

YARGITAY'IN, BAŞKAN VE ÜYELERİNİN HUKUKSAL SORUMSUZLUĞA YAKLAŞAN SORUMLULUKLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞÜNÜN ELEŞTİRİSİ

Av. Bülent ACAR (*)

I. Yönetmel Sorumluluk

Yargıtay daire başkan ve üyelerinin, yönetmel hukuk kurallarınca sorumlu tutulamayacağı görüşü tartışmalı değildir, bu konuda, bilimsel ve yargısal alanda görüşbirliği bulunmaktadır.

II. Hukuksal Sorumluluk

1730 sayılı Yargıtay Yasası'ndan önceki dönemde, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarına ilişkin HUMK. 573-576'ya göre giderim davası açılabilirdi benimsenmemektedir (1).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (YHGK'nun) belirttiği gibi, «adaletin gerçekleşmesi hâkim hakkında sorumsuzluk müessesesinin kabulünü gerektirmez. Hâkimlerin verdikleri kararlardan dolayı ilke olarak sorumlu tutulamayacakları esas olmakla beraber Ceza Hukuku açısından sorumlu olan hâkimlerin hukukî sorumluluklarının benimsenmesi de hukuk mantığının doğal sonucudur» (2).

Yargıçların/Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluğunun, yargılama etkinliğinden (faaliyetinden) dolayı sınırlı ve özel bir sorumluluk olarak düzenlenmesi ve özgün bir yargılama yöntemi getirilmesine ilişkin gerekçeler doğrudur/yerindedir.

«Yargıtay Üyelerinin de yasalarla belirlenen sınırlı hallerde görevlerinden dolayı hukuken 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

(*) Ankara Barosu Avukatı.

(1) Bkz. Belgesay, Dr. Emcet: Türk Hukukunda Hâkimin Hukukî Mes'uliyeti, İstanbul 1956, s. 54-55.

(2) YHGK. 14.1.1987, E. Bidayet 1986/1 K. 1987/1, YKD. 1987/6, s. 829.

Yargıtay Üyeleri hakkındaki davalara Hukuk ve Ceza Genel Kurullarında bakılacağını öngörmüştür» (3). Bu nedenle, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarının varlığı da tartışmasızdır.

2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın, Yargıtay'ın Görevleri başlıklı 13'e göre, «Yargıtayın görevleri şunlardır :

1. Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son merci olarak inceleyip karara bağlamak,

2. Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ve özel kanunlarında belirtilen kimseler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak,

3. Kanunlarla verilen diğer işleri görmek».

Görüldüğü gibi, Yargıtay başkan ve üyelerinin, denetleme görevi nedeni ile hukuksal sorumluluğunun varlığı belirtilmiş, ancak, HUMK 573 gibi özel bir sorumluluk koşulları belirlenmemiştir.

2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 15/3 m.ne göre, YHGK'nun görevlerinden birisi de, «Yargıtay Başkan ve üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ile yargılama görevi özel kanunlarında Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişilere ait davaları ilk mahkeme olarak görmek ve hükme bağlamak ve ilk mahkeme olarak özel dairelerce verilen hüküm ve kararların temyiz ve itiraz yoluyla incelenmesini sağlamak»tır.

III. Hukuksal Sorumlulukla İlgili Görüşler

Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluğu konusunda tartışma, sorumluluğun yasal dayanağının ve koşullarının ne olduğunda çıkmaktadır.

III.1. Yargıtay'ın görüşüne göre;

«Yargıtay Kanunu bu hükümlerle Yargıtay Üyeleri hakkındaki davalara bakacak mercii göstermiş ancak onların hangi hallerde sorumlu tutulacaklarını özel olarak tesbit etmemiş ve diğer hâkimler hakkındaki kurallara da gönderme yapmamıştır». Bu ne-

(3) Yukarıda dn. 2'deki karar.

denle, HUMK «...573 ve bunu izleyen maddelerin tedvinî sırasında mahalli mahkeme hâkimlerinin 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» (4). Yargıç'ın hukuksal sorumluluğunun ayrı ve sınırlı bir alanda düzenlenmesi nedeniyle, «...kıyas yolu ile uygulama alanının genişletilmesi» olanağı da olmadığından, «Yargıtay Üyelerini kapsamadığı sonucuna varmak gerekir». Yargıcın hukuksal sorumluluğunun, Yargıtay üyelerini kapsamazlığının diğer bir gerekçesi de, «...Anayasa'nın Yargıtay Üyelerinin görevden dolayı cezai sorumluluklarının tesbitini bir Anayasa müessesesine bağlamış olması»dır (5).

