kanunun

“Hâkimlik ve Savcılık Teminatı ”başlıklı 44.maddesinde yer alan; “Hâkimler ve savcılar azlolunamazlar. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa aylık ve ödeneklerinden ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamazlar, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamazlar. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar ve meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.” Hükümü ile de aynı teminata sahip kılınmışlardır. Tüm bu hükümler ortaya koymaktadır ki, “Türk Ulusu” adına yargılama yapmaya ve karar vermeye yetkili ve görevli hâkimler; memur ve diğer kamu görevlilerinden ayrı Anayasal statüye sahiptir. Bu statü, hâkimlerin tarafsızlığını ve dolayısıyla yurttaşa bir yargı güvencesi sağlamayı amaçlamıştır.”⁴²

Yukarıda açıklandığı üzere Anayasamızda yargı erki üçüncü bölümde düzenlenmiş (138 vd. maddeler) olup, 140. maddede hâkimler ve savcıların adli ve idari yargı hâkim ve savcısı olarak görev yapacağı düzenlenmiş, 145.maddesinde de askeri yargı yerlerine yer verilmiş olup, askeri hâkimlerin özlük işleri ve görev şekillerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu hükümlerden hareketle çıkarılan 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile sivil yargıda görev yapan hâkimlerin (ve savcılarının) statüleri düzenlenmiştir. Bir diğer yerel mahkeme türü olan askeri mahkemeler ve burada görev yapanların statüleri ise 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ile 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir⁴³.

⁴² HGK.07.10.2009 T.2009/4-36E,-Bidayet-2009/399 K Sayılı ilamın gerekçesinden alınmıştır.

⁴³ Ermumcu, Osman, ‘Hâkimlerin hukuki sorumluluğunda idari yargı hâkimlerinin durumu’Yl. tez. s.17

2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 3/a. Maddesinde kimlerin hâkim sınıfından oldukları net olarak sayılmış olup, bunlar; Adli ve idari yargıda görev yapan mahkeme başkan ve üyeleri, hâkimler, Yargıtay ve Danıştay tetkik hâkimleri ile Adalet Bakanlığı'nda idari görevlerde çalışan hâkimleri kapsamaktadır. Kanunun ekinde yer alan cetvelde ise; adli ve idari yargı hâkimlerinin sınıf ve dereceleri ile buna karşılık gelen görev unvan türleri belirlenmiştir. Bu cetvele göre de, hâkim tanımı 3/a maddede belirtilen görevleri yapan yerel mahkeme hâkimlerinden ibarettir⁴⁴.

Bununla birlikte Anayasa'nın 146.maddesinin II. Bölümünde sayılan Yüksek Mahkemelerin başkan ve üyelerinin de "hâkim" sınıfından oldukları tartışmasızdır.

Türk Hukukunda hâkimler, 2802 sayılı yasa uyarınca Adalet Bakanlığı'nın açtığı ve ÖSYM tarafından yapılan yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarılı olan adaylardan belirli süre yapılan stajdan sonra Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca mesleğe kabulleri ile birlikte hâkim sıfatını kazanırlar. 30 yaşını doldurmamış (doktora öğrenimini tamamlamış olanlar için 35) hukuk fakültesi mezunu (idari yargı hâkimleri için belirli oranda SBF, iktisat ve maliye), belirli suçlardan mahkûm olmamış olan ve kamu haklarından yasaklı olmayan, mesleğe yakışmayan tutum ve davranışları olmayan sağlıklı her Türk vatandaşı yukarıda belirttiğimiz sınavlarda başarılı olmak ve HSYK tarafından mesleğe kabulü yapılmak şartıyla hâkim olabilir. Ayrıca aynı şartları taşıyan ve doktorasını tamamlamış olanlar yazılı sınava alınmaksızın mülakatta başarılı olmaları halinde aday olarak staja başlayabilmektedirler. Hâkim olabilmek için bu ve benzeri şartlar Türk hukuk

⁴⁴ Ermumcu, a.g.t., s.18

sistemi de dâhil olmak üzere Kıta Avrupa'sı hukuk sistemine dâhil olan birçok ülkede benzer şekilde aranmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMLERİN

HUKUKİ SORUMLULUKLARI

I. ROMA HUKUKUNDA HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Her toplumda olduğu gibi, Roma’da da hâkimlerin hatalı kararları nedeniyle masum kişilerin haksızlığa uğradıkları olmuştur. Hâkimlerin bu çeşit hatalarının sonradan tespit edilmesi durumunda mahkemelerin bu kişilere sadece “pardon” diyerek onları serbest bırakmaları ya da eski hale getirmeye karar verilmesi kabul edilemezdi. Böyle bir durum söz konusu olduğunda hukuk sisteminde yer alması gereken başlıca çözüm yolu hâkimin sorumluluğunun kabulüdür. Roma’da hâkimin sorumluluğuna yol açan başlıca nedenler hâkimin davayı gereği gibi yönetmemesi ve rüşvet almasıdır. Hâkimin davayı gereği gibi yönetmemesi ve rüşvet alması, adalet sisteminin fonksiyonlarını tam olarak yerine getirmesine ciddi biçimde engel olan başlıca sorunlardır. Roma hukukundan günümüze kadar bu sorunlar ciddi biçimde ele alınmış ve çözüm yolu olarak da hâkimin sorumlu tutulması kabul edilmiştir⁴⁵.

Roma hukukunda belirli bir dava için atanmış hâkimin, dava sonuçlanıncaya kadar yargısal anlamda sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak Roma hukukunda, günümüzdeki anlamıyla hâkimin bağımsızlığı gibi bir kurum bulunmamakla birlikte, hâkimin görev süresince sorumsuz olduğunun kabulü, günümüzdeki anlamı ile hâkimin bağımsızlığını pekiştiren bir düzenleme olarak düşünülebilir. Öte yandan taraflı bir yargılama yapan hâkimlerin yargılama sonunda karar verdikleri andan

⁴⁵ Kelly, J M.. ‘Roman Litigation’ Oxford: Clarendon Press, 1966. (Litigation),s.60-69

itibaren sorumluluklarının kabul edilmesi hâkimin kararının denetimsiz bırakılmamasını sağlamıştır. Burada dikkat çekici olan hâkimin sorumluluğunun zaman bakımından sınırlandırılmış olmasıdır. Sadece belirli bir dava ile ilgili olarak atanan ve belirli uyuşmazlık bakımından yargılama faaliyetinde bulunması için yetkiler verilen özel kişi hâkimlerin, kararla birlikte görev süreleri sona ererdi. Bu andan itibaren atanmadan önceki yaşantılarına geri dönerlerdi ve görev süresi içinde yapmış oldukları hukuka aykırı davranışları dolayısıyla hukukî ve cezai anlamda yargısal sorumluluğa tabi olurlardı⁴⁶.

Roma hukukunda hâkimlerin sorumluluğunu, özellikle Roma'nın ilk dönemleri bakımından hukuki ve cezai sorumluluk şeklinde ayırmak oldukça güçtür⁴⁷. Daha sonraki dönemlerde de durum pek değişmemiş cezai yaptırımlar kanunlarla açık bir biçimde belirtilmiş olsa da, hâkimin hukukî ve cezai sorumluluğu ayırımından söz net olarak söz edilemez. Dolayısıyla Roma hukuku bakımından, hâkimin “hukukî ve cezai sorumluluğu” şeklinde bir ayırım yapmak, sorumluluğunun incelenmesini kolaylaştırmak yerine zorlaştırır⁴⁸.

Metinlere bakıldığında, Roma hukukunda hâkimin sorumluluğunun başlıca iki boyutunun bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, hâkimin rüşvet alması nedeniyle cezai anlamda sorumluluğudur ve bu durum Roma hukukunda sıkça yer alır. Bir diğeri ise hâkimin görev kuralları ile ilgili hukuka aykırı davranışları

⁴⁶ Plescia, Joseph. “Judicial Accountability and Immunity in Roman Law,” *The American Journal of Legal History*, Vol. 45, No. 1: 51-70, 2001.s.58

⁴⁷ Karakocalı, a.g.t., s.130

⁴⁸ McCormick, D.N. “Iudex Qui Litem Suam Fecit”, *Acta Juridica*, 1977, s.3

nedeniyle hukuki sorumluluğudur⁴⁹.

B. Roma Hukuku'nda Sorumluluk

Roma hukukundan, günümüze kadar çeşitli dönemlerde sorumluluk ölçütleri üzerinde farklı anlayışlar hâkim olmuştur. Roma hukukundaki sorumluluk ölçütleri, Klasik Hukuk Dönemi ile Iustinianus döneminde ayrı ayrı incelenir. Roma hukuku öğretisinde genellikle, Klasik Hukuk Dönemi ve öncesinde kusursuz sorumluluk ilkesinin ve buna bağlı ölçütlerin geçerli olduğu, Iustinianus dönemine gelindiğinde ise bu ilkenin ufak istisnalar dışında tamamen bırakılarak kusura dayanan sorumluluk (sübjektif sorumluluk) ilkesinin benimsendiği kabul edilmektedir. Ancak, Iustinianus Döneminde kaynaklarda yapılan interpolatio'lar nedeniyle sorumlulukla ilgili klasik hukuk dönemi kaynakları değişikliğe uğramıştır. Iustinianus döneminde, kusur (culpa) ilkesi ve bu ilkenin çeşitli derecelere ayrılması sırasında, (kast, ağır ihmal ve hafif ihmal) gerekli özen gösterilmediğinden, mevcut kaynaklar arasında büyük çelişkiler doğmuştur. Kaynaklardaki bu çelişkiler, birçok Roma hukukçusunun farklı görüşler ileri sürmelerine neden olmuştur⁵⁰.

Klasik hukuk dönemine kadar ve bu dönemde sorumluluk için sadece hukuka aykırı bir davranışın gerçekleşmiş olması yeterli iken Iustinianus döneminde hukuka aykırı davranışın yanında bu fiilin nedenleri de incelenmiştir. Burada hemen belirtelim ki Klasik hukuk döneminde verme (dare) borçlarında kusur sorumluluğu kabul edilmekte idi. Klasik hukuk döneminde bir başka sorumluluk ölçütü de custodia (gözetim) sorumluluğudur. Teknik olarak düşünülen "custodia

⁴⁹ Karakocalı,a.g.t.,s.131

⁵⁰ Zilelioğlu, Hilal, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış," AÜHFD, Cilt no 39, Sayı no 1-4: 241-264, (1987), s. 241.

sorumluluğu" ile yükümlü olan borçlu, belirli bazı olaylardan, furtum (hırsızlık) ve "damnum iniuria datum (mala verilen zarar)" dan objektif olarak sorumludur. Görüldüğü gibi Custodia (gözetim) sorumluluğu objektif sorumluluğun bir türüdür.

Klasik hukuk döneminde, bazı borç ilişkilerinde, yani custodia sorumluluğunun bulunduğu hallerde, borçlu beklenmeyen hallerden de sorumlu idi. "casus" adı verilen bu tür olayları öncelikle 'vis maior (zorunlu neden)' den ayırmak gerekir. Çünkü "vis maior" nedeniyle kişi, hiç bir hukuk döneminde sorumlu tutulmamıştır. Çağdaş hukukumuzda "vis maior" illiyet bağıını keserek, kişiyi sorumluluktan kurtaran haller olarak görülmektedir⁵¹.

Iustinianus Döneminde ise culpa (ihmal) ve culpa'nın çeşitli dereceleri olan "culpa lata (ağır ihmal)" ve "culpa levis (hafif ihmal)" sorumluluk ölçütleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemde farklı borç ilişkilerindeki sorumlulukların belirlenmesi için ayrı bir ölçüt olarak "Diligentia (özen yükümü)" ve çeşitli dereceleri uygulanmaya başlamıştır. Diligentia, klasik hukuk dönemindeki objektif sorumluluk ölçütlerinden custodia'nın Iustinianus dönemindeki subjektif sorumluluk anlayışına uyarlanmış biçimidir⁵².

1. Dolus (Kasıt)

Roma hukukunda kusur çeşitlerinden olan dolus, aynı zamanda en eski sorumluluk ölçütüdür⁵³. İlk zamanlar dolus ile kastedilen hileli davranışlar olmakla birlikte zamanla daha geniş anlamıyla bilerek ve isteyerek başkasına zarar verme olarak kullanılmaya başlamıştır. Klasik dönemde dolus'un bir takım

⁵¹ Zilelioğlu, a.g.m.,s.245-255

⁵² Zilelioğlu, a.g.m.,s.259-260

⁵³ Erdoğan, Belgin. Roma Borçlar Hukuku Dersleri. İstanbul: Der Yayınevi, 2006. s. 30.

değerlendirmelerle yavaş yavaş culpa kavramını ortaya çıkardığı söylenebilir. Klasik hukuk döneminde, dolus ölçütünün uygulandığı en belirgin sözleşme örneği olan vedia (depositum) sözleşmesidir. Eğer vedia olarak verilen bir şeye bilerek zarar verilmişse bu kişi dolus'tan sorumludur ve buna ilişkin şerefsizlik sonucunu doğuran davanın açılacağı kabul edilmiştir⁵⁴. Klasik dönemde vedia sözleşmesine özgü bu düşünce, Iustinianus döneminde genel bir ölçüt biçimine dönüşerek, dolus'un 'culpa lata'(ağır kusur) ve "magna neglegentia" (büyük ihmal) ile aynı düzeyde olduğu sonucu, tüm sözleşmelere uygulanmıştır. Klasik hukuk döneminde dolus'tan söz edilen kaynaklarda yavaş yavaş culpa kavramına yer verildiğini görmekle ilk varlığını dolus'tan aldığını söyleyebiliriz⁵⁵.

Iustinianus döneminde borçlu kastından, yani dolus'tan her zaman sorumludur. Bu, sözleşme ile kaldırılamayan emredici bir prensip olup en hafif sorumluluk biçimidir. Culpa lata (ağır ihmal) ise dolus hükümlerine tabi tutulmuştur

2. Culpa (İhmal)

Roma hukuku kaynaklarına göre klasik dönem için Culpa'nın rastladığımız en yaygın kullanım biçimi "neglegere" yani ihmaldir. İhmal, 'bonus pater familias (iyi bir aile babası)'in davranış biçimi dışında bir hareket olarak kabul ediliyordu. Dikkatsizlik, tedbirsizlik ya da ihmal anlamındaki culpa, hukuki ilişkinin biçimine bağlı olarak ağırlık kazanıyordu. Ancak culpa'nın dikkatsizlik veya ihmal anlamındaki kullanımı, hep pozitif hareketler alanında kalıyordu. Culpa'nın "imperitia (dikkatsizlik)" biçiminde kullanıldığı hallerde zararı meydana getiren bir hareket (factum) söz konusudur, ihmal anlamında ise böyle bir hareket

⁵⁴Collatio. 10.2.4

⁵⁵ Zilelioğlu, a.g.m.,s.248

bulunmadığından culpa'nın buradaki anlamını kavramak klasik dönem düşüncesi açısından oldukça güçtür. Klasik hukuk dönemindeki culpa anlayışı, çağdaş hukukumuzdaki culpa anlayışından belirgin bir biçimde farklıdır. Çağdaş hukukta culpa, ifa edilmeme hallerinin değerlendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür. Klasik hukukta ise kusurlu hareket, ifa etmemenin bizzat kendisi olarak görüldüğünden, kendi içinde ihmal veya bilgisizlik şeklinde farklı değerlendirmelere konu olması düşünülememiştir⁵⁶.

Iustinianus döneminde, tüm sorumluluk sistemi bu ölçüte bağlı olarak ele alındığından, culpa'nın bu dönemdeki durumu klasik hukuk dönemindeki culpa anlayışından farklıdır. Culpa'nın çağdaş hukuk sistemlerindeki biçimi, Roma hukukunun sadece Iustinianus döneminde ortaya çıkmıştır. Bu dönemde culpa, culpa lata ve culpa levis biçiminde ayrılmış olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa bu ayırım, yani culpa lata-culpa levis ayırımı klasik hukuk döneminde henüz bilinmiyordu.

Roma hukukunda dolus ile culpa arasındaki fark açıkça görülmektedir. Bu iki kavram, çağdaş hukukta olduğu gibi, roma hukukunun hiçbir döneminde aynı ağırlıkta görülmemiştir. Culpa'da dolus'tan farklı olarak hukuka aykırılık ve zararlı sonucun ortaya çıkmasını isteme söz konusu değildir. Kişinin sorumluluğunu, sonucun ortaya çıkmasını önlemek için gösterdiği dikkat ve özen derecesi ile alınacak asgari tedbirler arasındaki değerlendirme belirlerdi⁵⁷. Roma hukuku düşüncesinde culpa, bir takım kasti hareketleri de kapsadığından, dolus kavramına

⁵⁶ Zilelioğlu, a.g.m.,s.251-55

⁵⁷ Tahiroğlu, Borçlar, **a.g.e.**, s. 52

kadar genişlemektedir. Ancak dolus ve culpa'yı karşıt kavramlar olarak gösteren klasik dönem kaynakları da vardır⁵⁸.

C. Hâkimlerin Hukuki (Tazminat) Sorumlulukları

1. Özel Yargılama Sisteminde Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu

Roma hukukunda hâkimin hukuksal sorumluluğu *quasi delictum* denilen haksız fiil benzeri bir sorumlulukla başlamış ve *praetor'lar* tarafından diğer haksız fiil benzerlerinde olduğu gibi hâkimlere karşı taraflara dava hakkı tanınmıştır⁵⁹. Birbirlerinden çok farklı özellikler taşıyan haksız fiil benzerlerinin ortak bir özelliği, Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde bunların, kusursuz sorumluluk şeklini almalarıydı. Yani, failin kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın, kanundan doğan sorumluluk gerçekleşmekteydi. O halde hâkim görevinin ifası sırasında kasten, ihmal sonucu ya da yalnızca bir hata nedeniyle yanlış karar vermişse, bundan sorumlu tutulurdu. Bir hâkim çekişmeye konu olan şeyi kendine mal ederse, gerçek anlamda bir haksız fiilden dolayı borçlanmış sayılmazdı. Sözleşme sonucu da borçlu olmadığına göre, haksız fiil benzerinden (*quasi ex maleficio*) sorumlu olacağı kabul

⁵⁸ Kaser, a.g.e., s. 171

⁵⁹ *Praetor'lar* tarafından dava hakkı tanınan ve haksız fiil benzeri olarak nitelendirilen olaylar kısaca şunlardır; Herkesin kullandığı bir geçit yoluna, bir binadan dökülen veya atılan şeyler yüzünden bir kimsenin zarar görmesi (binada oturana karşı, *actio de deiectione vel effusis* denilen dava açılırdı), geçilmesi adet olan bir yere ya da yola düşecek şekilde bir binaya birşeyler konması veya asılması, (binaya birşeyler koymuş veya asmış kişiye karşı *actio de positis et suspensis* denilen dava açılabilirdi), gemi donatanın (*nautae*), hancının (*caupones*), ahır işletenin (*stabularios*), yanlarında çalıştırdıkları hizmetliler tarafından yolculara *damnum iniuria datum* ya da *furtum* ile zarar verilmesi (gemi donatanına, hancıya veya ahır işletene karşı *actio in factum* şeklinde dava açılırdı) ve son olarak hâkimin sorumluluğu kapsamında, hâkimin dava konusunu kendisine mal etmesidir'. Erdoğan, Borçlar, a.g.e., s. 135.

edilmekteydi⁶⁰.

Hâkimlerin hukuksal sorumluluğu ile ilgili günümüze kadar ulaşmış olan en temel kaynak “*Iudex Qui Litem Suam Fecit*” yani uyuşmazlık konusunu kendisine mal eden, tarafsız davranmayan hâkimle ilgili olarak yayınlanmış bir *edictum*’dur⁶¹. Aslında bu edictumun amacı rüşvet alan hâkimi hakkaniyet ölçüsünde cezalandırmaktır. Ancak bununla birlikte takdir yetkisini hakkaniyet ve tarafsızlık ilkelerine aykırı şekilde kullanan hâkime karşı tazminat davası niteliğinde bir dava açılabilmesini de sağlamıştır⁶². *Si iudex litem suam fecit* yani hâkimin çekişmeli konuyu kendisine mal etmesinden kaynaklanan sorumluluk kapsamında, *praetor* çekişmeli konuyu kendisine mal eden hâkime karşı bir *actio in factum* tanımaktaydı. *Actio in iudicem qua litem suam fecit* adı verilen bu dava, haksızlığa uğradığına inanan tarafın, olayda başvurulması gereken maddi ve usûl hukuku kurallarına taraflı olarak başvurulmaması ile sonuçlanan yani şekil veya esasa aykırı karar veren davanın hâkimine karşı açtığı davadır⁶³. Bu dava hakkında metinlerde çok fazla bir bilgi yoktur ve tam olarak tanımlamak da güçtür. Burada hâkimin sorumluluğu sadece davacıya karşı değil, davalıya karşı da olabilir.

Roma hukuku kaynaklarında hâkimin çekişmeli konuyu kendisine mal etmesinden ötürü sorumlu tutulabilmesi için kastının (*dolus malus*) bulunması gerektiğini belirten tek bir metin vardır ki bu metin, D. 5. 1. 15. 1’de yer almaktadır. Ulpianus, hâkimin hileli bir biçimde, kasten yanlış karar vermesi, kötü niyetli olarak

⁶⁰ Türkoğlu Özdemir, Gökçe, a.g.m.s,9

⁶¹ Karakocalı, a.g.t., s.156

⁶² Plescia, a.g.m., s. 60.

⁶³ Karakocalı, a.g.t., s.157

kanunlara aykırı davranması durumunda oluşan zararlardan sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Hâkim, taraflardan birini kayırmışsa, taraflardan birine düşmanlık beslemişse ya da taraflardan biri lehine ya da aleyhine karar vermek için rüşvet almışsa, kastının bulunduğu ve bundan da sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir⁶⁴.

Roma hukukunda zamanla hâkimin yalnızca rüşvet aldığı yada taraflı davrandığı için değil bilgisizliği, dikkatsizliği ve tecrübesizliği nedenleriyle de ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulması benimsenmiştir. Hâkimin hukuksal sorumluluğuna ilişkin günümüze kadar ulaşan çeşitli metinlerde, hâkimin kararını hakkaniyetli bulmayan tarafın, davanın hâkimine karşı açabileceği bir dava ile onu sorumlu tutabileceği belirtilmektedir.

Gai. Inst. 4.52:

*“Hâkim davalıyı haksız bulursa, onu bir miktar para ödemeye mahkûm etmelidir. Aynı zamanda hâkim, mahkûm edeceği miktar belirli ise, davalıyı bu miktardan daha azına veya fazlasına mahkûm etmemek için dikkatli olmalıdır. Aksi takdirde uyuşmazlık konusunu kendisine mal ettiği kabul edilir. Aynı şekilde bir üst sınır belirlenmiş ise, bu üst sınırdan fazla bir miktarı ödemeye mahkûm etmemek için dikkatli davranmalıdır. Aksi takdirde, benzer şekilde uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş olur. Zira kendisinin takdirine bırakılan miktar üst sınırdan daha az olmalıdır. Ancak herhangi bir miktar belirtilmemişse, dilediği miktara mahkûm edebilir.”*⁶⁵

Iust. Inst. 4.5pr:

⁶⁴ D. 5. 1. 15. 1. Buckland, s. 598

⁶⁵ Karakocalı, a.g.t., s. 162

*“Bir hâkim, uyuşmazlık konusunu kendine mal ederse, gerçek anlamı ile bir haksız fiilden dolayı sorumlu olduğu kabul edilemez. Ancak, bir sözleşme ile sorumlu olmadığına ve bununla birlikte, ihmal sonucu ile olsa bile, bir şeyde eksiklik yaptığına göre, haksız fiil benzerinden sorumlu olacağı kabul edilir ve hâkimin kanaatine göre hakkaniyete uygun olarak takdir edilecek bir miktara mahkûm edilecektir”.*⁶⁶

Klasik hukuk döneminde yüksek yargı organı olmaması ve verilen kararların kesin olması nedeniyle, hukuka aykırı olarak verilen kararlardan dolayı uğranılan zararın hâkime karşı açılan tazminat davası ile giderilmesine çalışılmıştır. Şüphesiz bu durum verilen kararı düzeltmiyordu ancak bu dava ile hem hâkimin neden olduğu haksızlıkla bozulan menfaat dengesi düzeltilmeye çalışılır hem de sonradan verilecek kararlarda caydırıcılık sağlanmış olurdu. Sistem dışı yargılamaya gelindiğinde hakkaniyete aykırı olarak verildiğine inanılan davalar için üst yargı yoluna gidilebilme imkânı bulunduğu ve bu yolla kararların düzeltilme imkânı olduğundan hâkimin kişisel sorumluluğu yoluna gidilmezdi. Artık adaletin bu yolla sağlandığı kabul edilirdi⁶⁷.

Hâkimlerin hukuksal sorumluluklarına yol açan nedenler kabaca ikiye ayrılabilir. Şekle ilişkin olan *formula* metnine aykırı hareket etme ve kasıt veya ihmal gibi davranışlarla esas hakkında hukuka aykırı karar verme olarak değerlendirilebilir⁶⁸.

⁶⁶ Karakocalı,a.g.t.,s.163

⁶⁷ Hoeflich, M. H. “Regulation of Judicial Misconduct from Late Antiquity to the Early Middle Ages,” Law and History Review, Vol. 2., No. 1: 79-104, 1984,s.102

⁶⁸ Karakocalı,a.g.t.,s.168

a. Hâkimlerin Hukuksal Sorumluluk Nedenleri

aa. *Formula* Metnine Aykırı Karar verme

Hâkimin çekişmeli konuyu kendisine mal etmesinden(*Si iudex litem suam fecit*) kaynaklanan sorumluluk kapsamında bahsedilen hâkimler, *formula* yargılamasında görev alan hâkimlerdir. Krallık Dönemi ortalarından M.S. 342 yılına kadar varlığını sürdüren özel yargılama sisteminde *legis actio*'lar usulü ve *formula* usulü olmak üzere iki ayrı usul uygulanmıştır. Bir dönem her iki usul yan yana uygulanmış, ancak *legis actio*'lar usulü şekilci ve katı olması, uygulanmasının zor olması, özellikle de *praetor*'un takdir yetkisini kısıtlaması gibi nedenlerle gözden düşmüş ve yine aynı nedenlerle *formula* usulü Romalılar arasındaki uyuşmazlıklarda da uygulanmaya başlamış ve zamanla *legis actio*'lar usulünün yerini almıştır⁶⁹. Cumhuriyet Dönemi'nden sonra *formula* usulü ile birlikte sistem dışı yargılama uygulanmaya başlamış ve zaman içinde bu sistemin yaygınlaşmış olması nedeniyle *formula* usulü İmparator *Constantinus* tarafından M.S. 342 yılında çıkarılan bir emirnameyle ortadan kaldırılmıştır⁷⁰.

Formula usulü, *praetor*'un *imperium* yetkisine dayanırdı. Bu yetkinin ihlal edilmesi durumunda kamusal otoritenin güç kaybına uğrayacağı ve dolayısı ile kamu düzeninin bozulacağına inanılırdı. Bu nedenle hâkimin, *praetor* tarafından oluşturulan *formula* metninde belirlenen kuralların dışına çıkması kabul edilemezdi⁷¹.

Gaius Institutiones 4. 52'de, dava *formula*'sının *condemnatio* kısmında kesin

⁶⁹ Jörs /Kunkel/Wenger (neu bearb. Honsell/Mayer-Maly/Selb), s. 524-560; Karadeniz Çelebican, s. 329-330

⁷⁰ Di Marzo, Salvatore. Roma Hukuku. Çev. Ziya Umur. İkinci Basım. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1959, s. 141

⁷¹ Karakocalı, a.g.t., s.167

bir miktar belirtilmişse, hâkimin davalıyı haksız bulması halinde, onu mutlaka bu miktarı ödemeye mahkûm etmesi gerekeceği, hâkimin davalıyı, *formula*'da gösterilmiş miktardan daha fazlasına ya da azısına mahkûm etmesi halinde, çekişmeli konuyu kendisine mal etmesinden dolayı sorumlu tutulacağı açıklanmıştır⁷². *Formula*'ya aykırı davranması dolayısıyla ortaya çıkan zarardan hâkimin sorumluluğunda kusurun aranmaması, ona haksızlık yapıldığı anlamına gelmez. Zira hâkimlerin böyle bir durumda hatalı ve yanlış bir karar vermemeleri için *praetor* tarafından davanın nedeni, tarafların iddia ve savunmaları belirlenir ve davanın sınırları *formula* içinde çizilirdi. Hâkimlerin yapmaları gereken tek şey, *formula*'yı dikkatli okuyup ona sadık kalmalarıydı.

ab. Davanın Esası Hakkında Hukuka Aykırı Karar Verilmesi

Hukuka aykırı karar veren hâkim, kastı veya ihmali dolayısı ile sorumlu olurdu. Bir hâkimin kasten bir hukuk kuralını ihlal etmesinin uyuşmazlık konusunu kendisine mal etmiş sayılacağı ve bunun da tarafsız olmamasının, taraflardan biri ile husumetinin olmasının veya rüşvet almasının kesin olarak kanıtlanması ile anlaşılabilirdi ve bu durumda hâkimin uyuşmazlık konusu miktar kadar uğranılan zararı tazmin etmek zorunda kalacağı Dig. 5.1.15.1.de açıkça belirtilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere hukuka aykırı verilen karar nedeniyle zarara uğrayan kimse hâkimin davayı çözümlerken kasıtlı olarak hukuka aykırı karar verdiğini hâkimin taraflı davranması, taraflardan biri ile husumetinin bulunması ve dava ile ilgili rüşvet almasını kesin bir biçimde ispat etmedikçe hâkimin kasıtlı hareketinden bahsedilemezdi⁷³. Kastın varlığının ispatı için gerekli bu hususların ne zaman

⁷² Gai. 4. 52.

⁷³ McCormick, a.g.m., s. 156.

ortaya çıktığının bir önemi yoktur. Önemli olan hâkimin karar verirken bu saiklerden birinin etkisi ile bu kararı vermiş olmasıdır.

Hâkimin hukuka aykırı kararı ile ortaya çıkan zararlı sonuç yeteneksizlik, bilgisizlik ve tecrübesizlik gibi durumlardan kaynaklı ise *imprudentia* ifadesi ihmal anlamında *culpa*'nın karşılığı olarak kullanılırdı⁷⁴. Ulpianus'un ifadelerinin aksine Gaius'un ifadelerinde hâkimin sorumluluğunun ihmalle de olabileceği görülmektedir⁷⁵. Ancak Gaius'un belirttiği ihmalin, basit ve hafif bir ihmal olmadığını, kasta yakın ağır bir ihmal olduğunu söylemek gerekir.

Klasik hukuk döneminde, hâkimin çekişmeli konuyu kendisine mal etmesinden ötürü sorumlu tutulması için, davayı görürken ihmalkâr davranmasının yeterli olacağı sonucuna varılabilir. Hâkimin *formula*'da belirtilen hususların dışına çıkması ve bu iş için atanmış olmasına rağmen, dava günü mahkemede hazır bulunmaması basit bir ihmal olarak görülebilir mi? Aksine bu davranışı bir kastın, kötü niyetin göstergesi olarak görmek mümkündür. Macrobius, Sat. 3.16.15-16'da hâkimin duruşma gününde hazır bulunmamasının sorumluluk getireceği açık bir biçimde belirtilmiştir. Hâkim, haklı bir sebebi olmaksızın - bunlar hastalık, zorunlu seyahat veya malvarlığını tehdit eden bir tehlikenin varlığı olarak örneklendirilebilir- belirlenen zamanda mahkemeye gelmeyerek davada görev almazsa davacı davasını kaybederdi. Böyle bir durumda davacı, daha sonra davanın hâkimine karşı davaya katılmadığı ve *magistra*'nın talimatlarını yerine getirmediği gerekçesiyle *iudex litem suam fecit*'e dayanarak, sorumluluk davası açabilirdi⁷⁶.

⁷⁴ Karakocalı, a.g.t., s.176

⁷⁵ Monahan, a.g.m., s. 445.

⁷⁶ Karakocalı, a.g.t., s.178

Burada belki de en önemli husus, kastın ve ihmalin kapsamlarının ne şekilde çizileceğidir. Bilindiği gibi, *formula* yargılamasında, hâkimler yalnızca bir çekişmeli durumu çözümlmek için, tarafların belirlemesi ve *praetor*'un ataması ile hâkim olarak görevlendiriliyorlardı. Ve mevcut uyuşmazlığın çözümü ile birlikte görevleri sona eriyordu. Hukukçu olmayan bu kişilerin, davanın görülmesi sırasında, hukukçulardan yardım almalarına rağmen, hata yapmaları olasıydı. Para karşılığında da yapılmayan bu işin çok ağır sorumluluklara bağlanması, hâkimliği herkesin yapmaktan kaçınacağı bir hale sokabilirdi. Üstelik bu dönemde kanun yollarının bilinmiyor olması, davayı kaybeden tarafın, hâkimin kusurlu, hatalı olduğu iddiasıyla, derhal, bu tazmin yolunun işletilmesini isteme olanağını doğurabilirdi. Bu yüzden, hâkimin çekişmeli konuyu kendisine mal etmesinden kaynaklanan sorumluluğunun Roma hukukunda tarihsel bir gelişim geçirdiğini ve bu gelişim süreci içerisinde sorumluluğun kapsamının genişlediğini, kastın aranması, ihmalin yeterli sayılması ve en son da kusursuz sorumluluk şeklini aldığını kabul edebiliriz⁷⁷.

İmparator Constantinus döneminde, hâkimin davacıya karşı olan sorumluluğu hakkında yeni düzenlemeler getirilmişti. 318 yılında Korsika valisine yöneltilmiş olan emirname ile, hâkimlik görevini iyi bir şekilde gerçekleştiremeyip, yanlış karar veren hâkimlere karşı, davacıların hakları düzenlenmişti. Bir tarafın kayırılması ya da bir taraftan rüşvet alınması sonucunda, hâkim gerçeğe aykırı karar vermişse, ya da dava hâkimin ihmallerinden ötürü, gereğinden fazla uzamışsa, *iudex*, kendi malvarlığından, çekişme konusunu ödemeliydi⁷⁸.

Roma metinlerinde bir tanım verilmemiş olmakla birlikte genel olarak

⁷⁷ Türkoğlu Özdemir, Gökçe, a.g.m.s, 7-8

⁷⁸ Aynı ,s.9

hukuka aykırı olan her şeye *iniuria* denilmekteydi ve hâkimin haksız bir şekilde hakkaniyete uygun olmayan, hukuka aykırı karar vermesi *iniuria iudicis* olarak adlandırılırdı. Özel anlamda ise manevi bütünlüğe yönelmiş hakaret anlamını içerirdi. Anlamdaki bu farklılık haksız fiil ile haksız fiil benzerleri arasındaki farklılıktan kaynaklanmakta idi. Hâkimler bu kararlarından ötürü yargılamada başarısız sayılır ve *iniuria iudicis* nedeniyle *litem suam fecit*'e dayanılarak, sorumluluk davası açılabilirdi.

Ancak hâkimin yanlış kararı (*iniuria iudicis*) yüzünden alacaklı, borçlunun değil de, onları haklı olarak elinde bulunduranın mallarına el koymuşsa, borcun ödenmesi halinde, söz konusu malların sahibine geri verilmesi gerekir⁷⁹. Ayrıca, hâkimin yanlış kararı yüzünden, rehin (*pignus*) borçlusu borcundan kurtulmuşsa, artık hararın yanlışlığına bakılmaksızın sonuçlarına uyulması gerekir⁸⁰.

Salvius Iulianus tarafından Dig. 46. 8. 22. 4'de *Iniuria iudicis*'e ilişkin verilen örnekte şöyle denilmektedir. *Procurator* gerçek hakkı talep edecek şekilde dava açmak isterken, efendi (*dominus*) yanlış talepte bulunur ve bu davada ortaya çıkan *iniuria iudicis* sonucunda efendi, hakkı olmayan şeyleri elde ederse, bundan *procurator* sorumlu tutulamaz⁸¹. Yine Roma hukukuna göre, kefillerin hâkimin vermiş olduğu yanlış kararlardan ötürü sorumlu tutulmaları mümkün değildi⁸².

Özetle; *Legis actio* ve *Formula* usullerinin uygulandığı ve hâkimi tarafların seçip yetkisini *magistra*'ların verdiği özel yargılama sisteminde hâkim yargılama

⁷⁹ Dig. 20.5.12.1.

⁸⁰ Dig. 20. 6.13.

⁸¹ D. 46. 8. 22. 4.