YHGK, yargıcın hukuksal sorumluluğunun, Yargıtay üyelerine uygulanamayacağını gerekçesini verdikten sonra, «...O halde Yargıtay Üyeleri hakkında hangi hallerde görevden dolayı tazminat davası açılacağı yasa ile belirlendiğinden söz edilemez. Bu durum karşısında sorun temel düzeni oluşturan Anayasa ve genel ilkeler esas alınarak çözümlenmelidir» görüşünü, 1982 Anayasası 148/3 ile belirtilen kişilerin görevlerine ilişkin suçlardan Yüce Divan sıfatı ile Anayasa Mahkemesince yargılanacaklarının belirtildiği gerekçeyle pekiştirdikten sonra, «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 olmadığının kabulü gerekir. ...asıl görevi yasaların ülkenin her yerinde aynı biçimde ve dolayısıyla eşit olarak uygulanmasını sağlamak olan Yargıtay Üyeleri de hukukî sorumluluklarının tâbi olduğu usulden vazgeçemezler» (6). «...Aksi halde Anayasa'nın Yargıtay ve Danıştay Üyelerinin cezai sorumluluklarının tesbitini yüce divan sıfatı ile Anayasa Mahkemesine bırakmakla güttüğü amaç zedelenmiş olur» (7).

(4) YHGK'nun bu görüşüne göre, sorumluluk yönünden Yargıtay üyesi ile yargıç ayrı kavramlardır.

(5) Yukarda dn. 2'deki karar.

(6) Yukarda dn. 2'deki karar.

(7) Kuru, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, Ankara 1986, s. 4683.

III.2. HUMK 573-576'nın Yargıtay başkan ve üyelerine uygulanabileceği görüşü;

Bu görüşe göre, özel hukukta sözleşme dışı hukuksal sorumluluğun kaynağı, kusura dayalı sorumluluğu düzenleyen BY 41'dir. Yasakoyucu, genel kural-dışı, özel düzenlediği HUMK 573-576 da, kasd ve ağır kusura dayalı ve özel yargılama yöntemine bağlı yargıcın hukuksal sorumluluğunu düzenlemiştir ve «..bu gibi durumların varlığından söz edebilmek için kanunkoyucunun özel bir hükmünün varlığı zorunludur, kanun boşluğundan söz edilerek yeni durumlar yaratılması olanağı yoktur» (8).

Bu görüşü karşı-oy yazısında savunan Yargıtay üyesi/yargıcı Sayın Aşçıoğlu'nun görüşüne göre, «Yüksek Mahkeme üyelerinin sözleşme dışı sorumluluklarını özel olarak düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Aslında bulunmasına da gerek yoktur; çünkü Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda getirilen düzenlemeler hem yargının ve hem de yurttaşın ihtiyacına cevap verebilecek niteliktedir. Yüksek Mahkeme üyeleri de aslında hâkim olduklarına göre sorumlulukların belirlenmesi ve yargılanması için özel ayrıcalıklı hükümlere gerek yoktur. Kanunda boşluk vardır diye; yüksek mahkeme üyelerinin sorumluluğunu, hâkimlerin sorumluluğundan daha çok sınırlama olanağı yoktur. Aksi görüş, temel hukuk düzenlemelerine aykırı olmakla kalmaz «düşünceler üzerinde olumsuz yargılar yaratacak etkileri» de beraberinde getirebilir. Sayın çoğunluğun paylaştığı ve bir süredir düzenli olarak uygulanan görüş: Yüksek Mahkeme üyelerinin sözleşme dışı sorumluluğunu yalnız kasda dayandırmakla kalmamış; gerçekleşmesi olanağı hemen hemen olmayan (Anayasa Mahkemesinden alınmış bir mahkûmiyet kararı)bir dava şartını da zorunlu duruma sokmuştur. İşte bu yolla çağdaş hukukta bir benzeri olmayan bir kurum hukukumuza girmiştir» (9).

Aynı görüşü savunan Sayın Doğanay'a göre de, «..Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun işbu ekseriyet kararı, Yargıtay Kanunu'nun 15/b.3 hükmü ile, kendisine ait olan «kaza hakkı»nı, -kanunî dayanağı olmaksızın- Anayasa Mahkemesine «aktarma-devir» anlamına geldiği gibi, bir an için orada bu davanın görülebileceğini düşünsek bile, o zaman da, dolaylı olarak, davacıya Anayasa Mahkemesinde açılan ceza davasına, suçtan zarar gören bir kimse sifa-

(8) Yukarda dn. 2'deki karar.

(9) Yukarda dn. 2'deki karar-karşı oy yazısı.

tıyla, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 365 ve müteakip maddeleri hükümlerine göre(müdahil davacı sıfatıyla) katılabilme ve bunun kanunî bir sonucu olarak da davacının davalı (Yüksek Seçim Kurulu) üyelerinden Ceza Kanunu'nun 38 inci maddesi hükmüne göre, -Yargıtay Hukuk Genel Kurulundan alamadığı- manevi tazminatı tahsil edebilme (hüküm altına alma) imkanı kendiliğinden yaratılmış ve diğer bir deyişle de dolaylı olarak HUMK.nun 576/f.2 hükmü bir nevi (ilga) edilmiş olacaktır» (10).

IV. Görüşlerin Değerlendirilmesi/ Eleştirisi ve Görüşümüz :

YHGK'nun görüşündeki, HUMK 573 deki «yargıç»ın, «..sorumluluk nedenleri açısından sadece 575/2. maddede sayılan..» yargıçlarla sınırlı olduğu, ilk derece yargıçlarının sorumluluk düzeninde Yargıtay üyelerinin sorumluluğuna yer verilmediğinden, HUMK «..573 maddedeki «Hâkim» sözünün sorumluluk nedenleri bakımından Yargıtay Üyelerini de kapsamına aldığı düşünülmesi yorum kuralları ile bağdaştırılamaz..» gerekçesi, yorum kuralları ile bağdaştırılamaz.