⁸² Türkoğlu Özdemir, Gökçe, a.g.m,s.9

sırasında hukuk kurallarını açıkça ihlal ederse *dolus*’tan, göreve gitmeme, şekle ilişkin sayılan *Formula metinleri*’nin dışına çıkma gibi yargılama gereksinimlerini ihlal etmesi halinde ise *culpa*’dan sorumlu sayılırdı. Yani hâkim kastının yanında dikkatsizlik, bilgisizlik, tecrübesizlik gibi ihmallerinden de sorumlu idi. Burada hâkimlerin hukuksal sorumlulukları bir haksız fiil benzeri sorumluluktuktu. Haksız fiil benzerlerinde, haksız fiil için gerekli unsurlar bulunmasa bile haksız fiillere benzer sonuçlar ortaya çıkardı⁸³. Uyuşmazlık konusunu kendisine mal eden, tarafsız davranmayan hâkime karşı *Actio in iudicem qua litem suam fecit* adı verilen dava açılırdı. Ve hâkim, hakkaniyete uygun olarak takdir edilecek bir miktarı yâda uyuşmazlık konusu miktar kadar uğranılan zararı tazmin etmek zorunda kalırdı. Esasen Roma metinlerinde hâkimlerin hukuksal sorumluluklarına ilişkin açılan davalardan söz edilmekle birlikte *iudex qui litem suam litem fecit edictum*’a dayanarak açılan belirli bir dava örneği günümüze kadar ulaşmış değildir⁸⁴.

2. Sistem Dışı Yargılamada Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu

Tezimizin birinci bölümünde üzerinde durulduğu üzere Cumhuriyet Dönemi’nden sonra uygulanmaya başlayan sistem dışı yargılama (*Cognitio Extra Ordinem*).ilk başlarda bir süre *formula* usulü ile birlikte uygulanmış ve daha sonra formula usulünün kaldırılması ile tek yargılama sistemi olarak uygulanmaya başlanmıştı. *Formula* usulü ile birlikte uygulandığı dönemde, sadece bir kısım özel uyuşmazlıklarda başvurulmuş bu sistemde, *magistra’lar* ya da eyalet valileri, özel hâkime gitmeksizin uyuşmazlığı sonuçlandırma yetkisine sahipti⁸⁵. Bu yargılama

⁸³ Sohm, a.g.e., s. 330.

⁸⁴ Plencia, a.g.m., s. 67

⁸⁵ Di Marzo (Çev.: Umur), s. 141; Karadeniz-Çelebican, s. 352.

sisteminde aralarında belli bir derece sırası olan yeni bir yargı örgütü oluşturulmuştu⁸⁶. Yargı örgütünün başında, imparator bulunuyordu İlk dönemlerde davacı imparatora başvurur ve imparator isterse uyuşmazlığı doğrudan kendisi çözüp, karara bağlayabilir veya uygulamada çoğu kez, uyuşmazlık, imparator adına ona bağlı devlet memuru hâkimler tarafından çözülürdü⁸⁷. İmparatorundan sonra, onun temsilcisi ve eyalet valilerinin hakim sıfatıyla baktıkları davaları temyiz mercii olarak inceleyip karara bağlayan ayrıca bazı özel hukuk uyuşmazlıklarını da ilk derece mahkemesi olarak çözen *praefectus praetorio* makamı bulunuyordu⁸⁸. *Praefectus praetorio* 'dan dan sonra, merkez ve eyalet valileri yer alıyordu ki bunlar hâkim sıfatıyla bazı uyuşmazlıkları karara bağlardı. Yargı örgütünün en altında günümüzde yerel mahkemeler olarak adlandırdığımız konumda ise imparator tarafından, bir yıl süreyle atanan maaşlı devlet memuru olan hâkimler (*iudex ordinarius, ordentliche Richter*) bulunurdu⁸⁹. Bu hâkimler günümüzde anladığımız manada bir memur değillerdi. Bu niteliği ve özelliği olan istisnai bir memurluktu.

Sistem dışı yargılamada (*cognitio extra ordinem*) hâkimler devlet memuru olarak çalışmaları nedeniyle davanın taraflarına karşı kişisel sorumlulukları yoktu, ihmalkârlık, tembellik, görevde lakayt davranma gibi durumlarda imparatora karşı

⁸⁶ Kaser/Hackl, a.g.e..s. 526

⁸⁷ Karadeni/.-Çelebican,a.g.e.,s. 355

⁸⁸ Kaser/Hackl, a.g.e..s. 464

⁸⁹ Karadeni/.-Çelebican,a.g.e.,s. 354-355, Tahiroğlu/Erdoğan, a.g.e., s. 9

sorumlulukları kabul edilmişti⁹⁰. Hâkim davayı kötü yönettiği, hatalı ve yanlış karar verdiği için devlete para cezası ödemek zorunda kalırdı⁹¹.

Özel Yargılama Sisteminden sonra ilk defa sistem dışı yargılamada, hâkimin kararlarına karşı kanun yolunun açık olması ve hukuka aykırılıkların denetlenerek düzeltilmesi olanaklı hale gelmesinden dolayı hâkimin hukuki sorumluluğunu azalmıştır. Burada artık haksızlığa uğrayan tarafları koruyucu sistem olarak kanun yoluna başvuru usulü yerleşmeye başlamıştır⁹². Bununla birlikte sistem dışı yargılamanın uygulanmaya başladığı ilk yıllarda tarafların, hâkime karşı haksız fiil benzeri olarak *in factum* dava açmaları mümkündü⁹³. Daha sonra bu da kaldırılmıştır. Özel yargılama sistemi içerisinde yer alan ve bu sistemin genel özelliklerine uygun bir biçimde uygulanan hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinden kaynaklı sorumluluğu(*litem suam fecit*) sistem dışı yargılamada geçerliliğini yitirmiştir.

D. Yüksek Yargı Hâkimlerinin Hukuki Sorumlulukları

Özel yargılama sisteminde (*ordo iudiciorum privatorum*), hâkimin verdiği karar kesin sayılırdı ve her şeye rağmen bunun yeniden incelenmesi mümkün olmazdı. Taraflar dava sonunda verilmiş olan karara uymak zorundaydılar. Çünkü bizzat tarafların kendileri, söz konusu kişiyi, hâkimlik yapması için seçmişlerdi. Dolayısı ile *ordo iudiciorum privatorum*'da yüksek yargı organı niteliğinde bir kişi veya kurum yoktu.

Sistem dışı yargılamada (*Cognitio Extra Ordinem*), karar veren hâkiminin

⁹⁰ Karakocalı, a.g.t., s.194

⁹¹ Harries, Jill. 'Law and Empire in the Late Antiquity' Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s.162

⁹² Robinson, a.g.m., s. 198; MacCormick, a.g.m., s. 149.

⁹³ Dig. 44.7.5.4; Dig. 5.1.15.1.

üstünde olan organ veya kişiler bulunduğundan, *appellatio* olarak adlandırılan kanun yoluna başvuru ile söz konusu kararın yeniden incelenmesi ve gerektiğinde kararın bozulması olanağı getirilmiştir. Kararı veren hâkim, itiraz üzerine kararı üst yargı organına gönderir ve burada itirazın yerinde olduğu kabul edilirse üst yargı merciince karar bozularak dava yeniden görülürdü⁹⁴.

Roma hukukunda yüksek yargı organı olan yargı örgütünün başında bulunan *imparator*, imparatorundan sonra gelen *praefectus praetorio* ve onların da altında görev alan *merkez ve eyalet valileri*'nin hukuki sorumluluklarının bulunduğu ilişkin kaynaklarda bir bilgi yoktur. Zaten diğer yüksek yargı organlarına ve nihayet imparatora karşı sorumlu olan mahkeme memuru hâkimlerin dahi davanın taraflarına karşı hukuki sorumluluklarının bulunmadığı düşünülecek olursa yüksek yargı organlarının hukuki sorumluluklarından bahsetmek olanaksızdır.

II. TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. HUKUKİ SORUMLULUK VE BENZER KAVRAMLAR

1. Genel Olarak Hukuki Sorumluluk

Hukuki sorumluluk, teknik manada sözleşmede borcunu yerine getirmeyen borçlunun mal varlığından kamu gücü aracılığı ile alacaklının tatmin edilmesidir. Ancak akit dışı olan haksız fiil hallerinde de hukuki sorumluluk söz konusudur⁹⁵.

⁹⁴ Karakocalı, a.g.t., s.201-205

⁹⁵ F. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, cilt II, s. 3.de “hukuki sorumluluk akit dışı zararlardan doğan tazmin yükümlülüğünü (sorumluluğu) düzenleyen objektif kurallar bütünüdür”.der.

Yani genel olarak hukuki sorumluluk bir kimseye verilen zararın tazmin edilmesi ve bu yükümlülüğün paylaştırılması konusunda karşımıza çıkmaktadır⁹⁶.

Kişilerin uğradıkları zararların karşılanması bakımından kural olarak, kamu görevlileri verdikleri zararlardan dolayı sorumludurlar⁹⁷. Zararın karşılanması bakımından karşımıza çıkan ilk kural ise, kusur sorumluluğudur. Buna göre, kusuru ile bu zarara neden olan meydana gelen zarardan sorumludur. Borçlar Kanunumuz madde 41 de kusur sorumluluğunu genel bir sorumluluk kuralı olarak kabul etmiştir. Bu nedenle özel bir kanun hükmü bulunmadıkça Borçlar Kanununun 41.maddesi gereğince bu sorumluluk hali uygulanacaktır⁹⁸.

Kusur sorumluluğu (haksız fiil sorumluluğu) için öncelikle ortada bir kusurun bulunması, bu kusurlu davranış nedeniyle bir *zarar*'ın oluşması ve nihayet zarara neden olan eylem ile zarar arasında nedensellik(*illiyet*) bağının olması gerekir.

a. Kusur

Kusur, Borçlar Kanunumuzun 41.maddesinde kusur sorumluluğunun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir. Ancak, sözü geçen madde, kusur kavramını tanımlamış değildir. Kusurun tanımı, doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüş kusuru; hukuk düzeninin kınadığı, kısaca hoş görmediği davranış biçimi olarak tanımlamaktadır. Bu hoş görmeme ve kınama nedeni başka

⁹⁶ Tercan E, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, (1988), s. 6.

⁹⁷ Özdeş, O. '*Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu ve Devlet*', Danıştay Dergisi 1971/2, s.9)

⁹⁸ Tercan,a.g.t., s. 6

türlü davranma olanağı varken bu yapılmayıp, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kusur yoksa, sorumluluk da yoktur⁹⁹.

Kusur, her şeyden önce, hukuka aykırı bir davranışı gerektirir. Bu sebeple, kusurlu olan bir davranış hukuka aykırı bir fiildir. Kusurlu bir davranışın, hukuka aykırı olmaması mümkün değildir. Zira hukuk düzeninin, hukuka uygun bir davranışta bulunan bir kişiyi kınaması için hiçbir neden yoktur. Kusurlu olmayan normal davranış, sosyal bir çevreye ya da herhangi bir meslek grubuna mensup kişilerin, birbirlerine zarar vermeden uyum içinde yaşayabilmeleri için göstermek zorunda oldukları özen ve çabadan oluşan ortalama, örnek bir davranış biçimidir. Hukuk düzeni, herkesten bu davranış biçimine göre yaşamasını, hareketlerini buna uydurmasını ister. İşte, kusura dayalı sorumluluk hukukunda, benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen bu ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçiminin niteliği, kusur olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁰.

Kusur sorumluluğu, yani kusura dayanan sözleşme dışı sorumluluk, Roma hukukundan beri geçerli olan 'casum sentit dominus' yani zarara, zarar gören katlanır ilkesinin haklı bir sebebin bulunması halinde sonuçlarını ortadan kaldırmak, hiç olmazsa yumuşatmak için sarf edilen çabanın ürünüdür. Kusur, zararın, zarar görenden başka bir şahsa aktarılmasına, ona yükletilmesine imkân veren haklı sebebi oluşturmuştur. Bu 'başka şahıs' da kusurlu davranışıyla başkasına zarar veren şahıstır¹⁰¹.

⁹⁹ Sarıyar, Selçuk "Özel Hukukta Kusurun ve Ağırlığının Belirlenmesi" s.3

¹⁰⁰ Tandoğan, Haluk, 'Türk Mesuliyet Hukuku', Ankara, 1961, s. 45.

¹⁰¹ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 279

Öğretide ve uygulamada yerleşik şekliyle kusurdan kasıt ihmalkâr davranıştır. Kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi iken ihmal, sonucun istenmemesine rağmen önleme konusunda gerekli gerekli çabanın sarf edilmemesi, gereken özenin gösterilmemesidir¹⁰².

b. Zarar

Borçlar Kanununun 41'inci maddesinde düzenlenen zarar, “...*haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.*” Şeklinde tanımlanarak kişinin bir haksız eylem nedeniyle mal varlığındaki azalmayı yani eksilmeyi ifade eder. Bu eksilme, mal varlığının zarar verici eylemden önceki durumu ile eylem nedeniyle içine düştüğü son durum arasındaki farktan ibarettir.

Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi 1978 tarihli bir kararında zararı şu şekilde tarif edilmiştir. “*Bilindiği gibi, bir haksız eylem nedeniyle tazmin borcunun doğabilmesi için, bir zarar meydana gelmiş olması şarttır. BK'nin 41'inci maddesinde deyimini bulan zarar, mal varlığında meydana gelen zarardır. O halde zarar, mal varlığında meydana gelen bir azalmayı, eksilmeyi ifade eder. Bu anlamda zarar ya da malvarlığındaki eksilme, gerek Alman ve gerekse İsviçre ve Türk hukuklarındaki baskın görüşe göre, “malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelmese idi mevcut olacak durum arasındaki fark ifade eder”.*”¹⁰³

Aynı dairenin 1997 tarihli bir başka kararında ise şöyle denilmektedir. “*Borçlar Kanununun 41'inci maddesinde deyimini bulan zarar, mal varlığında*

¹⁰² Eren,a.g.e., s. 535

¹⁰³ Yargıtay 4.H.D.29.12.1978 tarih ve 1978/3173 E.1978/15053K.sayıli ilamı

meydana gelen bir azalmayı yani eksilmeyi ifade eder. Bu eksilme, mal varlığının zarar verici eylemin işlenmesi sonucu içine düştüğü durum ile bu eylem olmasa idi mal varlığının bulunacak olduğu durum arasındaki farktan ibarettir. Nitekim tazminatın amacı da mal varlığındaki eksilmenin giderilmesi ve onun eski duruma getirilmesinin sağlanmasıdır.....Tazminatın amacı, mal varlığındaki eksilmenin giderilmesi ve onun eski durumunun sağlanması olduğuna göre zarar verici olayın zarara uğrayana sağladığı yararların da zarar tutarından indirilmesi suretiyle zararın netleştirilmesi genel tazminat kurallarının bir gereği ve sonucudur. Zira aksi halde mağdur zenginleştirilmiş olacaktır. Bu bakımdan zarar miktarı belirlenirken mağdurun sağladığı yararlar göz önüne alınmak ve zarar miktarından indirilmek suretiyle net zarar saptanmalıdır”¹⁰⁴. Zarar kavramı dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Maddi zarar veya malvarlığı zararı kastedilirken dar anlamda zarar, maddi zararın yanında manevi zararı da ifade etmek ve bir kişinin şahıs varlığında oluşan kayıplar da bu kapsama alınmak isteniyorsa geniş anlamda zarar tabiri kullanılmaktadır.

Zarar; zarar görenin mal varlığında bir eksilme ile meydana gelebileceği gibi, cismani (bedeni) varlığında da meydana gelebilir. Zarar, yoksun kalınan kar şeklinde de ortaya çıkabilir. Zararı ispat etmek, her zaman için iddia edene düşer. Ancak, istisnai bazı hallerde zarar veren hakkında kusur karinesi (Önkabul) olabilir. Böyle bir durumda ispat yükü ters döner ve zarar veren kusursuz olduğunu ispat etmek durumunda kalır. Zarar görenin, zarara neden olan olayda ortak ve/veya kişisel kusuru varsa bu halde ödenecek tazminattan indirim yapılır. Bedensel zarar hallerinde, zarar gören uygun bir manevi tazminat da isteyebilir. Manevi tazminatın

¹⁰⁴ Yargıtay 4.H.D. 15.12.1997 tarih ve 1997/7385E, 1997/11975K sayılı ilamı

miktarını hâkim takdir eder. Zarar verenler birden fazla ise, hepsi zarar görene karşı müteselsilen (zincirleme) sorumludur.

c. Nedensellik(illiyet) Bağı

Haksız fiil nedeniyle tazminat borcunun doğması için hukuka aykırı fiil ile zarar arasında bir nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekir¹⁰⁵. Fiil olmasaydı meydana gelen zararın doğması mümkün olmayacak idiyse fiil ile zarar arasında bir illiyet bağı var demektir¹⁰⁶. Bu ilişkinin var olup olmadığı her olayın akışına göre değişir. Yargıtayımız da bu görüş doğrultusunda içtihatlarında uygun illiyet bağı aramaktadır. 1994 tarihli bir kararında şöyle demektedir. “Öz bir anlatımla ‘illiyet’ nedensellik bağı demek, o zararın söz konusu haksız eylemin sonucu olarak meydana gelmiş bulunması demektir. Bir başka anlatımla o eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin muhakkak olarak görülmesi demektir..”¹⁰⁷.

Bir başka Yargıtay kararında da “...Davalının sorumluluğu, eylemiyle zarar arasında uygun neden–sonuç bağının bulunmasına bağlıdır...”denilmektedir¹⁰⁸.

2. Hizmet (Görev) Kusuru

Hizmetin genel olarak kuruluşu, kamuya sunulması ve devamlılığının sağlanması sürecinde idarenin üzerine düşen görevi gereği gibi yerine getirmemesi 'hizmet kusuru' olarak tanımlanabilir. Hizmet kusuru da soyut bir varlığın (idarenin) değil kamu görevlilerinin işlediği kusurlardır. O nedenle hizmet kusuru, kamu

¹⁰⁵ Eren,a.g.e., s. 55.

¹⁰⁶ Belgesay, E. ‘Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti’, İstanbul, . (1956), s.14.