2797 sayılı Yargıtay Yasası 29/I'e göre, Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından seçilir».

Buradaki sorun, birinci sınıfa ayrılmış yargıcın, Yargıtay üyesi seçildikten sonra, «yargıç olma» niteliğini yitirip yitirmeyeceğidir. Bu soruna, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası 1/b, 2/II ile yanıt getirilmiştir. 2802 sy. 1/b'ye göre, «Bu Kanunun amacı; /b) Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyelerinin aylık ve ödenekleri ile diğer malî, sosyal hak ve yardımlarını,/Düzenlemektir». 2802 sy 2/II'ye göre de, «Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyeleri de 1 inci maddenin (b) bendinde sayılan özlük hakları bakımından bu kanun hükümlerine tâbidirler». Görüldüğü gibi, Yargıtay üyesi ile yargıç arasındaki bağ kopmuş olmayıp, sürdürülmektedir. Diğer bir söylemle, birinci sınıfa ayrılmış yargıcın, Yargıtay üyesi seçilmesiyle, yargıç sıfatı ortadan kalkmamaktadır. Yargıtay üyesi ile yargıç arasındaki görev ve yetki ayrımı ise, görev yapan «kişi»nin sıfatından değil, Yargı-

(10) Doğanay, İsmail: Yargıtay Başkan ve Üyeleri Aleyhine Doğrudan Doğruya (Hukukî Sorumluluk) Davası Açılmaz Mı?, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan, Ankara 1986, s. 710.

tay'ın yargılık kararlarını denetleme görevinden doğmaktadır (2797 sy m. 1).

2797 sayılı Yargıtay Yasası ile Yargıtay üyeleri için ve 2802 sayılı Yasa ile de, yargıç ve savcılar için hukuksal sorumluluk konusunda, HUMK 573 den ayrı bir düzenleme getirilmemiştir.

Doğanay'ın belirttiği gibi, «Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ekseriyet kararında yer alan bu «tefsir-yorum» şekli, bizim şahsi kanaatımıza göre, tamamen, «lâfzi» bir yorum biçimidir, «gayeye göre yorum», hukuk ilkeleri içerisinde işi ele alacak olursak, kanun koyucunun Yargıtay başkan ve üyelerini HUMK.nun 573-576. maddeleri hükümlerinde yer alan «hâkim» tâbiri dışında ele alıp, onları, «hâkimlik» görevlerinden dolayı «sorumsuzlukla» donattığını ve bunun sonucu olarak, onları, «keyfi harekete» adeta teşvik ettiğini düşünebilmek asla mümkün değildir» (11).

Kuru da, «...HUMK m. 573'te birinci sınıf hâkimlerle diğer hâkimler arasında bir ayırım yapılmadığına göre, HUMK m. 573'teki «hâkim» deyimine birinci sınıf hâkimler olan Yargıtay başkan ve üyelerinin de dahil olduğu...» görüşündedir (12).

YHGK'nun yorumunun dayanaksızlığının diğer bir kanıtı da, yargıcın k e s i n o l a r a k hukuksal sorumluluğuna konu olan bir yargılık kararının, Yargıtay başkan ve üyelerince oluşturulan, Yargıtay daire kurullarınca, temyiz itirazının reddi ile onanması ve karar düzeltilmesi isteminin reddi sonucu kesin yargı oluşturmasında, HUMK 573'e göre kesin sorumluluğu söz konusu olan yargıcın, Yargıtay'ca kararının doğru bulunmasına dayalı olarak yapacağı, sorumluluğunun doğmayacağı/doğamayacağı savunması ile ortaya çıkacak olan ç e l i ş k i dir.

HUMK 573'e göre sorumluluğu kesin olan bir yargıcın, sorumluluğunu doğuracak yasaya aykırı kararının onanması ve karar düzeltilmesi isteminin reddi ile kesin yargı oluşturması, yargıcın sorumluluğunu olumsuz etkilemez/sorumluluk vardır.

Kılıçoğlu'na göre, «..Bazı yazarlar kanun yoluna başvurmama halini hâkimin hukukî sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak görmektedirler. Bu görüş tarzı isabetli değildir. Kanun yoluna başvurmak taraflara tanınmış bir mecburiyet değil, bir haktır. Bu

(11) Doğanay, s. 709.

(12) Kuru, Prof. Dr. Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Dördüncü Baskı, C. IV, Ankara 1984, s. 3960.

hakkı kullanmamak hâkimin mevcut olan haksız fiilini ortadan kaldıramaz. Ayrıca böyle bir düşünce tarzı kanun yoluna başvurmaya hâkimin hukukî sorumluluğu davasının bir ön şartı haline getirmektedir. Halbuki, kanunumuzda böyle bir ön şarta yer verilmemiştir. Kanun yoluna başvurulmaması olsa olsa müterafik kusur nedeniyle hükmedilecek olan tazminat miktarından bir indirmeye yol açabilir» (13).

Bu durumda, yargıç olmada bir ayrımın söz konusu edilemeyecek yargıçlardan, yargılık yargıcının, HUMK 573'e aykırı kararından dolayı hukuksal sorumluluğuna, HUMK 573'e aykırı sorumluluk doğurucu kararı hukuka uygun bularak/görerek, kesin yargı oluşmasına neden olan Yargıtay başkan ve üyelerinin sorumluluklarının, yasal olmayan -YHGK'nun sorumluluk koyma/düzenleme yetkisi yoktur- bir düzenleme ile sorumsuzluğa yaklaşan sorumluluklarına yol açılması söz konusu olmaktadır. Oysa, Yargıtay üyelerinin sorumluluğunun, yargıcın sorumluluğundan ağır olması bile ileri sürülebilir. HUMK 573'e aykırılığı ile zarara yol açan kararın kesin yargı oluşturmaya neden olanlar, denetleme görevini yerine getirmede ağır kusurlu olan ve/veya gerekli özeni göstermede savsaklayan Yargıtay üyeleridir. Örneğin, N. Silivrili-K. Yaman Kararları I-II'de (14), 1977'de doğan taşınmaz satım sözleşmesi sözleşmesinden dönme hakkının, hakkın doğumundan 11 yıl sonra, 1988 de kullanılmasını, BY 106/II'deki «derhal beyan etme»/hemen açıklama sayan yargıcın, HUMK 573/2'ye göre sorumluluğu söz konusudur. HUMK 573/2'ye göre, «Kabili tevîl ve izah olmayacak surette vâzih ve sarahati katiyeyi kanuniyeye mugayir karar verilmiş olması»nda, yargıcın sorumluluğu söz konusudur. Bilindiği gibi, «..Bu bent hükmüne göre sorumluluk için birinci bentte olduğu gibi sübjektif bir unsura yer verilmemiş, fakat açıkça kanuna aykırılık şartı aranmıştır» (15). Kılıçoğlu'na göre, «Burada kast mefhumuna yer verilmediği için, hâkimin, kanunun açık bir hükmünü basit bir ihmal sonucu çiğnemesi dahi sorumluluğun varlığı için yeterlidir» (16). Bir yargıcın, yasakoyucunun, «derhal beyan etme» olarak nitelediği süreyi, 11 yıl olarak benimsemesi, yasal deyimiyile, «kabili tevîl ve izah olmayacak surette vâ-

(13) Kılıçoğlu, Ahmet M.: Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, AHFD C. XXX 1973/14 s. 244.

(14) Acar, Bülent: Ur-Karar Nitelikli N. Silivrili-K. Yaman Kararları I-II'nin Zorunlu Eleştirisi, ABD, 1990/5, s. 720-767.

(15) Kılıçoğlu, s. 244.

(16) Kılıçoğlu, s. 244.

zih» bir karardır. Bu durumda, sözleşmeden dönme hakkının, 11 yıl sonra kullanılmasını, BY 106/II'deki derhal beyan etme/ hemen açıklama sayan yargılık kararının kesin yargı oluşmasına neden olan Yargıtay başkan ve üyelerinin sorumluluklarının, yasa-dışı/yasal olmayan bir sorumluluk düzenlemesiyle, bu üyelerin, Anayasa Mahkemesince, Yüce Divan sıfatı ile yargılanıp, üstelik de, suçluluklarının kesinleşmesine bağlı tutulacağının ileri sürülmesi/koşuluna bağlanması, Yargıtay'ın, Yargıtay'ca da açıklanması/savunulması kolay ve inandırıcı olmayan/olamayan bir savıdır.

Y.13.HD.'nin başkan ve üyelerinin, doğumundan 11 yıl sonra kullanılan bir sözleşmeden dönme hakkının açıklanması, hemen açıklama/derhal beyan etme olarak nitelemesi, denetim görevinin yerine getirilmesinde ağır kusurlu tur veya denetim görevinin yerine getirilmesinde gerekli özenin gösterilmesinde savsamadır. Çünkü, Y.13.HD.'nin başkan ve üyelerinin, sözleşmeden dönme hakkının doğumundan, 4 yıl sonra kullanılmasını derhal beyan etme saymayan, Y.13.HD.'nin 27.4.1987, 1987/1346-2534 kararı (17) ile aynı hakkın doğumundan 7 ve 9 yıl sonra kullanılmasını derhal beyan etme saymayan, Y.13.HD.'nin 26.12.1988, 1988/6557-6417 kararı (18) karşısında, anılan bu kararlara da dayalı olarak yapılan temyiz itirazı + karar düzeltme isteminin reddine ilişkin N. Silivri - K. Yaman Kararları I-II'nin verilisinde, denetim görevinin yerine getirilmesinde, ağır kusurlu veya savsmalı olduklarını göstermesi karşısında, bu başkan ve üyelerin hukuksal sorumluluğunun, yargıcın sorumluluğundan ayrı tutulmasının/tutulmaya çalışılmasının/düşünülmesinin, sorumsuzluğa yaklaşan bir sorumluluk isteminden başka inandırıcı bir gerekçesi yoktur veya ilgililer bunun teknik gerekçesini vermelidirler. «Hâkimin benzer olaylara ilişkin içtihatlarla aykırı karar vermesi de sorumluluğuna yol açar... Bundan başka Medeni Kanunumuz hâkimin vereceği karara esas tutacağı içtihat ve doktrini sadece Türk içtihat ve doktrinine hasretmiş değildir. Hâkim imkanları nisbetinde yabancı içtihat ve doktrinlerden de faydalanma yoluna gitmelidir» (19).