¹⁰⁷ Yargıtay 4.HD.03.03.1994T,-9130/1902 sayılı ilamı

¹⁰⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.3.1985 tarih ve 4-16/187 sayılı kararı

görevlilerinin görevlerinden ayırlamaz nitelikte olan kusurlarıdır denilebilir¹⁰⁹. Hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç, işlemesi yâda hiç işlememesi şeklinde tezahür eder. Hizmet kusurunun özel hukuktaki kusur kavramından farklı yönleri vardır. Hizmet kusuru genel bir sorumluluk kavramıdır. Sorumluluk için kişisel kusur şartı aranmamaktadır. Hizmet kusuru nedeniyle idare bizzat ve doğrudan sorumlu olup idare kendi ajanının sorumlu olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. Maddesinde yer alan düzenlemeler nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini yaparken, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı zarar gören kişilerin açacakları tazminat davaları kamu görevlisi aleyhine değil, idareye karşı idari yargı organlarında tam yargı davası açılabileceği genel bir kabul ve düzenleme ise de görevden ayrılabilen, kamu görevlisinin kin, garez, düşmanlık, kıskançlık, intikam, kişisel çıkar, üste hoş görünme gibi yalnız zarar verecek duygu ve amaçlarla işlem yaptığı durumlarda salt kişisel kusur nedeniyle kamu görevlisine karşı da ayrıca adli yargıda dava açılabileceği kabul edilmektedir. Ancak kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin hizmet içi salt kişisel kusur, kasti suç niteliği taşısa bile idare sorumluluktan kurtulamayacaktır.

“İdari görev yapan kimsenin kişisel kusuru ile başkasının zararına yol açtığını ileri sürebilmek için, bu kişinin eyleminin zararlı olduğunu, bile bile yapması, kasten veya kin veya gareze dayanarak meydana getirdiğinin isbatı gerekir. Bu unsurlar ispat edilmediği takdirde görevlinin kişisel kusurundan söz edilemez.

¹⁰⁹ <http://www.stratejikboyut.com/haber/hizmet-kusuru-kisisel-kusur-ayrimi--35885.html> (Erişim tarihi 03.11.2010)

Olsa olsa hizmet kusurundan ileri gelen bir zarar söz konusudur ki, bu takdirde çalıştığı kamu idaresi hasım gösterilerek idari yargı yerinde zararın ödetilmesi konusunda dava açılması gerekir.”¹¹⁰

“İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarını davalının uygulamadığının mahkemece kabul edilmesi ve bu nedenle onun tazminatla sorumlu tutulmuş olması bozmayı gerektirmiştir. Anayasa'nın 129. Maddesinin beşinci fıkrasında (Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve Kanunun gösterdiği şekil vs. şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir) hükmüne yer verilmiştir. 657 Sayılı Kanunun 13. maddesi de aynı niteliktedir. Doçent olan davacının profesörlüğe yükseltilmesi için Rektörlüğe 21.9.1989 gününden önce verdiği dilekçelere (Doçentlikte 7 yılını doldurmadığı ve 4 aylık süresi olduğu) yolunda davalı rektör tarafından cevap verildiği ve davacının dilekçelerinin böylece işleme konulmadığı tartışmasızdır. Davalının bu yoldaki işlemi idare mahkemesince iptal edilmiş bulunmakla da kusurlu davranıştır ve hukuka aykırıdır. İdare Mahkemesi kararında da yazılı olduğu üzere davalı rektörün, davacının başvurusunu yetkili mercie iletmesi ve bu yolda işlem yapması gerekirdi. Ancak davalının bu eylemi, görevden ayrılmayan kişisel kusur oluşturur ve görevden ayrılabilen salt kişisel kusur olarak nitelenemez. Çünkü davalının eylemi profesörlüğe yükselmek için sürenin dolmadığı düşüncesine (yargısına) dayanmaktadır. Özel nedenlerle ve davacıyı zararlandırma amacıyla davalının o şekilde işlem yaptığı da iddia ve ispat edilmiş değildir.”¹¹¹

¹¹⁰ Yargıtay 4. H.D.'nin 7.10.1968 gün ve 68/285E, 68/7368K sayılı kararı

¹¹¹ Yargıtay 4. H.D., 5.12.1995T, 1995/8243E, 1995/9655K, sayılı ilamı

“Anayasa'nın 125.maddesi son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralına yer verilmiş bulunduğundan; 129.maddesinin 5.fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilceği hükmüne bağlandığından; 657 sayılı Yasa'nın 13.maddesinde de kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları ve kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının saklı olduğu belirtildiğinden ve olayda işkence sonucu ölüm olayı görevli polis memurunun şahsi görevden ayrı kusurundan değil, yukarıda tanımlanan anlamda idareyle bütünleşerek, idarenin verdiği görev, yetki ve olanakları kullanarak hizmet sırasındaki görev kusuru nedeniyle meydana geldiğinden; davalı idarenin ölüm olayının personelin şahsi kusuru nedeniyle meydana geldiği bu nedenle idarelerinin tazmin sorumluluğu bulunmadığı yolundaki iddiasının da dayanağı bulunmamaktadır.”¹¹²

3. Kişisel (Şahsi)Kusur

Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca kamu hizmetinden ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için, bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle, bağışlanmayacak ölçüde ağır kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemleri şahsi kusuru oluşturur.

¹¹² Danıştay 10. Dairenin 2.11.1999 tarihli ve 1999/1746-5376 sayılı kararı

Sarıca'ya göre; Şahsi kusur idare hukuku çerçevesine giren bir hadise olmayıp idare hukukunun haricinde kalan ve özel hukuku ilgilendiren bir hadisedir. Kamu görevlisinin şahsi kusur ve fiilleri bir idare adamı sıfatıyla değil, alelade bir şahıs, fert olarak işlediği kusurlardır.

Günday' a göre; Kamu görevlisinin görevi dışında ve resmi sıfatından kesin bir biçimde ayrılmış bulunan kusurlu tutum ve davranışları onun haksız fiil sorumluluğuna neden olur. Kamu görevlisinin suç niteliğindeki, kötü niyetli ve ağır kusurlu davranışları ile yargı kararların kesten uygulamaması bu kapsamdadır.

Normal şartlar altında, kamu görevlilerinin yetkilerinin sınırlarını aşmaları, onların çoğu kez bir soruşturma ve disiplin cezasına çarptırılmalarıyla sonuçlanabilir. Diğer yandan, idari sorumluluk sebebi olarak tam yargı davasına konu olabilir. Ancak, burada artık yapılan eylem“tam anlamıyla bir suç”a ve haksız fiile dönüştüğünden adliye mahkemeleri önünde ilgili kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu ileri sürülebilir¹¹³

4. İdari İşlem

İdari işleminin kanuni bir tanımı mevcut olmamakla birlikte, içtihatlar ve doktrin tarafından tanımlaması yapılmıştır. İdare Hukuku alanında, yönetimin tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal sonuç yaratan, bir başka ifade ile hukuk düzeninde değişiklik yapan işlemlerdir. İdari işlemler, tek yanlı ve idarenin kamu gücünü kullanarak tesis ettiği hukuksal işlemlerdir; bunlar, idarenin iradesini açıklaması ile hukuksal sonuçlarını idare hukuku alanında doğururlar; idari işlemin muhatabının burada bir iradesi söz konusu değildir. İdari işlemler bireysel olabileceği

¹¹³ Özay, İl han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002 s.512-513

gibi, genel nitelikte düzenleyici de olabilirler. İdari işlemler kuralsaldır, önceden yasalarla, ya da idari kurallarla düzenlenmiştir. İşlemle ilgili kişiler, işlemin üzerinde değişiklik hakkına sahip değildirler¹¹⁴. Boş bir kadroya memur alımı, bir kimseye vergi salınması, bir memurun emekliye ayrılması, hâkimlerin kalem personeline sicil doldurması idari işlemlere örnek verilebilir. İdari işlem aynı zamanda bir idari tasarruftur.¹¹⁵

5. Yargısal (Görev) Faaliyet

Millet egemenliğinin Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılması ve bu kapsamda yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce sürdürüldüğü Yargı erkinin faaliyetleri çerçevesinde Anayasa'nın 138. maddesinde "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi düzenlenmiş ve "hiç bir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz denmiştir. Yargı mensuplarının (hâkim-savcı) "*yargılamaya ilişkin*" yürüttükleri tüm işlemler yargısal faaliyettir. Yani yargı organları tarafından yapılan yargısal tasarruflar bu kapsamdadır. Bir hâkimin önüne gelen bir dava ile ilgili yaptığı tüm işlemler ve verdiği kararlar (çekişmesiz yargı kararlarından olan vasi atama, veraset ilanı, tedbir kararları v.s. de dâhil) yargısal faaliyet iken aynı şekilde cumhuriyet savcılarının özellikle ceza yargılaması kapsamında soruşturma yürütmesi, iddianame tanzimi, davayı takibi, karara karşı kanun yoluna başvurma, gözaltı kararı gibi işlemleri yargısal faaliyetlere örnektir.

¹¹⁴ http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=21. (Erişim tarihi 10.11.2010)

¹¹⁵ Gözübüyük A.Şeref, 'Yönetmelik Yargı', Ankara 1993 s.104

B. HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU HAKKINDA GÖRÜŞLER

1. Sorumluluğu Kabul Edenler

Hâkimlerin *yargısal faaliyetleri* sırasında kasten ya da ihmalkâr davranışları sonucu davanın taraflarına zarar vermeleri halinde hukuki sorumluluklarının doğacağına ilişkin bazı görüşler şöyledir.

*“Hâkimlerin görevlerinde bağımsız ve bazı teminatlara sahip olmaları onların görevlerinde mutlak bir serbestîye sahip olmaları ve görevlerinden dolayı hiçbir sorumlulukları olmadıkları şeklinde anlaşılamaz. Hâkimlerin görevlerinde bağımsız ve bazı teminatlara sahip olmaları hukuk devletinin varlığı için ne kadar zorunlu ise, onların fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaları da hukuk devletinin yaşaması bakımından o derece zorunludur”*¹¹⁶

Bir başka görüş ; *“hâkimin her kusurundan değil, ağır kusuru sebebiyle sorumlu tutulması gerektiğini, vazifesini ifa için bilmesi zaruri olan veya gözü önüne konan hukuki mefhumlara önem vermemesi neticesi olan zarardan sorumlu tutulmasının adalet icabından olduğunu”*¹¹⁷

Bir diğeri ise; *“hâkimler de birer ‘kamu görevlisi’dir. Her kamu görevlisi gibi görevlerinden dolayı, görevlerinin sebep ve etkisiyle olduğu gibi görevleriyle bağlantılı olmayan kişisel kusurlarıyla verdikleri zararların tazmininden sorumlu*

¹¹⁶ KILIÇOĞLU M. Ahmet, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Makale AÜHFD, 1973, C.30, Sy.1- 4, s.231.

¹¹⁷ BELGESAY Emcet, *Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki Mesuliyeti*, Makale, AÜHFD 1955, C.XII, s.251.

olmaları ‘hukuk devleti’ olmanın asgari koşuludur. Hukuka saygılı, insana sırf insan olduğu için değer veren toplumlarda bunun aksi düşünülemez”¹¹⁸

2. Sorumluluğu Kabul Etmeyenler

Bir kısım yazarlar ise çeşitli gerekçelerle ya hukuki sorumluluğa karşı çıkmışlar ya da özel birtakım düzenlemeler getirilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüşler örneklendirilecek olursa;

“Diğer kamu hizmetlerinin aksine hâkimlerin vermiş oldukları kararlar ve yargılama faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulmamaları ana kuralı teşkil etmektedir. Hâlbuki hâkimlerin adalet hizmetindeki yargılama faaliyetleri sebep gösterilerek hizmet kusuruna dayanılmak suretiyle Devletin sorumlu tutulmasına ve tazminat davası açılması cihetine gidilemez. Bu husus kamu hukukunda genel kuralı teşkil eder. Aksi takdirde hâkimin çözümlediği davayla kusuru olduğu iddia edilebilir. Karardan memnun olmayan taraf veya taraflar hâkimin şahsi veya hizmet kusuru olduğunu iddia ederek hâkim aleyhine veya Devlet aleyhine tazminat davası açabilirler. Bu durum ise yargı hizmetinin işlemlerini imkânsız hale getirebilir”¹¹⁹

“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.”¹²⁰

¹¹⁸ Aydınalp, *a.g.e.*, s.83-84.

¹¹⁹ Özdeş, *a.g.m.*, s.9.

¹²⁰ Günay Erhan, *Hâkim-Savcı Avukatlar ile Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s.67.

Hâkimlerin yargısal görevleri nedeniyle oluşan zararlardan sorumlu olup olmayacaklarına dair bu ve benzeri görüşler hâkimlerin sorumluluk sisteminin düzenlenmesinde etkili olmuştur. Kılıçoğlu bunu şöyle ifade etmektedir. “*Leh ve aleyhinde ileri sürülen bu görüş ve düşünceler, hukuk sistemlerinde bu konuya ilişkin olarak konulacak hükümlere etkili olmuş ve hâkimin hukukî sorumluluğu sınırlı bir şekilde tanınmıştır. Örneğin, Alman Hukukunda hâkimin hukukî sorumluluğu için hatalı bir hareketi, İngiliz, Hollanda, Belçika ve Mısır Hukuklarında hâkimin hileli bir hareketi, Fransız hukukunda ve İsviçre'nin Fribourg Kantonunda hâkimin ağır bir kusuru şartı aranmaktadır HUMK'da bu muhtelif görüşlerden hareketle, hâkimin hukukî sorumluluğuna ilişkin halleri tahdidi bir şekilde saymıştır. Bu hallerin hemen hemen hepsinde, hâkimin hukuken sorumluluğu için ağır kusur veya kast şeklinde bir kusurlu hareketi şart kılınmıştır*”¹²¹.

Diğer taraftan hâkimlerin hukuki sorumlulukları ile ilgili Venedik Komisyonu'nun 12-13 Mart 2010 tarihli “Yargı Sisteminin Bağımsızlığı” adlı raporunda şöyle denilmektedir. “*Hukuki sorumluluğa ilişkin olarak, CCJE bağımsızlık ilkesini de dikkate alarak şu görüştedir:*

i) adli hatalara (yetki, esas veya usul konularından hangisinde olursa olsun) karşı gidilebilecek kanun yolları uygun bir temyiz sistemi (mahkemenin izni aranarak veya aranmaksızın) çerçevesinde düzenlenmelidir;

ii) adaletin tesisi konusundaki diğer eksiklikler (mesela haddinden fazla gecikmeler dahil olmak üzere) yalnızca devletin sorumluluğunu gerektirir;

¹²¹ Kılıçoğlu a.g.m., s.235

iii) kasıtlı hatalar hariç olmak üzere bir hâkime adli görevlerini yerine getirmek konusunda şahsi sorumluluk atfedilmesi, devletin rücu etmesi suretiyle de olsa, doğru değildir.”¹²²

Kanımızca her görüşün haklı yanları bulunmakla birlikte hiçbir kamu görevlisinde bulunmayan bir yetkiyi elinde bulunduran hâkimlerin en azından görev gerekleriyle bağlantılı olmayan kişisel kusurlarından sorumlu tutulmaları gerekir. Ancak diğer kamu görevlilerine eş bir düzenleme de hâkimlerin karar verirken çekingen davranmalarına neden olacaktır ki bu durum adalet dağıtma mekanizmasının işleyişinde toplumsal bir sıkıntıya yol açacaktır. Beğenilmeyen her karar sonrası hâkimlerin mali tehdit altına sokulması halinde kanun yollarının da bir önemi kalmaz. Bu açıdan hukuki sorumluluğun nedenlerine ilişkin kanun koyucu tarafından tahdidi olarak sayma yöntemine dair HUMK’da yapılan düzenleme yerindedir.

C. HÂKİMLERİN HUKUKİ (TAZMİNAT) SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Hâkimler, ifa ettikleri görevin niteliği gereği diğer kamu görevlilerinden farklı bir sorumluluğa tabi tutulmuşlardır. Bu farklılık, idari, cezai ve hukuki sorumluluk türlerinde kendini göstermektedir.¹²³

Hâkimlerin disiplin sorumluluğu Anayasa’nın 140/3 maddesinde, hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği şeklinde belirtilmiş ve bu kapsamda çıkarılan 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun

¹²² [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)004-tur.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)004-tur.pdf) erişim tarihi 21.09.2010)

¹²³ Pekcanitez, H./ Atalay O./Özekes, M. Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s.127

62-81.maddeleri arasında hâkimlerin hangi disiplin suçlarından dolayı, hangi disiplin cezalarının nasıl verileceği“disiplin cezaları ve görevden uzaklaştırma” başlığı altında ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleri hakkında “disiplin suçuna ilişkin” hükümler, kendi özel yasalarında yer almaktadır.

Hâkimlerin cezai sorumluluklarına ilişkin Türk Ceza Kanunu’nda yargısal görevleri nedeniyle sadece hâkimlere özgü bir suç düzenlenmemiştir. Diğer kamu görevlileri gibi, hâkimlerin de görev suçlarından dolayı soruşturulmaları 2802 sayılı yasanın 82. maddesinde özel bir usule tabi tutulmuştur Bu bağlamda Türk Hukukunda cezai sorumluluk açısından hâkimler, diğer kamu görevlisi ve memurlarla aynı düzenlemeye tabi kılınmışlardır.

Bilindiği üzere hâkimlerin yürüttükleri idari ve yargısal görevleri vardır. Örneğin kalem hizmetleri ve personelin yönetimi idari görev kapsamında iken bir davanın görülüp karara bağlanması yargısal görevdir. Hâkimler de tıpkı cumhuriyet savcıları gibi idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar¹²⁴. Ve hâkimlerin yürüttükleri idari faaliyetlerinden doğan zararlar için hukuki sorumlulukları bulunmaktadır.

Hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacakları anlamına gelmez. Bu nedenle, HUMK’nun 573 ve devamı maddelerinde hâkimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle verdikleri zararlar nedeniyle hukuki sorumlulukları düzenlenmiştir. Ancak hemen belirtelim ki hâkimlerin hukuki sorumluluğu, yasa koyucu tarafından işin niteliği gereği özel bir

¹²⁴ AY 140/6, 2802 s.k.5/son, “*Hâkimler ve Savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.*”

sorumluluk hali olarak yasada tahdidi olarak sayılı durumların varlığı ile sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Yargı faaliyetinin devletin asli görevleri arasında bulunması ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi uyarınca yerine getirilmesi, ancak yargısal yetkilerin kullanılması sırasında genelde, tarafsızlık ilkesinin ihlali görünümünde olan ve HUMK'nun 573. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen durumların varlığı, hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin nedenini oluşturmaktadır.