Hemen belirtilmelidir ki, BY 106/II'deki derhal beyan etmenin, her somut olayın özelliğine göre belirleneceği/değişebileceği

(17) YKD., 1989/1, s. 64-65 (Acar, s. 751-752).

(18) YKD., 1990/6, s. 875-877 (Acar, s. 752-753).

(19) Kılıçoğlu, s. 244.

soyut açıklamasına sığınıp (20), aynı sözleşme tipinde/taşınmaz satım sözleşmesi sözleşmesinde, sözleşmeden dönme hakkının doğumundan, 4 yıl, 7 yıl, 9 yıl sonra kullanılmasının, BY 106/II'deki derhal beyan sayılmayışından sonra, N. Silivri - K. Yaman Kararları I-II ile sözleşmeden dönme hakkının 1977'de doğumundan 11 yıl sonra 1988'de kullanılmasının, derhal beyan sayılmasının, denetim görevinin yerine getirilmesinde ağır kusur veya savsama olmadığı/hukukçunun üstün bir yorumu olduğuna ilişkin açıklamanın yapılıp yapılamayacağı, yapılacaksa, neye dayalı ve ne biçimde yapılabileceğinin büyük bir ilgi ile beklenmesinin yanında, verilecek bu gerekçenin, Türk Sözleşme Hukuku düzeninde bir devrim/köktenci bir değişim yaratan bir görüşe dönüşeceği de açıktır. Belki de, bu yepyeni çevrimler yaratan/yaratacak görüşten, kaynak ülke düzeni de, yararlanmak gereksinimini/özlemini duyacaktır.

Yargıçlar ile Yargıtay başkan ve üyeleri arasında, «yargıç» olmada bir ayrımın olmadığı, salt, hukuksal sorumlulukla ilgili yaratılmaya çalışılan ayrımın ise yapay olduğu açıktır/ortadadır. YHGK'nun belirttiği gibi, «Yargıtay Üyelerinin de geniş anlamı ile genel olarak «hâkim» kavramının kapsamına girdiğinde tereddüt olunamaz». Bu nedenle, YHGK'nca savlandığı gibi «..Usulün 573 ve müteakip maddeleri istisnâ ve sınırlı bir alanla düzenlemede bulunduğundan kıyas yolu ile uygulama alanının genişletilmesi de..» söz konusu değildir. Yargıtay üyesi, belirli nitelikleri taşıyan bir yargıç olmakla yargıçlar arasında hukuksal sorumluluk ayrı-

- (20) Yukarda dipnot 14'de anılan yazı (4.) bölümünde (s. 747-757), belirtilen yargısal kararlar arasındaki BY. 106/II'deki derhal beyan etme süresine ilişkin aykırılığın giderilmesi için Y.1.Bşk.lığına 17.5.1990, 1645 dilekçe ile başvurulmuştur. Bu isteme ilişkin, «Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 5.12.1990 gün ve 61 sayılı Kararı/Yargıtay Kanununun 10. maddesi gereğince toplanan Kurulumuzca:/.3 — Avukat Bülent Acar imzalı 17.5.1990 günlü dilekçede; Dördüncü, Onüçüncü, On dördüncü ve Onbeşinci Hukuk Daireleri kararları arasında içtihat aykırılığı bulunduğu ileri sürülmesi üzerine sözü edilen kararlar ve ilgili Daire Başkanlıklarının görüşleri alındıktan sonra gereği düşünüldü: Borçlar Kanununun 106/2. maddesi uyarınca (derhal beyan keyfiyetinin) olayların özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğinden içtihadı birleştirme yoluna gidilmesine gerek bulunmadığına; ..Oybirliğiyle karar verildi» (Karar Yayınlanmamıştır). 2797 sy 45/II'ye göre, diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine karar verir. Bu karar kesindir». Y.1.Bşk.nın bu kararı ayrı bir yazı konusu yapılacaktır.

hği yaratılması nedeni ve gereği bulunmamaktadır. Yargıtay başkanı ve üyelerinin hukuksal sorumluluğu da, HUMK 573'e dayalıdır/HUMK 573'ün düzenleme alanı içindedir/kapsamındadır. Postacıoğlu'nun da belirttiği gibi, «...herhalde HUMK'nun bütün Adliye Mahkemelerinin bu meyanda Yargıtaya ilişkin hükümler sevkettiğinden hâkimler hakkındaki mesuliyet hükümlerinin Yargıtay Üyelerine kabili tatbik bulunmadığı fikrini müdafaa etmek büyük güçlükler arz eder» (21).

Bu görüşle bağlantılı «..Anayasa'nın Yargıtay Üyelerinin görevden dolayı cezai sorumluluklarının tesbitini bir Anayasa müessesesine bağlamış olması da bu görüşü doğrular» gerekçesi de, Yargıtay başkan ve üyelerinin sorumluluklarının, yargıcın hukuksal sorumluluğundan ayrı olmasının gerekçesi olarak gösterilemez. Bilindiği gibi, ceza yargılama hukuku düzeninde, bazı kamu görevlileri için, ceza kovuşturması ve yargılamasına ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenleme, salt, Yargıtay başkan ve üyelerine tanınan ayırık ve ayrıcalıklı bir durum değildir. Yargı erkine dayalı yetkileri kullananlardan avukatlar ve yargıçlar ve savcılarının da kovuşturulmaları özel izne bağlanmıştır. Yargıçlar ve savcılar, 2802 sy. 82-92 deki belirtilen koşullarla, 2802 sy. 90 da belirtilen yargılıklarda yargılanırlar.

Yargıç ve savcılar ile birinci sınıfa ayrılmış yargıç ve savcılar arasında da soruşturma ve kovuşturma yönünden ayırım yapılmıştır. Yargıçlar ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma 2802 sy. 82-92'ye göre yapılırken, 2802 sy. 98/I'e göre, «Adalet Bakanlığı merkez kuruluşundaki birinci sınıf hâkim ve savcılar, disiplin cezası, soruşturma ve kovuşturma bakımından Yargıtay üyeleri hakkındaki hükümlere tâbidir».

YHGK'nun gerekçesinin mantığıyla, yargıç ve savcılar ile birinci sınıfa ayrılmış yargıç ve savcılar arasındaki, cezasal soruşturma ve kovuşturma yöntemindeki ayrılık nedeniyle, hukuksal sorumluluklarında da ayrılık olması gerekmektedir. HUMK 573 de de, salt, yargıç denilmiş, birinci sınıfa ayrılmış yargıç denilmiştir.

Haklarında ceza kovuşturması için izin koşulunun yerine getirilmeyişi nedeniyle, ceza kovuşturması yapılamayan kişilerin hukuksal sorumluluklarının olmaması da düşünülemez. Bu nedenle, YHGK'nun «Bu açıklamaların sonucu olarak usulen görevli merci

(21) YHGK. 30.11.1984, 1/1 karşı-oy yazısı: Kuru-V, s. 4683.

tarafından görevle ilgili suçtan cezai sorumluluk yönünden bir karar verilmeden Yüksek Seçim Kurulu Üyeleri Hakkında Hukuk Genel Kurulunda açılan bir tazminat davasının görülmesinin mümkün olmadığına kabulü gerekir. Aksi halde Anayasa'nın Yargıtay ve Danıştay üyelerinin cezai sorumluluklarının tesbitini yüce divan sıfatı ile Anayasa Mahkemesine bırakmakla güttüğü amaç zedelenmiş olur» (21) görüşü, hukuksal dayanaktan yoksun bir görüştür.

YHGK'nun «...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 olmadığına kabulü gerekir» gerekçesi, sorumluluk hukuku düzenine aykırı/düzeni bozucu bir gerekçedir. Sayın Doğanay'ın karşı-oy yazısında belirttiği gibi, «..8.2.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2797 sayılı yeni (Yargıtay Kanunu'nun) «Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının Görevleri» matlabını taşıyan 15/b.3 hükmünde de, -tıpkı 1730 sayılı eski Yargıtay Kanunu'nun 17/3 de olduğu gibi- Hukuk Genel Kurulu'nun, Yargıtay Başkan ve Üyeleri aleyhine açılacak davalara «ilk derece mahkemesi olarak» bakacağı hususu açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan, «Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 140/f.3 hükmü de aynı doğrultudadır. 2) Her ne kadar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ekseriyet kararında, Yargıtay Başkan ve üyelerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 573 ve 575/f.2 de yer alan «hâkim» tâbirine dahil olmadığı ileri sürülmüşse de, bu tefsir ve kabul şekline bizim şahsen katılmamıza imkan yoktur. Çünkü 2802 sayılı (Hâkimler ve Savcılar Kanunu)'nun 15 inci maddesi hükmüne göre (hâkimler) dört sınıfa ayrıldığı gibi, aynı kanunun 16 ncı maddesinin kendisine atıfta bulunduğu aynı kanuna ekli (1) sayılı cetvele ve Anayasanın 154/8-2 hükmüne göre, Yargıtay Birinci Başkanı dahil olmak kayıt ve şartıyla Yargıtay Daire Başkanları ile üyelerinin hepsinin «birinci sınıf Hâkim» oldukları açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh, -birinci sınıf hâkimler- HUMK.nun 573 ve 576/2 hükmünde yer alan (hâkim) tâbiri dışında bırakılmamış ve bir ayırım da yapılmamış bulunması itibariyle, Yargıtay başkan ve üyelerinin de bu madde hükmünde yer alan «hâkim» tâbirine dahil olduklarının, evveliyetle, kabulü icap eder, aksi halde, hem 2797 sayılı «Yargıtay Kanunu»nun -bu muhalefet şerhinin birinci bendinde değinilen- «Hukuk Genel Kurulu'nun görevleri» ile ilgili 15/b.3 hükmü ve hem de «Anayasa'nın 140/f.3 hükmünün

sevinde, hiçbir anlam kalmaz. Kanunkoyucunun «âbesle iştigal» ettiğini kabul etmek bizce, mümkün değildir..» (22).