B. Hâkimlerin Yargısal Görevleri Nedeniyle Hukuki Sorumlulukları

Hâkimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle hukuki sorumluluklarının niteliği hakkındaki genel kabul, sorumluluğun kanunda yazılı hallerle sınırlı olmak üzere, haksız fiil sorumluluğu olduğudur¹²⁵. Hemen belirtelim ki, hâkimlerin yargısal faaliyetinden ötürü devletin sorumluluğu değil, kendi mali sorumlulukları söz konusudur¹²⁶. Yasa koyucu, hâkimlerin, esas görevleri olan yargısal faaliyetlerini yerine getirdikleri sırada, kararsız ve ürkek olmaları endişesinden yola çıkarak, normal sorumluluk rejimine tabi tutulmalarını istememiş ve bu nedenle de hâkimlerin hukuksal sorumluluklarını sınırlı hallerde kabul etmiştir. HUMK 573-576 maddeleri arasında düzenlenen ve hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden ötürü kişisel sorumluluklarının söz konusu olabildiği haller, olayda, kast veya ağır ihmal unsurlarının bulunduğu hallerdir¹²⁷. Sorumluluğun oluşabilmesi için hâkimin kasıt

¹²⁵ Kılıçoğlu, a.g.m., s. 248

¹²⁶ Kuru, B.Medeni Usul Hukuku, 4.B., Ankara 1983,s. 711

¹²⁷ HAKERİ, Hakan “Yargıcın Yargısal Görevinden Ötürü Devletin Sorumluluğu”,s.2.

veya ağır kusuru ile birlikte bir zararın meydana gelmesi ve bu zarar ile hâkimin eylemi arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir¹²⁸.

Cezai sorumluluk bakımından hâkimleri memurlarla aynı düzenlemeye tabi tutan Türk pozitif hukukunun, hâkimlerin yargısal görevlerinden doğan zararlardan sorumlulukları konusunda bu sistemden ayrılma nedenini Yargıtay bir kararında şöyle ifade etmektedir. “...*Bu hükümler, hâkimin vicdani kanaatindeki bağımsızlığını yargı erkinin herhangi bir etki altında kalmamasını ve adalete güven duygusunun sarsılmamasını temin amacıyla yasaya konulmuştur. Gerçekten hâkimlerin hukuki sorumlulukları nedenine dayanan davalar, özel usul ve müeyyidelere bağlanmadığı takdirde, ilgililerin kötüye kullanarak hâkim hakkında ret sebepleri ihdas edilmesi kolaylaşacak, mahkemelerin gereği gibi çalışmasına ve adaletin selametle dağıtılmasına hâlele gelebilecektir. Bu itibarla söz konusu hükümler, hem meydana gelecek zararlı durumu düzelterek tamir etmek, hem de haksız davaları önlemek amacıyla kabul edilmiştir.*”¹²⁹

a. Sorumluluk Nedenleri

HUMK’un 573.maddesinde sorumluluk halleri tahdidi olarak sayılmıştır.

- ✓ *İki taraftan birini kayırma ve tutma veya garez ve kin dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete aykırı bir hüküm ve karar verilmiş olması*
- ✓ *Yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı şekilde karar verilmiş olması*

¹²⁸ Hallaç, a.g.e.,s. 42.

¹²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14.11.1970, 185/623 sayılı kararı

- ✓ *Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması*
- ✓ *Duruşma tutanakları ile kararların değiştirilmiş (tağyir ve tahrif edilmiş) ve söylenmeyen bir sözün hüküm ve kararı etkileyecek şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş olması*
- ✓ *Hâkimin verilen veya sağlanan ya da vaat olunan bir menfaat nedeniyle kanuna aykırı karar vermesi*
- ✓ *Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması*
- ✓ *Hâkimin memuriyet görevini ihmal etmesi veya kanuna göre verilen emirleri geçerli bir sebep olmaksızın yapmaması*

b. Konuyla İlgili Örnek Yargıtay Kararları

Bu bölümde konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına önemli gördüğümüz iki Yargıtay kararını birlikte inceleyelim. İlkinde;

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu HUMK'un 573/1.maddesine aykırılıktan açılan bir davada 4.Hukuk Dairesinin davalı hâkim aleyhine verdiği kararı ödenmesi gereken tazminatın miktarı dışında aşağıda belirtilen gerekçelerle onamıştır.

“İlk derece mahkemesi sıfatıyla 4. Hukuk Dairesi; “...Eldeki davanın açılmasındaki neden ve dayanak, davacının daha önce zamanın Adalet Bakanı olan ve başka bir kişi aleyhine açtığı tazminat davası üzerine, davaya bakan bu davanın davalısı olan yargıcın, o davada hüküm kurarken karar yerinde ve gerekçesindeki nedenlerdir. O dava, davalının yargıcı olduğu Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmüştür. O davada davacı, davalı bakanın ve üçüncü kişinin kendisi hakkında, “Yargıyı yaralayan, yargıya olan güveni sarsan, maksatlı hareket eden, yargı içinde

talihsiz bir kimse olan, psikolojik rahatsızlıkları bulunan biri olduğunun ileri sürüldüğünü bu yüzden kişilik haklarının saldırıya uğradığını belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Yargıç sıfatıyla yargılamayı yapan eldeki davanın davalısı iddiayı reddetmiş ve kararın ret gerekçesinde iddiayı özetlemiş ve davalının davacı için bu tür nitelemelerde bulunmada “Haklı olduğu ve gerçeği ortaya koyduğu” gibi saptamalarda bulunmuştur. Görüldüğü üzere davalının iddia edilen hukuka aykırı eyleminin yargıçlık görevini yaparken, yargısal görevi nedeniyle vermiş olduğu karardaki değerlendirmelere dayanmaktadır. Bundan dolayı da davanın, HUMK’un 573. ve devamı maddelerinde yer alan ve “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu” başlığını taşıyan hükümler çerçevesinde incelenmesi ve karara bağlanmasının uygun olduğu sonucuna varılmıştır...

Somut olayda, davacının açtığı bir davanın yargılamasını yapan ve hüküm kuran davalı yargıç, o davadaki davalıların davacı için iddia edilen sözleri söylediği yanların kabulündedir. Davalı yargıç, karar yerinde bu sözleri aynen yazmış ve söylendiğini de kabul ettikten sonra, söylenenlerin gerçekliği konusunda hiçbir kanıt ve emareye dayanmadan, bu sözleri “haklı olarak söylenmiştir” ve devamla da “bir gerçeği ortaya koymuştur” gibi, yargılamanın üslup ve usulüne uygun olmayan değerlendirmeler yapmıştır. Bu konuda, hiçbir kanıt bulunmadığına göre varılan bu sonuç ve yapılan bu nitelendirme, yargıcın duygularını hukuk kurallarının önüne çıkardığı, kararında vardığı sonuç doğru da olsa yansızlığı konusunda kuşku uyandıracak içerikte tespitlerde bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Hâlbuki yargıç, kişisel düşüncelerine, kendine özgü değer hükümlerine dayanarak hüküm kuramaz. Yargıç hükmü kurarken, eylemle ve eyleme uygulanacak normlarla bağlıdır. Yargıç iddiayı, savunmayı ve yanların dayandığı kanıtları birlikte

değerlendirip, tartıştıktan sonra konuyu gerekçelendirip uygun bir sonuca varılmalıdır. Yoksa somut olayda olduğu gibi, adeta davacı için söylenen sözlerin yerinde ve doğru olduğu biçimde varılan ve ifade edilen sonuç, bir yargılama kararı ile davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu gibi bu saldırının yargı kararı ile meydana gelmesi de, bizatihi yargılamanın ilke ve kurallarına aykırılık oluşturur. Böyle bir kararın varlığı, hiçbir kanıt olmadığı halde, o kişinin söylenen sözlerdeki tanıma uygun olduğu sonucunu doğurur ki, bu ağır ve yersiz bir suçlama olur. Açıklanan tüm bu nedenlerle davalının, davacıya karşı, yargılama görev ve yetkisi dışına çıkmak, böylece yargılamanın yöntem ve üslubuna aykırı davranmak, davacıya karşı yansız kalmamak suretiyle, yargılama görevine aykırı davrandığı sonucuna varılmak suretiyle davanın kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır...davanın kabulüyle lira manevi tazminatın..... tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, ...

Davalı hâkim vekili dair kararını temyiz etmiştir.

Öncelikle; hâkimlere karşı açılan tazminat davasının haksız fiilden dolayı tazminat davasına çok benzediğini, bu nedenle hâkime karşı tazminat davası açılabilmesi için tazminat talebinde bulunan davacının, hâkimin hukuka aykırı kararından dolayı zarar görmüş olması ve bu zarar ile hâkimin kararı arasında uygun illiyet bağı bulunması gerektiğini, belirtmekte yarar vardır.

Şu durumda; bu davalarda davacı, hâkimin HUMK'un 573. maddesinde sayılan cinsten bir fiilinden zarar görmüş olan kimse, davalı ise kanuna aykırı karar verdiği iddia edilen hâkimdir. İlk belirtmek gerekir ki; bireyin yansız bir yargı önünde yargılanma hakkı, bir insanlık hakkıdır. Hâkim önyargılı (özel-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.” Hâkim, yargılamanın her evresinde, yansız görünümünü koruma konusunda yüksek özen göstermek zorundadır. Bir başka söyleyişle; hâkim önüne gelen olayda, herkese ve bu arada kendisine karşı da uzak durmalı ve kişiler üstü, yansız olmalıdır. Kısacası kişisellikten arınmalıdır. Herkesin yasa önündeki eşitliğini sağlayan yansızlık; yasanın herkes için eşit olmasını sağlayan kişisellikten arınmışlık ilkeleri gereğince yargıcın yazılı hukuku iyi/kötü ayırımı yapmadan nesnel bir mantıkla uygulaması zorunludur. Yargılama ve yargı kararları kişisel görüş, inanç ve duyguların aracı olamaz. İkinci olarak; hâkimler yasallık ilkesi gereğince Anayasa’ya, yasaya, hukuka uygun düşen kanılarına göre hüküm kurarlar. (Anayasa md.138) Hakim Yasanın üstünde değil içindedir. (Dr. Sami Selçuk- 22.3.1996 gün ve 1993/5-1996/1 sayılı YİBK karşı oy yazısından)

Diğer taraftan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 388. maddesi gereğince “karar” ve “gerekçe” bölümünü de kapsar. Yani diğer bir deyimle gerekçe bölümünde yer alan hususlar karar kavramı içinde yer almaktadır. Hâkim yargı kararını inanç ve duygularının aracı olarak kullanmaz ve uygulamakla yükümlü olduğu yasal normlar dışına da çıkamaz. Yargılama sonucunda ulaştıkları kanıtların da kişisel değil hukuksal olması hâkimin kişisellikten arınmış olma ve hukuka uygun davranma yükümlülüğünün doğal bir sonucudur. Bu bağlamda, kararların gerekçeli olması ilkesinin; yargı bağımsızlığının amacı ve bedeli olan yansızlığı kanıtlama olanağı veren ve hâkim onurunu koruyan bir araç olduğu bilinmelidir. O nedenle verdiği karar ne denli

doğru (adaletli) olursa olsun; kararın gerekçesinde yansızlığını tartışılır duruma getiren hâkim, öncelikle yargıladığı kişinin insanlık, kişilik hakkı olan adil (doğru ve güvenli) yargılama hakkını çiğnemiş duruma düşebilir. Kuşkusuz hâkim, yasal olduğu kadar ahlaki yükümlülük de olan gerekçelendirme olgusunu gerçekleştirirken yansızlıkla birlikte ve aynı değerde olan kişinin onur ve saygınlığını da korumada yüksek özen gösterilmelidir. Tersi durumda kişinin hem yansız bir yargı önünde yargılanma hem de onur ve saygınlık değerlerinin hukuka aykırı biçimde çiğnenmesi gündeme gelebilir ki bu her iki manevi değer, kişilik hakkının korunması altında bulunduğu da yasa buyruğu (Medeni Kanun'un 24. ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddeleri) olduğu unutulmamalıdır.

Bu ana ilkeler karşısında somut olay göz önüne alındığında; Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, ilk derece mahkemesi sıfatıyla 4. Hukuk Dairesi kararında ve yukarıda açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde ve vekalet ücretinin de yasal sınırlar nazara alınarak takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir..¹³⁰

İkincisinde ise;

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, HUMK'un 573/2.maddesinde düzenlenen Yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı şekilde karar verilmiş olması hükmüne aykırılıktan açılan bir davada davalı hâkimleri tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

¹³⁰ Yargıtay HGK, 24.10.2001 T,2001/4-1016E, 2001/757K sayılı ilamı

“...Somut olayda; davacı, şüpheli sıfatı ile soruşturma aşamasında tutuklanmış ve hemen akabinde yukarıda ayrıntıları ile yazılı sağlık sorunları meydana gelmiştir. Sağlık heyeti raporlarında, “ani ölüm riski altında olduğu” ayrıca ve açıkça belirtilmiştir. Davacının sağlık sorunlarının, gözaltına alınması ile başlayan ve tutukluluğu ile devam eden süreçte meydana geldiği; en azından, bu sürecin davacıda mevcut olabilecek rahatsızlıklara olumsuz etkide bulunduğu ve yaşamsal tehlike boyutuna ulaştığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, ceza yargılaması bakımından koruma tedbirleri ile güdülen amaç ve yaşam hakkı arasında bir çatışma meydana gelmiştir. Bu durumun, yargılama makamları tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi ve çatışan yararlar arasında öncelik düşüncesine dayalı bir denge kurulması gerekir. Herhalde, davacının tehdit altında olan yaşam hakkına rağmen; öngörülemeyen bir yargılama sürecinin sonuçlanmasını beklemesi gerektiği kabul edilemez. Çünkü yaşam hakkı; en kutsal ve birincil haktır. Davacının yaşam hakkının tehlikeye düşürülmesi, elinden alınması halinde; diğer tüm temel hak ve hürriyetlerin hiçbir değeri kalmayacaktır.

Dosya kapsamından, davacı ile benzer isnatlarla suçlanan başka bazı sanıkların; gerek sağlık ve gerekse farklı nedenler gerekçe gösterilmek suretiyle, halen tutuksuz yargılandıkları anlaşılmaktadır. Bu da, eşitlik ilkesinin göz ardı edildiği anlamına gelmektedir. Yine, davacının dosyaya yansıyan öz geçmişi, bilim adamı kimliği; gerek ülke çapında ve gerekse uluslararası düzeyde başarılı çalışmalar yapmış olması; kaçma ve delillerin karartılmasına ilişkin değerlendirmelerde göz önünde bulundurulmak gerekir. İddianamede yer alan iletişimin tespiti kayıtlarından; davacının, şüpheli sıfatı ile tüm yaşam ve faaliyetlerinin çok yakından izlendiği anlaşılmaktadır. Bu denli teknik imkânlarla

rağmen; kaçma veya delillerin karartılması ihtimalinden söz edilmesi, inandırıcı bulunmamaktadır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, ceza yargılamasının tutuksuz yapılması asıldır. Koruma tedbiri anlamında tutuklama ise, istisnai bir nitelik taşımaktadır. İstisnanın, kural haline dönüştürülmesi; masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Tespit edilen tüm bu olgular ve açıklamalar ışığında; dava konusu tutukluğunun devamına ilişkin karar ile davacının yaşam hakkının tehlikeye düşürüldüğü; koruma tedbiri 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; HUMK'nun 573/2. maddesi uyarınca da, davalıların sorumluluklarını gerektirdiği kanaatine varılmıştır".¹³¹

c. Davanın Tarafları ve Görevli Mahkeme

aa. Davacı

Hukuki sorumluluk(tazminat) davasının davacısı hâkimin HUMK'un 573.maddesinde belirtilen eylemleri nedeniyle zarara uğradığını iddia eden tüm gerçek veya tüzel kişilerdir.

ab. Davalı

¹³¹ Yargıtay 4. HD'nin 08/06/2010 tarih ve 2009/16 E., 2010/11 K. Sayılı kararı

HUMK'un 573'üncü maddesinde "*hâkim ve icra reisi aleyhine..*" denilmesi nedeniyle bu davaların davalısı hakimlerdir. Davalı hakimın açılmış davam ederken ölmesi halinde tüm mirasçılarına tebligat yapılarak davaya devam edilebilir.

*"HUMK md. 573-576 hükümleri (genel-özel) bütün hukuk mahkemeleri hâkimleri, icra tetkik mercii hâkimleri, ceza hâkimleri ve idari yargı hâkimleri hakkında uygulanır. 3533 Sayılı Mecburi Tahkim Kanunu'na göre hakem sıfatıyla hareket eden hâkimlere karşı da, HUMK md. 573-576'ya göre tazminat davası açılabilir. Askeri mahkemeler hâkimlerine karşı da HUMK md. 573-576 hükümlerine göre tazminat davası açılabilir."*¹³²

Tüm adli ve idari yargı hâkimlerinin bu kapsamda hukuki sorumluluklarının bulunduğu tartışmasızdır. Askeri hâkimlerin de bu kapsama dâhil oldukları kabul edilmektedir. Yüksek yargı üyelerinin de geniş anlamda ve genel olarak "hâkim" kavramının kapsamına girdiğinde tereddüt bulunmamakla ve hâkimlerin hukuki sorumlulukları açısından açıklanan genel esasların onlar için de geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte Yargıtay içtihatları ile durumlarında bir farklılık yaratılmıştır ki ilerde ayrıca ele alınacaktır.

ac. Görevli Mahkeme

Sulh hâkimlerine karşı açılacak tazminat davası, asliye mahkemesinde açılır.

İlçe asliye, icra, kadastro hâkimlerine karşı açılacak tazminat davası, bağlı olduğu il asliye hukuk mahkemesinde açılır.

¹³² KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Demir Yayınları, İstanbul 2001, C.VI. s.5830

İl asliye hukuk hâkimine karşı açılacak tazminat davası, esas davanın temyiz mercii olan Yargıtay dairesinde açılır.

İl icra hâkimlerine karşı açılacak tazminat davası, Yargıtay 12.Hukuk dairesinde açılır.

İl ağır ceza başkan ve üyeleri ile asliye ceza hâkimlerine karşı açılacak tazminat davası, Yargıtay 4.Hukuk dairesinde açılır.

3533 Sayılı Mecburi Tahkim Kanunu'na göre hakem sıfatıyla hareket eden asliye hukuk hâkimine karşı açılacak tazminat davası, Yargıtay 4.Hukuk dairesinde açılır.