YHGK, bu gerekçesiyle, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluğunun dayanağı sorununa bir aydınlatma/açıklama getirmiş/getirebilmiş ve sorumluluk koşullarını belirleyebilmiş değildir. YHGK'nun gerekçesi ile hukuksal sorumluluk ile ilgili genel koşullara ek yargılama konulu olarak, «Yargıtay üyesinin cezasal sorumlu olması/suçluluğun kesinleşmesi» koşulu getirilmiştir. Yargıtay üyesi/yargıç Aşçıoğlu'nun deyişi ile «..gerçekleşmesi olanağı hemen hemen olmayan (Anayasa Mahkemesinden alınmış bir mahkûmiyet kararı) bu dava şartını da zorunlu duruma sokmuştur. İşte bu yolla çağdaş hukukta bir benzeri olmayan bir kurum hukukumuza girmiştir» (23). Belirtilen nedenle, yargıç/Yargıtay üyesi Sayın Aşçıoğlu'nun, «..çağdaş hukukta bir benzeri olmayan bir kurum..» açıklamasına, ortada, gösterilebilmiş bir sorumluluk türü olmadığından katılmak olanağı yoktur. YHGK'nun, bu gerekçe ile, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarının, sorumsuzluğa dönüşmesi sonucunu veren/«..gerçekleşmesi olanağı hemen hemen olmayan sorumluluğunu», Aşçıoğlu'nun dediği gibi, «..kasta değil», «suç işleme kasdı ile suçlu olmanın kesinleşmesine» dayandırmaya çalıştığı anlaşılmaktadır.

YHGK'nun, özellikle, «..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..», «Anayasa 148/3'e göre de, Yargıtay başkan ve üyelerinin görevleri ile ilgili suçlardan Anayasa Mahkemesince yargılanmaları da gözönüne alınarak, «..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 olmadığının kabulü gerekir.. ..asıl görevi yasaların ülkenin her yerinde aynı biçimde ve dolayısıyla eşit olarak uygulanmasını sağlamak olan Yargıtay Üyeleri de hukukî sorumluluklarının tâbi olduğu usulden vazgeçemezler» görüşü de, hukuksal dayanaktan yoksun bulunmuştur.

Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarının özel olarak düzenlenmeyişinin + HUMK 573'e dayalı sorumlulu-

(22) Kuru-V, s. 4685, dn. 21'deki karşı oy yazısı.

(23) Yukarda dn. 2'deki karar karşı-oy yazısı.

ğun uygulanamayacağını benimsenmesinde bile, «..yasa ile belirlendiğinden söz edilemez..» denilemez, çünkü, bu durumda, YHGK'nun görüşünün karşıtı olarak, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumsuzlukları yasal olarak düzenlenmediğinden, haksız eylem sorumluluğunun genel kuralı BY 41'e göre kusur sorumluluğu ile sorumlulukları söz konusudur. Diğer bir anlatımla, Yargıtay üyeleri için özel sorumluluk düzenlenmediği geçerli de olsa, haksız eylem sorumluluğunun genel kaynağı olan ve kusura dayalı haksız eylem sorumluluğunu düzenleyen BY 41'in varlığı gözardı edilemez. Yargıtay başkan ve üyelerinin, genel kural BY 41'in/normun düzenleme alanı-dışında kaldığı ileri sürülemez, sürülürse, yasal dayanağının gösterilmesi gerekir. Karşıt-görüş, Yargıtay'ın yaptığı gibi, kaynağını yasadan almayan/yasal olmayan özel ve ayrıcalıklı bir sorumluluk yaratılmasını doğurur (24). Doğanay'ın karşı-oy yazısında haklı olarak belirttiği gibi, «..Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bu kararı ile, tıpkı, milletvekilleri için Anayasanın 83 üncü maddesinde öngörülen (Yasama dokunulmazlığı - Teşrii masuniyet) müessesesine benzer şekilde, -kanunî dayanağı asla olmaksızın- (kazai masuniyet) müessesesi ihdâs etmiş bulunmaktadır. Böyle bir (kazai masuniyeti) ihdas edebilme yetkisi münhasıran teşrii organa yani Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir, yoksa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kendi kendisine ve içtihatla (kazai masuniyet) müessesesi ihdas edemez ve şahsi kanaatimca bu türlü bir davranış ve içtihat Yargıtay'ın manevi şahsiyet ve itibarını ağır bir biçimde zedeler» (25). Bu nedenle, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarının yasal düzenlemesinin olmadığı görüşü, hukuksal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarının, yargıcın sorumluluğu ile aynı olması, Yargıtay başkan ve üyeleri içinde en büyük güvencedir. Çünkü, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarının, HUMK 573'e/özel kurala dayalı olduğu benimsenmezse, genel kural/BY 41'e dayalı olması söz konusu olacaktır. Çünkü, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumsuzlukları yasal düzenlenmeye bağlı tutulmamıştır. Buna karşıt olarak, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarından dolayı Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarında yargılanacakları düzenlenmiştir (2797 sy. 13/2, 15/3).