İdari yargı hâkimlerine karşı ilk derece mahkemesi olarak nerede tazminat davası açılacağı kanunda düzenlenmediği gibi Yargıtay'ca da köklü bir çözüme kavuşturulmuş değildir. Yargıtay'ın bu konuda çelişkili kararları mevcuttur. Bazı kararlarında il asliye ceza mahkemesini görevli görürken diğer bazı kararlarında ise, Yargıtay 4.Hukuk dairesinde görüleceği belirtilmektedir. İdare mahkemelerinin birden fazla ilde yetkili olduğu durumlar olduğu gibi Bölge İdare Mahkemeleri de bir bakıma İstinaf Mahkemesidir. Dolaysı ile şahsi kanımca açılacak davaların Yargıtay 4.Hukuk dairesinde görülmesi uygundur.

Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasının düzenlenmesi sonucu 5326 sayılı Kanunun 18'inci maddesi ile HUMK'un 575/II'nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. “*ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimler hakkında tazminat davaları bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, bölge adliye mahkemesi hâkimleri hakkında ise Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi tarafından incelenerek karara bağlanır*”.Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri bir türlü kurulup faaliyete

geçememiştir. Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar hangi kanunun uygulanacağına dair doğan boşluk Yargıtay içtihatları ile doldurulmuştur.

“HUMK'nun 575. maddesi hükmünde yapılan değişiklik ile yargıçlar aleyhine açılacak tazminat davalarında "görev" konusunun yeniden düzenlendiği; ilk derece mahkemesi yargıçları aleyhine açılacak tazminat davalarına Bölge Adliye Mahkemelerinde, Bölge Adliye Mahkemeleri yargıçları aleyhine açılacak tazminat davalarının ise Yargıtay'da görüleceği düzenlenmiştir. Bunun yanında, bölge adliye mahkemelerinin henüz faaliyete geçmediği, değişiklik yapan yasanın geçici maddelerinde başkaca çözümlere (temyiz gibi) yer verilmiş ise de, bu yasal boşluğun doldurulmadığı da bilinen bir gerçektir. Bu durumda yasal boşluğun doldurulması gerekmektedir. Bu durumda HUMK'da değişiklik yapan 5236 sayılı Yasanın geçici 2. maddesinden yararlanılabilir; Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar geçecek sürede temyiz yolunun nasıl kullanılacağına ilişkin bu düzenleme uyarınca Bölge Adliye Mahkemeleri kuruluncaya kadar geçecek sürede, yasal değişiklik öncesi (eski) düzenleme geçerli olacaktır. Şu durumda davaya konu uyuşmazlığın çözümünde de HUMK'nun değişiklik öncesi eski hali uygulanmalı; Eyüp İlçe Hâkimi davalı hakkındaki kişisel kusura dayalı tazminat davasına bağlı bulunduğu il olan İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmalı ve işin esası incelenmelidir”¹³³

C. Hâkimlerin İdari Görevleri Nedeniyle Hukuki Sorumlulukları

Hâkimlerin yürüttükleri idari faaliyetler sırasında doğacak zararlar için hizmet kusuruna dayanarak, Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemelerinde tam yargı davası açılır. Hâkimlerin idari faaliyetlerinden ötürü devletin sorumlu

¹³³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 12/3/2009 T,2009/1831 E, 2009/3559K,sayıli ilanı

tutulacağı konusunda öğretide olduğu gibi uygulamada da bir tereddüt yoktur¹³⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında “*hâkimler ve mahkemeler, kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi için de işlem yaparlar. Ancak bu işlemlerde, hâkim sıfatıyla değil, idari bir makam olarak hareket ederler. Bunlar, Adalet Bakanlığı adına yapılır ve bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur. Nitekim bu ve benzeri işlemler, devletin diğer teşkilâtında hâkim sıfatını taşımayan idari makamlar tarafından yapılır*” demektedir¹³⁵.

Ayrıca, hâkimlerin idari faaliyetlerinden doğan zararlar kişisel kusurlarına dayanmakta ise ve yine yargılama sırasında taraflara yönelik *haksız fiil* niteliği taşıyan tutum ve eylemleri (taraflardan birine veya vekiline hakarete bulunma gibi) var ise haksız fiil hükümlerine göre (*BK md.41 vd.*) adli mahkemelerinde tazminat davası açılabilir¹³⁶.

D. YÜKSEK MAHKEME ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI

1. Anayasa Mahkemesi Üyeleri

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 146.maddesinin II. Bölümünde sayılan *Yüksek Mahkemeler*” arasında düzenlenmiştir. Anayasada bu mahkeme başkan ve üyelerinin “*hâkim*” olduğuna dair doğrudan bir düzenleme veya ifade yer almamaktadır. Ancak AYM’nin yargı erkinin düzenlendiği üçüncü bölümünde,

¹³⁴ Hakeri a.g.e. ,s.7

¹³⁵ Anayasa Mahkemesi, 13.5.1964, 1963/99–1964/38, RG: 14.7.1964/11753

¹³⁶ Çağlar,Selda,”Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden sorumluluğu” *İstanbul Barosu Dergisi • Cilt: 80 • Sayı:2 Yıl 2006 s.710* , KURU a.g.e.s.5831., AKINCI Müslüm, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008. s.116

Yüksek Mahkemeler başlığı altında düzenlenmesi, ayrıca, madde 147’de üyeliğin sona erme sebepleri arasında “...*hâkimlik mesleğinden çıkarmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi*” sayılmış olması mahkeme başkan ve üyelerinin de “*hâkim*” sayılması için yeterlidir. Bu sebeple AYM başkan ve üyelerini de HUMK 573. Maddesi kapsamında kabul etmek gerekir. Ancak asıl sorun, AYM ile birlikte Yargıtay hariç Yüksek Mahkeme başkan ve üyelerine karşı hangi mahkemede dava açılacağına belirsiz olmasıdır. Çünkü yasalarımızda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır

Hukuki sorumluluk davalarının AYM başkan ve üyeleri için ilk derede mahkemesi olarak nerede açılacağı yani görevli mahkeme konusunda öğretilerde de ortak bir görüş yoktur. Sorumlulukları kesin olan ancak, dava açılacak merci bulunamadığı için sorumsuzmuş gibi duran bir kamu görevlileri sınıfı yaratıldığı algısı oluşmaktadır.¹² Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla Anayasanın bazı maddelerinde değişiklik yapılarak AYM’ye bireysel başvuru hakkı getirilmeden önce vatandaşların doğrudan yüksek mahkeme ile bir teması bulunmamakla belki bu sorun fazlaca gündeme gelmese de yeni düzenleme ile birlikte oluşacak mağduriyetlerde hakkın nerede aranacağı hususunda bir tereddüt oluşturarak yeni mağduriyetler yaratılmadan soruna kısa sürede yasal düzenleme yolu ile bir çözüm bulunmalıdır.

2. Yargıtay Üyeleri

Yargıtay başkan ve üyelerinin "Hâkim" kavramının kapsamına dâhil oldukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Yargıtay Kanunu’nun 13/2 ve 15/3.md. göre Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekiline karşı açılacak görevden doğan tazminat davalarında yetkili merci Yargıtay Hukuk Genel Kurulu olarak belirtilmesine rağmen hangi

hallerde sorumlu tutulacaklarının özel olarak tespit edilmemiş ve diğer hâkimler hakkındaki kurallara da gönderme yapılmamıştır Özde “hâkim “ olmaları nedeniyle hâkimlerin hukuki sorumlulukları açısından açıklanan genel esasların onlar için de geçerli olması gerektiği düşünülse de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları ile Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlar durumunda olan kişiler aleyhine hukukî sorumluluk davası açılabilmesi için Anayasa Mahkemesi'nden Yüce Divan sıfatıyla tazminata neden olan fiilin aynı zamanda suç teşkil ettiğini ve dava edilecek üyenin de bu fiilden dolayı cezalandırıldığını belirten bir mahkûmiyet kararı getirilmesi gerektiği belirtilerek hukuki sorumluluk davasına bir önşart (dava şartı) getirilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun aşağıya alınan örnek kararında olduğu gibi daha pek çok kararında bu husus açıkça belirtilmiştir.

“Hâkimlerin sorumluluğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ile 576, maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 14.11.1970 gün ve 186/623 sayılı kararında usulün az önce sözü edilen maddelerine değinilerek aynen şöyle denilmiştir; "...Kanun bu gibi davalarda dava sebeplerini tahdit etmiş, görevli mercileri özel suretle belirtmiş, dava sabit olmadığı takdirde davacının para cezası ve tazminat ile sorumlu tutulmasını emretmiştir. Bu hükümler Hâkimin vicdani kanaatindeki bağımsızlığını, yargı erkinin herhangi bir etki altında kalmamasını ve adalete güven duygusunun sarsılmamasını temin amacıyla Yasa'ya konulmuştur. Gerçekten Hâkimlerin hukuki sorumlulukları nedenine dayanan davalar özel usul ve müeyyidelere bağlanmadığı takdirde ilgililerce kötüye kullanılarak Hâkim hakkında red sebepleri ihdas edilmesi kolaylaşacak, mahkemelerin gereği gibi çalışmasına ve adaletin selamete dağıtılmasına helal gelebilecektir. Bu itibarla söz konusu özel hükümler hem meydana gelecek zararlı durumu düzeltip tamir etmek hem de haksız

davaları önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Davalı Hâkimin sonradan ölmüş bulunması davanın bu nitelik ve özelliklerini değiştirmez.

Yargıtay Üyelerinin de geniş anlamı ile ve genel olarak "Hâkim" kavramının kapsamına girdiğinde tereddüt olunamaz. Yukarıda Hâkimlerin hukuki sorumlulukları açısından değinilen genel esasların Yargıtay Üyeleri için de geçerli olduğu ve diğer Devlet Memurlarının tabi oldukları görevden sorumluluk hakkındaki, genel kurallara tabi tutulamayacakları tartışmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. O halde Yargıtay Üyelerinin de Yasalarla belirlenen sınırlı hallerde görevlerinden dolayı Hukukten sorumlu olduklarının kabulü gerekir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 13/2.maddesi Yargıtay Üyeleri aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına bakmayı Yargıtay'ın görevleri arasında saymış, aynı Kanunun 15/3.maddesi de Yargıtay Üyeleri hakkındaki davalara Hukuk ve Ceza Genel Kurullarında bakılacağını öngörmüştür. Yargıtay Kanunun bu hükümlerle Yargıtay Üyeleri hakkındaki davalara bakacak mercii göstermiş ancak onların hangi hallerde sorumlu tutulacaklarını özel olarak tespit etmemiş ve diğer Hakimler hakkındaki kurallara da gönderme yapmamıştır. Bu konuda Bidayet Mahkemesi Hakimleri hakkında düzenlemede bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ve müteakip maddelerindeki sorumluluk hallerinin Yargıtay Üyeleri hakkında uygulanıp uygulanamayacağı incelenmelidir. Bu maddelerde Yargıtay Üyelerinden söz edilmediğinden 573.maddedeki "Hâkim" sözünün de sorumluluk nedenleri açısından sadece 575/2.maddede sayılanları hedef tuttuğunun kabulü gerekir. Zira 573 ve bunu izleyen maddelerin tedvini sırasında mahalli mahkeme Hâkimlerin sorumluluk sistemi içerisinde Yargıtay Üyelerine değinilmediği ve onlar hakkında düzenlemede bulunulmadığı halde 573.maddedeki "Hâkim" sözünün sorumluluk

nedenleri bakımından Yargıtay Üyelerini de kapsamına aldığı düşünülmesi yorum kuralları ile bağdaştırılamaz. Bu açıklamalardan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki sorumluluk hallerinin Yargıtay üyelerini kapsamadığı sonucuna varmak gerekir. Aşağıda değinileceği üzere Anayasa'nın Yargıtay Üyelerinin görevden dolayı cezai sorumluluklarının tespitini bir Anayasa müessesesine bağlamış olması da bu düşüncüyü ayrıca doğrular. Diğer taraftan usulün 573 ve müteakip maddeleri istisnai ve sınırlı bir alanla düzenlemede bulunduğundan kıyas yolu ile uygulama alanının genişletilmesi de mümkün değildir. O halde Yargıtay Üyeleri hakkında hangi hallerde görevden dolayı tazminat davası açılacağına Yasa ile belirlendiğinden söz edilemez. Bu durum karşısında sorun temel düzeni oluşturan Anayasa ve genel ilkeler esas alınarak çözümlenmelidir...

Bu açıklamaların sonucu olarak usulen görevli merci tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Yargıtay Üyeleri hakkında Hukuk Genel Kurulu'nda açılan tazminat davasının görülmesinin mümkün olmadığı kabulü gerekir. Diğer bir anlatımla ceza mahkûmiyet kararı dava şartıdır. Nasıl ki az önce de açıklandığı üzere Yüce Divan'da yargılanması gereken bir kişinin bundan feragatı hukuki sonuç doğurmuyorsa, asıl görevi yasaların ülkenin her yerinde aynı biçimde ve dolayısıyla eşit olarak uygulanmasını sağlamak olan Yargıtay Üyeleri de hukuki sorumluluklarının tabi olduğu usulden vazgeçemezler.

Olayda yukarıda açıklandığı üzere cezai sorumluluğu tespit eden bir karar ibraz edilmemiş bulunduğundan dava dilekçesi örneklerinin davalılara tebliğ edilmesine,

*duruşma yapılmasına gerek kalmaksızın ve işin esasına girilmeksizin dilekçenin reddi gerekir"*¹³⁷

Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararı öğretide eleştiri almıştır. Zira hukukî sorumluluk için, kural olarak aynı fiilden mahkûm edilmiş olmak şart olmadığı halde böyle bir dava şartı getirilmesi durumunda görevle ilgili bir suçtan dolayı aleyhine mahkûmiyet kararı verilmemiş Yargıtay Başkan ve üyelerinin hukukî sorumluluğu söz konusu olamayacaktır. ve bu da hak arama özgürlüğüne vurulmuş bir darbedir.

3. Danıştay Üyeleri

Danıştay başkan ve üyelerinin “hâkim” sınıfından oldukları konusu tereddütsüzdür. Nitekim 2575 sayılı kanunun 4. md. uyarınca “*Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeler Yüksek Mahkeme hâkimleri olarak... görev yaparlar*” denilmektedir. Bu nedenle, Danıştay başkan ve üyelerinin de zararlandırıcı eylemleri nedeniyle hukuksal sorumlulukları “hâkim” sıfatları sebebiyle HUMK 573. md. kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak burada da davanın hangi mahkemede görüleceği ve hangi usulde yapılacağı hususu tartışmalıdır. Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumlulukları ile ilgili yapılan eleştir ve izahlar burada da söz konusudur.

4. Diğer Yüksek Yargı Üyeleri

Anayasamızda sayılan diğer yüksek mahkemeler; Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'dir. Yüksek Mahkeme üyesi olmaları nedeniyle bu üyelerin de “hâkim” olduklarını ve diğer açıklanan yüksek hâkimler gibi hukuki sorumluluk davalarında “davalı hâkim” sıfatını almaları

¹³⁷ Yargıtay HGK (Bidayet) 22.06.2005 T,2005/2 E,2005/2 K. Sayılı ilmi

gerektiğini kabul etmek gerekir. Aksi düşünce bu üyelerin bidayet mahkemesi olarak yaptıkları yargılamalarda sorumlu tutulamayacakları gibi bir anlama gelecektir¹³⁸ ki hukuk devleti içerisinde bunun kabulü mümkün değildir.

E. HÂKİMLERİN YARGISAL FAALİYETLERİNDEN (GÖREVLERİNDEN) DOĞAN ZARARLARA KARŞI DEVLETİN SORUMLULUĞU

Hâkimlerin idari faaliyetinden doğan zararlar için, hizmet kusuruna dayanılarak Adalet Bakanlığı aleyhine idari yargı makamlarında tam yargı davasının açılabilmesi tartışmasıdır¹³⁹. Bu konuda hem öğretide hem de uygulamada tereddüt yoktur.¹⁴⁰ Ancak devletin yargılama faaliyeti dolayısıyla mali sorumluluğu uygulamada kabul edilmemektedir. Bu konuda gerek Yargıtay gerekse de Danıştay'ın aynı görüştedir ve bu konuda birçok emsal kararları mevcuttur. Her iki Yüksek Mahkeme'ye göre de Adalet Bakanlığı'nın memuru durumunda olmayan hâkimlerin yargısal görevleri sırasında hukuka aykırı eylemlerinden ötürü bakanlık makamı hasım gösterilmek suretiyle tazminat istenemez.

Danıştay, İstanbul 2. Sulh Ceza Mahkemesince verilen toplatma kararı nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zarara ilişkin Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davada yerel mahkemece verilen “mahkeme kararlarının idari işlem yada eylem olmadığı gerekçesi ile incelenmeksizin reddine dair kararı *“görevi kapsamında yürütülen hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığının ajanı konumunda olmayan*

¹³⁸ Aydınalp a.g.e.,s.203

¹³⁹ Kuru a.g.m.s, 706

¹⁴⁰ Hakeri a.g.e. ,s.7

hâkimlerin verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığının sorumlu tutulma olanağı bulunmadığı” tespiti ile onamıştır. İlgili kararda şöyle denilmektedir.

“T.C.Anayasasının 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı, 125. inci maddesinin 1.fikrasında ise idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, aynı maddenin son fıkrasında da, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kuralı yer almaktadır. Yukarıda anılan Anayasa hükümlerine göre, idarenin hukuki sorumluluğunun kendi işlem ve eylemleriyle sınırlı olduğu, mahkemelerin ise, idari fonksiyonun dışında yer alan ve yargı yetkisi kullanan bağımsız organlar oldukları ve bu haliyle hâkimlerin yargılama fonksiyonu kapsamında yaptıkları görev nedeniyle idarenin ajanı sayılamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, bir zararın varlığı, zararı doğuran işlem veya eylemin idareye yüklenebilir olması, zararlar işlem veya eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu genel koşullardan birinin yokluğu halinde kural olarak idarenin sorumluluğu ortadan kalkar. Gerçekten ortada bir zarar yoksa idarenin tazminat ödemesi söz konusu olamayacağı gibi, idare veya idari faaliyetle ilgisi olmayan bir zararı idareye ödettirme olanağından da söz edilemez. Zararla idari faaliyet bir başka deyişle idari eylem veya işlem arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin yokluğu halinde idarenin hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır.