(24) Yasal olmayan bir sorumluluk yaratarak/yaratılarak, kişilerin sorumluluklarının daraltılmasının veya genişletilmesinin suç oluşturup oluşturmayacağı da incelemeye değer bir konudur.

(25) Kuru-V, s. 4687. Yukarda dn. 21'deki karar karşı oy yazısı.

Yargıtay başkan ve üyelerinin, genel kurala/BY 41'e dayalı hukuksal sorumluluklarının, özel kurala/HUMK 573'deki «kast + ağır kusur»a dayalı sorumluluktan daha ağır olduğu açıktır. Bu görüş, Yargıtay üyelerinin, denetim görevini yerine getirirken, ağır olmayan savsamarları ile HUMK 573'e aykırı bir yargılık kararının kesin yargı oluşturulmasından zararın doğmasına veya zararın artışına neden olmaları ile, yargıçlardan daha ağır bir sorumluluk olan BY 41'e dayalı sorumluluklarını gerektirir. Ancak, yargıçlar arasında sorumluluk ayrılığı yaratılmasının doğru olmaya-acağı ilkesince, bu görüşe geçerlik tanınmaması gerektiği görüşün-deyiz. Bu nedenle, YHGK'nun, «..hâkimin hukukî sorumluluk hal-leri benimsenirken yargısal faaliyetten ibaret olan esas görevinin aksatılmamasına büyük özen gösterilmesi zorunludur. Gelişigüzel bir sorumluluk sisteminin benimsenmesi bağımsızlığı ve tarafsız-lığı tehlikeye düşürebilir» gerekçesi, Yargıtay'ın görüşüne değil, görüşümüze uygun düşmektedir.

İrdelenmesi gerekli bir alt-sorun da, YHGK'nun özel bir hak-sız eylem sorumluluğu yaratabilme/koyabilme yetkisi olup olma-dığıdır. Bilindiği gibi, sorumluluk koyma/yaratma konusunda iki görüş vardır. Egemen görüşe göre, sorumluluk yaratma yetkisi, ya-sakoyucunun tekelindedir. Yasakoyucunun sorumluluk düzenle-mediği bir durumda, özel sorumluluk olduğu ileri sürülemez (26). Diğer bir görüşe göre ise, yasada boşluk olan bir durumda, yargıç, MY 1 ile sorumluluk yaratabilir (27).

Her iki görüşe göre de, YHGK'nun, Yargıtay başkan ve üyele-rinin hukuksal sorumlulukları ile ilgili özel bir sorumluluk koy-ma/yaratma yetkisi söz konusu değildir. Egemen görüşe göre, özel sorumluluk koyma yetkisi, yasakoyucunun tekelinde olup, YHGK'-nun bu konuda bir yetkisi yoktur. «..Yargıtay üyeleri hakkında hangi hallerde görevden dolayı tazminat davası açılacağına yasa ile belirlendiğinden söz edileme»yeceğinden, Yargıtay'ın, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumluluklarına ilişkin özel bir düzenleme ile ek yargılama koşulu koymak yetkisi yoktur. Diğer görüşe göre de, Yargıtay'ın, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuk-sal sorumlulukları hakkında yasal bir boşluk olması koşuluna bağ-lı olarak, sorumluluk koyabilme yetkisi olacaktır. Oysa, Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumsuzlukları düzenlenmediği ve

(26) Tandoğan, Prof. Dr. Halûk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı So-rumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 10, 39.

(27) Tandoğan, s. 44-45.

özel kural/HUMK 573'e veya genel kural/BY 41'e göre sorumluluk söz konusu olduğundan, YHGK'nun, MY 1'e göre sorumluluk koyabilme yetkisi yoktur.

V. Sonuç

Yargıtay başkan ve üyelerinin hukuksal sorumlulukları ile ilgili özel bir yasal düzenleme yoktur. Yargıtay'ın da, bu konuda özel bir sorumluluk düzenleyebilmek yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay'ın, yargısal kararlar sorumsuzluğa yaklaşan sorumluluk koyması, yasal/hukuksal dayanaktan yoksundur.

Yargıç ile Yargıtay başkan ve üyeleri arasında yargıç olmada bir ayırım yapılamayacağından, Yargıtay başkan ve üyelerinin sorumlulukları da, özel kuralla/HUMK 573-576'ya bağlıdır. Karşıt görüşte, genel kural/BY 41'e dayalı sorumluluk söz konusudur. Ancak, BY 41'e dayalı sorumluluk daha ağır bir sorumluluktur, bu nedenle, HUMK 573-576'ya dayalı sorumluluk benimsenmelidir/yeglenmelidir.