Olayda, tazmini istenilen zarar, davacıların yayıncısı ve yayın sorumlusu oldukları kitabın toplatılması yolundaki mahkeme kararının, gerekli inceleme

yapılmadan haksız olarak verilmesinden kaynaklandığı iddiasına dayandırılmaktadır.

Bu itibarla, yargılama görevi kapsamında yürütülen hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığının ajanı konumunda olmayan hâkimlerin verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığının sorumlu tutulma olanağı bulunmamaktadır.”¹⁴¹

Yine yargılama faaliyetinden doğduğu ileri sürülen zarardan dolayı Adalet ve Maliye Bakanlıklarına karşı asliye hukuk mahkemesinde açılan bir davanın temyiz incelemesinde Yargıtay’ın verdiği karar şu şekildedir.

“Dava, yargılama faaliyeti nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazminine ilişkindir. Adalet ve Maliye Bakanlıkları hasım gösterilerek açılan dava, mahkemece reddedilmiştir. Karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Hâkimlerin yargılama faaliyetinden doğan zararlardan dolayı Adalet Bakanlığına karşı dava açılmaz Hâkimler, Adalet Bakanlığı’nın ajanı, çalışanı değildir. Ancak varsa kişisel kusurları, buna dayanılarak genel hükümler uyarınca onlar aleyhine dava açılabilir. Mahkemece, Adalet Bakanlığı hakkındaki davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmek gerekirken işin esasının incelenmiş olması ve öte yandan, davalılardan Maliye Bakanlığı’na olay nedeniyle husumet yöneltilemeyeceğinin gözetilmemiş olması da bozma nedenidir”¹⁴²

Öğretide, hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden doğacak zararlardan, devletin sorumlu tutulamayacağına dair ağırlıklı bir görüş birliği var ise de devletin

¹⁴¹ Danıştay 10.Daire,30.06.2006 T,2004/10337E, 2006/4726 K. Sayılı kararı

¹⁴² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi. 19.01.2009 T, 2008/5905 E, 2009/559 K,Sayılı kararı

sorumluluğunun bulunması gerektiğine dair görüşler de vardır¹⁴³. Şahsi görüşümüz ise bir kısım görüşlerde de belirtildiği üzere hâkimler bu fevkalade yetkiyi devlet adına kullanmaktadırlar ve zaten sınırlı şekilde sayılmış hukuka aykırılık durumlarında devletin en azından 2.derece sorumluluğunun bulunması gerektiğidir.

Henüz yasalaşmamış olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarında hâkimlerin sorumluluğu bakımından devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği açıkça düzenlenmiştir.(HMK Tasarı madde 51)

F. CUMHURİYET SAVCILARININ HUKUKİ (TAZMİNAT) SORUMLULUĞU

Türk Hukuk Sisteminde Cumhuriyet Savcılığı, bir suçun işlenmesinden başlayarak, nihai karar (kesin hüküm) verilinceye kadar geçen süreçte, kamu adına soruşturma yürütmek, dava açmak, yapılacak yargılamada iddia makamını temsil etmek, gerektiğinde kanun yollarına başvurmak ve kanunun açıkça yetki verdiği hallerde hukuk davası açmak, bu davalara katılmak gibi adli görevlerinin yanında, mahkemelerce verilen kararların infazını sağlamak, noterleri, icra-iflas müdürlükleri ile mahkeme kalemleri ve veznelerini denetlemek gibi idari görevleri olan, yargı örgütü içinde yer alan kurumdur. Bu kurum adına hareket eden kişilere ise “*Cumhuriyet Savcısı*” adı verilir¹⁴⁴.

¹⁴³ Bu konuda bkz Karafakih, İ. H.; (1956), *Hakimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Mesuliyeti*, SBFD, XI/3.s.46-47, Kuru, B.; Arslan, R.; Yılmaz, E.: (2006), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 17. baskı.s.915 vd.,H. Hakeri, (1999), *Haksız Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi*, Ankara, 1999, s. 54.)

¹⁴⁴ Saldırım, M.; (2005), *Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri*, Ankara, 1.baskı,s.24-25

Doktrinde savcılığın görevinin adli görev mi, yoksa idari görev mi olduğu hususunda görüş birliği yoktur. Daha doğrusu ağırlıklı görüş savcılığın tüm eylem ve işlemlerinin kazaî değil idarî mahiyette olduğu ve yürütme organı içerisinde yer aldığı, dolayısı ile savcılara karşı HUMK'un hükümlerine dayanarak tazminat davası açılmayacağı, meydana gelen zarar bakımından hizmet kusuruna dayanarak, Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemesinde tam yargı davası açılabileceği, oluşan zarar kişisel kusurlarına dayanıyorsa, haksız fiil hükümleri uyarınca adalet mahkemelerinde tazminat davası açılabileceği hususundadır¹⁴⁵.

Bu görüşün doktrinde yaygın kabul haline gelmesinde Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin yerleşik içtihat haline getirdiği '*Savcılar hakim değillerdir.... Savcıların gördükleri işin tamamen idari olduğu*'na dair kararlarının¹⁴⁶ da etkisi olmuştur. Bu tartışmaya ışık tutacak ve ilgili daire ile doktrindeki “savcılığın adli görevi yoktur” görüşlerine katılmayan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2009 tarihli bu konudaki ilk ve tek kararını burada incelemekte fayda var.

¹⁴⁵ Bu konuda bkz. Kunter, N.; Yenisey, F.; Nuhoglu, A.; (2006), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 15. Baskı, Öztürk, B.; Erdem, R. M.; Özbek Ö. V.; (2002), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 7. Baskı, Soyaslan, D.; (2000), *Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku*, Ankara, Köni, B.; (1960-1961), *Ceza Muhakemesi Ders Notları*, Ankara., E. Tercan, (1995), *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HMUK 573–576) Hâkim kavramı Açısından Uygulama Alanı*, AÜHFD, cilt 44, sayı 1-4, Kılıçoğlu, A.; (1973), *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, AÜHFD, cilt XXX, S. 1-4.)

¹⁴⁶ “*Savcılar hakim değillerdir.... Savcıların gördükleri iş tamamen idari olduğuna, talep idari bir karar ve fiilin sonucunda meydana gelmiş bir zararın tazmini isteğinden ibaret bulunduğu, davacı bu sebeple Hazineyi hasım göstermediğine göre gerçekten bir hizmet kusuru bulunup bulunmadığını inceleme görevi DK. M.30 gereğince Danıştay'a aittir....Bir olayda kişisel kusura dayanılmadıkça umumi mahkemeler (adalet mahkemeleri) görevli değillerdir' 4.HD.18.05.1965 2459/2689)*

‘Özel Dairece, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapılan yargılama sonunda: “Davacının iddiasının kapsamına göre zararlandırıcı eylemin BK.nun 41.maddesi anlamında haksız eyleme dayalı olduğu, HUMK.nun 573 ve devamı maddeleri kapsamında olduğu düşünülse dahi davalıların Cumhuriyet Savcısı oldukları, faaliyetlerinin yargısal değil idari nitelik taşıdığından hakimlerin sorumluluğuna ilişkin anılan maddelerin uygulanma olanağı bulunmadığı, kişisel kusura dayalı eldeki davanın genel hükümlere göre incelenmesi gerektiği ve davaya bakma görevinin Adliye Mahkemelerine ait olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine” oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Karşı görüşte, cumhuriyet savcılarının iddianame düzenleme görevinin idari olmadığı, davanın HUMK. nun 573 vd maddelerine göre çözümü gerektiği, davalıların birinci sınıf olup olmadıklarının araştırılmasından sonra, birinci sınıf iseler görevli bulunan özel dairece karar verilmesi gerektiği, ifade edilmiştir.

Uyuşmazlık; davalı cumhuriyet savcılarının düzenledikleri iddianame nedeniyle zarara uğranıldığı iddiasıyla ve kişisel kusurlarına dayanılarak açılan manevi tazminat davasına bakma görevinin hangi mahkemeye ait olduğu noktasında toplanmaktadır.,,

...Kısaca özetlenecek olursa, sözleşme dışı sorumlulukta asıl olan kusura dayanan sorumluluktur (BK. m. 41). Ne var ki, sorumluluğu ağırlaştıracak, hafifletecek ve sınırlayacak özel durumlar da söz konusudur; bu gibi durumların varlığından söz edebilmek için kanun koyucunun özel bir hükmünün varlığı zorunludur, kanun boşluğundan söz edilerek yeni durumlar yaratılması olanağı yoktur. Nitekim, usul hukukumuzda görevli mahkemenin belirlenmesinde tarafların sıfatının etkili olduğu böyle özel haller mevcuttur ve genel hükümlerden ayırık

hükümlerle düzenleme altına alınmıştır. Bunlardan birisi de 1086 sayılı HUMK. nun 573 ve devamı maddelerinde yer alan hâkimlerin mesuliyetine (sorumluluğuna) ilişkin hükümlerdir. Bu hükümlerde, genel kurallardan ayrılmak suretiyle, salt hâkimlere karşı ve sayılan hallerle sınırlı olmak üzere tazminat talep edilebilmesi, bunun yöntemi, koşulları ve sonuçları özel olarak düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemenin istisnai ve sayılan hallerle sınırlı bir düzenleme olduğu, kendine özgü şartlar içerdiği her türlü duraksamadan uzaktır. Bunlar, öylesine kendine özgüdür ki, anılan maddelerde sadece davaya konu olabilecek hallerin sınırlı olarak sayılması ile yetinilmemiş; görevli mahkemenin belirlenmesinden, dilekçenin içeriği ve delillerin eklenmesi usulü, yargılama biçimi ve sonuçta verilecek kararın niteliği, davanın ispat edilememesi halinde davacı aleyhine resen tazminata ve cezaya hükmedilmesi gereğine kadar, diğer tazminat davalarından tamamen ayırık düzenlemeleri içinde barındırmıştır. Bunun altında yatan neden ise, yargı faaliyetinin ve onun en önemli unsuru olan hâkimin statüsünün gözetilmiş olmasıdır.

Hâkimler için durum bu iken, cumhuriyet savcılarına karşı açılacak tazminat davaları yönünden ne açıklanan bu maddelerde ne de başka bir yasa maddesinde açık bir hükme yer verilmemiştir. Hâkimlerin de, cumhuriyet savcılarının da hem idari hem de yargısal görevlerinin bulunduğu yasal düzenlemelerde belirtilmektedir...

Açıklandığı üzere, hâkimlerin sorumluluğuna ilişkin HUMK.573 ve devamı maddeleri istisnai hükümlerdendir. Kanunda sayılan istisnaların ve sınırlı düzenlenen usul hükümlerinin yorum yoluyla değiştirilmesi veya genişletilmesi olanağı bulunmamaktadır. Maddede sayılmayan ceza hâkimlerinin de bu madde kapsamında düşünülmesi gerektiğini kabul eden 25.03.1931 tarih ve 1931/19 E-

1931/35 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ise, maddedeki “Hâkim” ibaresinden yola çıkılarak verilmiş olup; değiştirme veya genişletme olarak düşünülemez ve cumhuriyet savcılarının da bu maddeler kapsamında kabul edilebilmesi için uygun bir emsal olarak kabul edilemez. Şu durumda, HUMK.573 ve devamı maddelerinin, maddede açıkça sayılmayan cumhuriyet savcıları yönünden de yorum yoluyla uygulanabileceğini kabule olanak bulunmamaktadır.

Sonuç itibariyle; davalı cumhuriyet savcıları, istisnai bir hüküm olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 573 ve devamı maddelerinde açıkça sayılmayıp; bu maddelerin istisnai ve usule ilişkin hükümler olması nedeniyle yorum yoluyla genişletilmesi ve değiştirilmesi olanağı da bulunmadığından, İlk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin, davanın 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 41 ve devamı maddelerine dayalı tazminat davası olarak nitelendirilmesi usul ve yasaya uygun olup, bu yönüyle kararın onanması gerekir.

Ne var ki, özel daire kararında “Cumhuriyet Savcılarının faaliyetlerinin yargısal değil, idari nitelik taşımasına göre” ibaresine de yer verilmiştir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında çoğunluk bu görüşe katılmamış; daire kararının gerekçesinden bu bölümün çıkarılması gerektiği görüşünü bildirmişlerdir. Yukarıda açıklanan hâkim ve savcılara ilişkin yasal düzenlemelerde de yer aldığı üzere hakim ve savcıların hem yargısal hem de idari görevleri bulunmaktadır. Diğer taraftan, fonksiyonel bakımdan yargı organları, yasama ve yürütmeden ayrıdır. Bağımsız bir organ olan yargının, yargılama süreci ile ilgili işlemleri, Anayasa’nın 125. maddesinde öngörülen “idari işlemler” kapsamına girmemektedir. Savcıların yargılama fonksiyonu dışında, yasalarla verilmiş idari görevleri de bulunduğundan,

yaptıkları idari görevler nedeniyle ve bu kapsamda tesis edilen işlemlerden dolayı Adalet Bakanlığının sorumlu tutulabileceği açıktır.

Ne var ki, idari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olan, ancak, yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığı'nın ajanı konumunda olmayan savcıların verdiği kararlardan dolayı, yürütme fonksiyonu içinde yer alan Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutulmasına olanak bulunmamaktadır. Cumhuriyet savcılarının yargılama fonksiyonu içindeki faaliyetlerinden en başta geleni iddianame düzenlenmesi ve kamu davasının açılması, takibi, karara karşı yasal yolların kullanılmasıdır..., savcılık, iddia görevini yerine getiren, gereğinde sanığın haklarını da gözeten bir yargılama makamı olması yanında, yargılama faaliyeti içinde fiilen ve hukuken yer alan bir unsur olarak da kabul edilmektedir. İdari görevlerinin varlığı savcılığın aynı zamanda yargılama görevlerinin varlığını kabule engel değildir. Nitekim, hâkimlerin de idari görevleri vardır ve bu görevler yargısal görevlerini ortadan kaldırmamaktadır. Dava açılması ve buna ilişkin iddianamenin düzenlenmesi tümüyle yargısal faaliyettir. Bu faaliyetin yerine getirilmesinde salt kişisel kusurlu davranışla zarara yol açıldığında cumhuriyet savcısının kişisel sorumluluğu doğar. Zira iddianame idari bir işlem olmayıp, bu işlemin iptalinin dava konusu edilmesi de olanaklı değildir. İddianamenin kabulü ya da reddi yargı faaliyeti içinde ve kanunda yer alan koşullarla ancak mahkeme kararıyla mümkündür. İddianame, yargılamanın başlayıp yürütülmesindeki rolü nedeniyle yargılamaya dâhildir ve yargılamadan ayrı düşünülemeyecek nitelikte olması nedeniyle de idari faaliyet kapsamında değerlendirilemez.

Ne var ki, iddianamenin yargılama faaliyetine dâhil olması da, tek başına eldeki davada 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ve devamı maddelerinin uygulanmasına yetmemektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu işlemi yerine getiren kişinin Cumhuriyet Savcısı olması ve maddede açıkça Cumhuriyet Savcılarının sorumluluğunun düzenlenmemesi karşısında, 1086 sayılı HUMK. nun 573 ve devamı maddelerinin somut olay yönünden uygulama yeri bulunmamakta; konunun genel hükümlere göre Adliye mahkemelerinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Sonuç itibariyle; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın karar metninden “Cumhuriyet Savcılarının faaliyetlerinin yargısal değil idari nitelik taşımasına göre” ibaresinin çıkarılarak yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle onanması..”¹⁴⁷

Kararda açıkça görüldüğü üzere Hukuk Genel Kurulu 4.HD'nin ve doktrinin “Cumhuriyet Savcılarının faaliyetlerinin yargısal değil idari nitelik taşıdığı” görüşüne karşı çıkmış ve savcıların da hâkimlerin de hem idari hem de yargısal görevlerinin bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak bununla birlikte yasakoyucunun kanunda açıkça düzenlememesi nedeniyle ve kıyas yolu ile de genişletilemeyeceği gerekçesi ile savcılara karşı HUMK'un 573.maddesi uyarınca dava açılmayacağı belirtilmiştir.

Bir diğer yüksek yargı organı olan Danıştay ise savcıların bir kısım faaliyetleri nedeniyle zarara uğradıkları iddiası ile Adalet Bakanlığı aleyhine açılan tam yargı davalarında , “savcılığın yargısal işlemi ve bunun icrasında doğan

¹⁴⁷ Yargıtay HGK,07.10.2009T,2009/4-361E(Bidayet), 2009/399K.Sayılı kararı

*zararlar için devletin mali sorumluluğuna hükmetme ve tazmin ettirme olanağı bulunmadığı” gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.*¹⁴⁸

Şahsi kanaatimce; Anayasamızda kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsenerek devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinden oluştuğu kabul edilmiş ve yargı erki üçüncü bölümde düzenlenmiş olup, savcılık da yargı erkinin içerisinde yer almaktadır. Eğer Savcılık yürütmeye dahil olsa idi, yargı kısmında değil, yürütmenin düzenlendiği bölümde yer alması icap ederdi. Yine Anayasamızın 140/ 5. maddesi ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 5/son.maddesinde hâkim ve savcı ayrımı yapılmaksızın ‘hakim ve savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanına bağlı’ oldukları açıkça düzenlenmiştir. Savcılarının idari yönden Adalet Bakanına bağlı olması onların yürütmeye dahil oldukları anlamına gelmez. Adalet Bakanı savcılara adli işlerle ilgili emir ve talimat veremez. (Dava açıp açmama ,ne şekilde mütalaa veya tebliğ name yazılacağı, gözaltı kararı verilip verilemeyeceği ..vb) Halbuki idari hiyerarşilerde üst, asta konusu suç teşkil etmeyen her türlü emir ve talimatı verebilir. Ayrıca sistemimizde hakim ve savcılarının atanmaları, teminatları ve özlük hakları arasında da herhangi bir farkın bulunmamaktadır. Keza hakim ve savcılarının idari ve cezai soruşturmaları da aynı hükümlere tabi kılınmıştır. Kura usulü ile belirleme yapıldıktan sonra fiilen görev sırasında ayrıca hiçbir işlem yapılmadan HSYK kararı ile hakimlik ve savcılık mesleği

¹⁴⁸ “Hakkında açılan kamu davası sonucunda beraat ettiğinden bahisle savcılık tarafından araca el konulması sonucu uğranılan zararın tazmini istemine yönelik davanın, savcılığın yargısal işlemi ve bunun icrasında doğan zararlar için devletin mali sorumluluğuna hükmetme ve tazmin ettirme olanağı bulunmadığından reddi gerekeceği”. Danıştay 10. Dairesinin 10/03/1988 tarih ve E:1986/756, 1988/401 sayılı kararı

değiştirilebilmektedir. Neticeten, Cumhuriyet savcılarının yürütme organı içerisinde yer aldığının kabulü mümkün olmayıp yargı örgütü içerisinde yer aldıkları ve işlemlerinin hakimlerde olduğu gibi daha çok adli nitelikte olduğu ve bir kısım idari işlemlerinin de bulunduğu şeklindedir ki adli nitelikteki yargısal görevlerini yerine getirirken vermiş oldukları zararlandırıcı eylem ve işlemlerine karşı hâkimler gibi HUMK'daki özel sorumluluk hükümlerine tabi olduklarının kabulü gerekir.

G. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISINDA HÂKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU¹⁴⁹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda hâkimlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin Anayasamızın 129 maddesine paralel bir düzenleme getirilmiştir. HMKT 'de düzenleme "Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Hukuki Sorumluluğu" başlığının verildiği üçüncü bölümde hâkimin reddinden sonra 51–54'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede getirilen en büyük yenilik hâkimlerin sorumluluklarından ötürü açılacak olan tazminat davalarının Devlet aleyhine açılmasıdır. (md. 52). HMUK 573.maddesinde tahdidi olarak sayılan hâkimlerin hukuki sorumluluk şartlarının 7.bent dışında HMKT tarafından da aynen benimsendiği görülmektedir. Zaten 7.bentteki düzenleme mevcut 6.bent ile yeni 52/1-e maddesinin içeriğinde düzenlenmiş olduğundan tekrara düşmemek için ayrıca düzenlenmemiştir.¹⁵⁰

HUMK'un 573–576'ncı maddelerinde düzenlenen hâkimlerin kusurlu davranışlarından doğan zararlara karşı ilk etapta Devletin sorumlu tutulamayacağı, hâkimlere şahsi dava açılacağı yönündeki esastan ayrılmış ve hâkimlerin yargısal

¹⁴⁹ Bkz, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmgk/hmk.pdf>, Erişim tarihi 21.09.2010)

¹⁵⁰ <http://www.inisiyatif.net/document/42.asp> erişim tarihi 21.10.2010)

faaliyetleri nedeniyle vermiş oldukları zarardan ilk etapta Devlete karşı tazminat davası açılacağı, devletin de hâkime rücu edebileceği hükmü getirilmiştir.¹⁵¹

Tasarı'da açılacak tazminat davalarında yetkili ve görevli mahkemeler de düzenlenmiştir. Buna göre, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimleri için Yargıtay ilgili hukuk dairesi, Yargıtay başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanlar içinse Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda dava açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla dava görülür. Yargıtay ilgili dairesinin verdiği kararlara karşı temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda, bu kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla vermiş olduğu kararlara karşı temyiz incelemesi de Yargıtay Büyük Genel Kurulunda yapılır¹⁵².

¹⁵¹ www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/37 ELMACI Şerafettin '*Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması*' s.212)

¹⁵² Elmacı, a.g.m.s.213

SONUÇ

Roma Hukuku'ndan başlayarak günümüze kadar gelen tüm hukuk sistemlerinde yargı erkinin içerisindeki en önemli organ olan mahkemelerde görev alan hâkimler diğer devlet memurlarına nazaran müstesna bir yere sahip olmuşlardır. Gerçekten niza durumunda haklıyı haksızdan ayırma görevi kutsal bir görevdir. Bu açıdan hâkimlik yapacak kişi, seçilmesi, eğitimi, bağımsızlığı, teminatı gibi hususlar hukuk sisteminin işlerliği açısından son derece önemlidir.

Roma Hukuku'nda hâkimlik, özel yargılama sisteminde meslek olarak yapılmamaktaydı. Bu sistemde, hususiyeti tezimiz içerisinde açıklanan özel kişiler iki aşamalı bir işlemle belirli bir uyuşmazlığı çözmek amacı ile hâkim olarak atanırdı. Taraflar uyuşmazlığı çözecek olan hâkimi *album iudicium* denilen hâkim olabilecekler listesinden seçer ve akabinde *magistra* tarafından bu kişi o uyuşmazlıkla ilgili uyuşmazlığı çözmek göreviyle hâkim olarak atanırdı. İlk defa sistem dışı yargılamada mahkemelerde görevli memurlar olarak imparator ve üzerinde bulunan yüksek yargı organı sayılan kişi ve kurumlara bağlı olarak çalışan hâkimler atanmıştır. Her iki sistemde de bizce en dikkat çekici olan hâkim olacak kişinin hukuk fakültesi mezunu olması yani hukuku bilme şartı aranmaması ve bu hususta da tüm dönemlerde herhangi bir değişikliğe gidilmemiş olmasıdır.

Çağdaş Türk Hukuk Sisteminde ise hâkimlik mesleğini icra edecek olan kişilerde belli özellikler aranmıştır. Ve bunların en önemlisi de hiç kuşkusuz hukuk bilgisine sahip olmaları (belirli kontenjanda idari hâkim olacaklar hariç hukuk fakültesi mezunu olmaları) gerektirir. Hâkim olacak kişiler yapılan sınav ve mülakatla seçim sürecini geçtikten sonra aday olarak kabul edilerek staj eğitimine tabi tutulurlar. Bu eğitimin sonunda başarılı olanlar, yetkili kurul tarafından mesleğe

kabul edilirler. Bağımsız mahkemelerde anayasal güvencelerle görevlerini ifa ederler ve yargısal faaliyetleriyle ilgili anayasal ifadeyle hiç bir organ, makam, merci veya kişi kendilerine emir ve talimat veremez, tavsiye veya telkinde bulunamaz.

Adil yargılanma hakkı en temel insan haklarından biridir. Bu durum AİHS'nin 6. Maddesi'nde “ *Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...*” şeklindeki düzenlemede de kendini gösterir. Bu hak kapsamında hâkimlerin sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira hâkimlere tanınan ekstra yetki ve teminatlar onların kişisel bir ayrıcalığı olmayıp, görevleri itibarı ile kişi hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olma görevlerini yerine getirmeleri için bir gereklilik olarak verilmiştir. Tezimizin konusunu oluşturan hâkimin hukuksal sorumluluğu hukuka aykırı bir kararın neden olduğu olumsuz etkiyi tam olarak ortadan kaldırmasa bile uğranılan zararın telafi edilmesini sağlamaya yönelik haksızlığa uğrayana tanınmış önemli bir haktır.

Roma Hukuku özel yargılama sisteminde kanun yolu bulunmadığı için hâkimin verdiği kararlar kesindi. Bu nedenle muhtemel verilecek yanlış ve hatalı kararın sonuçlarına, bu karardan zarar gören taraf katlanırdı. Bu kapsamda daha bu döneminde çözüm olarak hâkimin hukuksal sorumluluğu kabul edilmiştir. *Si iudex litem suam fecit* adlı *edictum*'da ilk kez hâkimin hukuksal sorumluluğunun nedenleri düzenlenmiştir. Roma hukuk sistemi içerisinde Klasik Hukuk Dönemi boyunca kanun yolunun alternatifi olarak hatalı kararlara karşı önlem veya telafi amaçlı olarak ‘*iudex litem suam fecit*’ yani hâkimin uyuşmazlığı kendisine mal etmesinden kaynaklı

sorumluluğu sistemi uygulanmıştır. Hâkimin, hukuksal sorumluluğunu gerektiren başlıca davranışları; şekle ilişkin sayılan *formula metinlerinin* dışına çıkma, rüşvet alma, taraf tutma, taraflardan birine hasmane davranma, kasten veya ağır ihmali ile hukuka aykırı karar vermesidir. Özel yargılama sisteminde hâkimin hukuksal sorumluluğunun kabul bu şekilde kabul edilse de litem *suam fecit*'e ait uygulama örneğine kaynaklarda rastlanılamamıştır.

Hukuk sistemimizde hâkimlerin idari, cezai ve hukuki sorumluluklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Konunun genişliği nedeniyle tezimizde Roma Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da hâkimlerin hukuki(tazminat) sorumluluklarını inceledik. Hâkimlerin görevlerini yaparken yürüttükleri idari ve yargısal görevleri vardır. Hâkimler idari görevlerini hâkim sıfatıyla değil, idari bir makam olarak Adalet Bakanlığı adına yaparlar ve bu işlemlerin hâkimlik sıfatıyla hiçbir ilgisi yoktur. Hâkimlerin kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi gibi idari faaliyetleri sırasında doğacak zararlar için hizmet kusuruna dayanarak, Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemelerinde tam yargı davası açılır. Ayrıca, hâkimlerin idari faaliyetlerinden doğan zararlar memuriyetle ilgisi olmayan salt kişisel kusurlarına dayanmakta ise ve yine yargılama sırasında taraflara yönelik *haksız fiil* niteliği taşıyan tutum ve eylemleri (taraflardan birine veya vekiline hakarete bulunma gibi) var ise haksız fiil hükümlerine göre (*BK md.41 vd.*) adli mahkemelerinde tazminat davası açılabilir.

Hâkimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle hukuksal sorumluluklarına gelince işin niteliği gereği HUMK 573-576 maddeleri arasında düzenlenen ve tahdidi olarak sayılan sebepler nedeniyle kişisel sorumluluklarının söz konusudur. Ve tabi olayda, olayda, kast veya ağır ihmal unsurlarının bulunması zorunludur. Aslında idare

Anayasanın 125.maddesine göre kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür ancak mahkemelerin idari fonksiyonun dışında yer alan ve yargı yetkisi kullanan bağımsız organlar olmaları ve bu haliyle hâkimlerin yargılama fonksiyonu kapsamında yaptıkları görev nedeniyle idarenin ajanı sayılmamaları nedeniyle burada devletin sorumluluğuna gidilemeyip istisnai ve sayılan hallerle sınırlı bir şekilde şahsi sorumlulukları söz konusudur. HUMK md.573 vd. düzenlenen hukuksal sorumluluğa ilişkin düzenleme öylesine kendine özgüdür ki, anılan maddelerde sadece davaya konu olabilecek hallerin sınırlı olarak sayılması ile yetinilmemiş; görevli mahkemenin belirlenmesinden, dilekçenin içeriği ve delillerin eklenmesi usulü, yargılama biçimi ve sonuçta verilecek kararın niteliği, davanın ispat edilememesi halinde davacı aleyhine resen tazminata ve cezaya hükmedilmesi gereğine kadar, diğer tazminat davalarından tamamen ayırık düzenlemeleri içinde barındırmıştır. Bunun altında yatan neden ise, yargı faaliyetinin ve onun en önemli unsuru olan hâkimin statüsünün gözetilmiş olmasıdır. Diğer taraftan, bu sorumluluk sınırlandırılmış da olsa bir haksız fiil sorumluluğudur ve genel kural olan fiil-zarar - illiyet bağı kuralının da bulunması gerekir.

Roma Hukukunda kanun yolu ve dolaysı ile yüksek mahkeme niteliğindeki makam ve organlar sistem dışı yargılama döneminde ortaya çıkmıştır. Bu dönemde hâkimlerin mahkemelere bağlı devlet memuru şeklinde görev yapmaları ve yasa yollarının da kabul edilmiş olması nedeniyle hâkimlerin zararlandırııcı eylemleri nedeniyle hukuksal sorumlulukları kabul edilmemiştir. Sistem dışı yargılamada(*Cognitio Extra Ordinem*) yüksek yargı hâkimleri sayılan yargı örgütünün başında bulunan *imparator*, imparatorundan sonra gelen *praefectus praetorio* ve onların da altında görev alan *merkez ve eyalet valilerinin* de hukuki

sorumluluklarının bulunduğuna ilişkin kaynaklarda bir bilgi yoktur.

Türk yargı sisteminde hâkim sınıfında oldukları kabul edilen yüksek yargı üyelerinin yargısal eylemleri nedeniyle açılması muhtemel tazminat davalarının usulüne ilişkin yasal mevzuatlarımızda açık bir düzenleme yoktur. Yargıtay içtihatları ile yüksek yargı üyelerinin durumu diğer hâkimlerden ayrılmış bu üyeler aleyhine hukukî sorumluluk davası açılabilmesi için Anayasa Mahkemesi'nden Yüce Divan sıfatıyla tazminata neden olan fiilin aynı zamanda suç teşkil ettiğini ve dava edilecek üyenin de bu fiilden dolayı cezalandırıldığını belirten bir mahkûmiyet kararı getirilmesi gerektiği belirtilerek hukuki sorumluluk davasına bir önşart (dava şartı) getirilmiştir. İçtihatla getirilen bu dava şartı nedeniyle yüksek yargı üyelerine karşı eylemleri nedeniyle tazminat davası açmak neredeyse imkânsız hale gelmiştir.

Son olarak Anayasamız ve 2802 sayılı yasada hep aynı başlıklar altında birlikte düzenlenen ve sistemimizde iddia makamını oluşturan Cumhuriyet Savcılarının hukuksal sorumluluklarına da kısaca değinilecek olursa doktrinde ağırlıklı görüş ve Yargıtay 4.HD. nin yerleşik kararlarında savcıların tüm işlemlerinin kazaî değil idarî mahiyette olduğu ve yürütme organı içerisinde yer aldıkları, dolayısı ile savcılara karşı HUMK'un hükümlerine dayanarak tazminat davası açılmayacağı, meydana gelen zarar bakımından hizmet kusuruna dayanarak, Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemesinde tam yargı davası açılabileceği, oluşan zarar kişisel kusurlarına dayanıyorsa, haksız fiil hükümleri uyarınca adalet mahkemelerinde tazminat davası açılabileceği belirtilmiş ise de Hukuk Genel Kurulu verdiği kararlar savcılarının tüm işlemlerinin idari nitelikte bulunduğu tezine karşı çıkmış ve savcılarının da hem idari hem de yargısal görevlerinin bulunduğunu ancak bununla birlikte yasakoyucunun kanunda açıkça düzenlememesi nedeniyle ve kıyas

yolu ile de genişletilemeyeceği gerekçesi ile savcılara karşı *HUMK*’un 573.maddesi uyarınca dava açılmayacağı belirtilmiştir. Şahsi kanaatimizce bu görüş de doğru olmayıp tezimizde teferruatı yazılı olduğu şekilde savcıların da adli nitelikteki yargısal görevlerini yerine getirirken vermiş oldukları zararlandırıcı eylem ve işlemlerine karşı hâkimler gibi HUMK’daki özel sorumluluk hükümlerine tabi olduklarının kabulü gerekir.

ÖZET

Modern hukuk sistemlerinin temeli olarak kabul edilen Roma hukukundan çağımıza kadar yargı erkinin temel ögesi olan hâkimlerin, haksızlığa uğradığını düşünenlerin hak aramaları ve buna karşılık kişilerin kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda bağımsız ve tarafsız bir mahkemede hakkaniyete uygun yani adil bir şekilde yargılanmak istemleri karşısında hukuki sorumluluklarının bulunup bulunmadığı irdelenmiştir.

Hâkimlerin hukuki sorumluluğunun Roma ve Türk hukukundaki seyri, hâkimlerin yargısal faaliyetleri sırasında uyuşmazlığın taraflarına verdikleri zararlandırıcı eylemleri nedeniyle sorumlulukları kabul edilmiş ise bu sorumluluğun esas ve yöntemlerinin nelerden ibaret olacağı ve hem Roma hukukunda hem de çağdaş hukukumuzda hakimlerin bu eylemlerinin sorumluluğunun devlete mi ait olduğu yoksa şahsi bir sorumluluk mu olduğu konusu ile hakimlerin kusurlu eylemlerinde kusurun tanımı ve kapsamı incelenmiş ve esasen kanun koyucular tarafından düzenlenen kurallar gereği gibi uygulanmaz ve hukuk kurallarına aykırı davranışlar denetlenmezse, hukukun adilliği ve güvenilirliğinin sorgulanacağını Romalılardan başlayarak tüm hukuk sistemlerinde benimsenmiş olduğu ve Roma hukukunda da farklı şekilde olsa bile hukuk sistemimizde olduğu gibi hâkimlerin hukuki sorumluluklarının kabul edildiği ortaya konulmuştur.

Hâkimlerin yargısal faaliyetleri içerisindeki bu sorumluluklarının incelenmesinde öncelikle hâkim kavramı üzerinde durulmuş ve Roma usûl hukukunda, yargılama sistemlerinin ve buna paralel uyuşmalıkları çözecek hâkimlerin de dönemlere göre ciddi değişiklikler geçirdiği belirlenerek her iki sistemde de kararların denetim mekanizmalarından olan yüksek yargı ve bu sistemde

görev alan hâkimlerinin de sorumluluk sistemindeki yerleri saptanmıştır.

Son olarak hukuk sistemimizde mahkemelerin yanında yer alan ve hâkimlerle aynı teminatlara sahip olan cumhuriyet savcılarının durumu ve hukuki sorumluluk açısından hâkimlerle aralarında bir fark bulunup bulunmadığı ve yeni düzenlenmekte olan Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın sisteme getireceği yeniliklere değinilmiştir.

ABSTRACT

Adopted as the basis for modern legal systems, Roman law is the basic element of our age may be held concerning the jurisdiction of judges, calls, and the corresponding rights of people who think that injustice had been in charge against him independent and impartial court of law that is equitable claims against the legal responsibilities of a fair trial examined whether there are .

The course of Roman and Turkish law of civil liability of judges, judicial activities of judges during the responsibilities of the parties to the dispute because of the actions they agreed zararlandırıcı the principles and methods of this responsibility and what would be composed of both the Roman law, as well as responsibility for the actions of the state of contemporary judges do not have to belong to an individual Is responsibility for the definition and scope of the defect with the judges' actions were investigated and essentially flawed legislators will be organized by the rules and laws contrary to the behavior is not controlled properly, all the legal systems of law, fairness and reliability of the starting from the Romans and the Roman Law was adopted in a different way, even if legal responsibilities of judges in our system is accepted as law is brought up.

The concept of judicial activities of judges in the judges focused on the investigation of the responsibilities and procedures Roman law, judicial systems and in parallel to the judges to solve uyuşmalıkları determined by the period spent in serious changes in both systems, the control mechanisms of the decisions of the judges of high court and the responsibility involved in this system was determined locations.

Finally, the legal system of courts and judges in addition to having the same guarantees and legal responsibility for the situation in the republic prosecutor whether there are differences between judges and the system will bring new innovations that are being edited draft Civil Procedure Law has been mentioned.