

TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN HUKUKİ MESULİYETİ

Dr. Emcet BELGESAY

GİRİŞ

1. Fert objektif olan bir kanun veya kaidenin kendine tanıdığı haktan bir muanza karşı istifade edebilmek için mahkemeden hakkını tanıyan bir karar almak gerektir. Bu bakımdan mahkemelerin mevcut hükümleri tatbik ve tefsirle verdikleri kararlar bu hükümlerden daha canlı pratikte onlara üstündür.

Hakim kanunu tefsir salâhiyetini fena kullanarak bir taraf aleyhine haksız karar vermesinden, tarafın haklı iddiasını reddetmesinden, veyahut karara bağlamamasından, tahkikat ve muhakemeyi az çok kendine isnat olunabilen bir sebeple fena idare etmesi neticesi fena bir hüküm vermesinden, veya fena hüküm verilmesine, davanın çıkmaza sürüklenmesine sebep olmasından, haiz olduğu taktir salâhiyetini adalete, nizah hâdisenin bünye ve icabına uygun kullanmamasından ileri gelen zararlardan mesuliyeti ideal hukukta çok münakaşa edilmiş ve Devletler mevzuatında çeşitli tarzda halledilmiştir.

Tezimizde Türk mevzuatı bakımından hâkimin mesul edilebileceği halleri, yerli ve yabancıların Türk hâkimleri aleyhine açacakları mesuliyet davasının şartlarını inceleyerek kritik mülâhazalarımızı arz ediyoruz.

BİRİNCİ FASIL

HÂKİMİN HUKUKİ MESULİYETİNİN MÜNAKAŞASI

2. Hâkimin müsbet veya menfi bir kararının veya tedbirinin sebeb olduğu haksız zararlardan âdi hukuk hükümleri dairesinde mesul edilememesi lehinde şu mülâhazalar ileri sürülmektedir :

a) Hâkimin hatalı hükümleri kanun yolile ıslah edilebileceğine göre, ayrıca mağdura hâkim aleyhine mesuliyet davası açmak için salâhiyet verilmesi zarureti yoktur.

Hâkimin mesuliyeti yolu ile kararlarının uzun zaman sonra haksızlığı iddia ve ispat edilmesi nizalan canlandırır, ferdi vaziyetlerde istikraıa mani olur. Bu kararsızlık ise sosyal menfaatlere aykırıdır¹.

b) Hâkimin vazifesini ifa ederken âdi hukuk hükümlerine göre kusurlarından mesul tutulması hâkimliği çekilmez hale getirebilir. Kusur seyyal bir mefhumdur, hudutlarını çizmek son derece zordur. Muayyen bir hâdisede failin haksız bir neticeyi tahmin edebilecek vaziyette olup olmadığını, neticeyi tahmin edebildiğine göre önilyebilecek tedbirleri almağa kadir olup olmadığını tesbit biraz indi olacaktır. Bu tespitte ister istemez mesuliyete hükmedecek hâkimin sübjektif mülâhazaları rol oynayacaktır.

Hâkimin tarafları haklı veya haksız karşılıklı iddialarını yürütmek için her çareye baş vurarak kaşırdıkları bir davada daima kanuna ve adalete uygun karar vermesi, istedikleri bir tedbir yerinde olup olmadığını takdir ile bu tedbirin ihtimali olarak verebileceği neticeleri tahmin ve hesap etmesi kolay değildir. Taraflar davayı kaşık hale koymasalar bile, hâkimin günlük iş hacmi her türlü hafif kusurundan kaçınmasına mani olabilir.

c) Karar ve tedbiri münasebetile aleyhine mesuliyet davası açılmasından korkan hâkim iyi hüküm vermek için yeter iç huzur ve istiklâle

1) Morel No. 155. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı esbabı mucibeyi 22 aralık 1953 kararında (JdT 1954 s. 561) zikretmiştir.

sahip olmaz, daha fazla didişme tabiatını hissettiği, aleyhine tazminat davası açmasından korktuğu taraf lehine hükme temayül eder, objektif kalamıyarak adalete yabancı hislerle hüküm verir.

Hâkim hükümden memnun olmayın davacıların taarruzlarına karşı himaye edilmelidir.

d) Mesuliyet korkusu hâkimleri lüzumsuz ihtiyatlara mecbur ederek, usulün başkca gayesi olan adaletin sür'at ve az masrafla icra edilmesine mani olur. Korkunun şiddetine göre, ihtiyatın çoğaltılması insan psikolojisi icabındandır.

e) Nihayet, hâkimlerin mesuliyetinin kabulü iyi hâkim bulunmasını zorlaştırır. Bu mülâhaza Fransız Senatosunda, 9 şubat 1909 celsesinde Ribot tarafından ileri sürülmüştü. Ribot demişti ki : Günlük işlerinde hiç kabilinden hafif kusuru sebebile sonu gelmiyen dava tehdidi altında bulunan vicdan sahibi ciddi bir adam hâkimlik vazifesini kabule az istekli olur. Bu şartlar dahilinde hâkim bulunmasında zorluk çekilmez, ama bulunacak hâkimin seviyesi düşük olur².

Hâkimin yan ömrünü hüküm vermekle, yan ömrünü de, zamanla intikam hissi çoğalan eski mahkûmların cezalarını çektikten sonra vara yoğa açacakları tazminat ve ceza davalarına karşı kendisini müdafaa ile geçirmesi doğru olmaz³.

Bir İngiliz yüksek hâkimi de, hâkimin günlük vazifesini ifa münasebetile kendini mahvedecek sayısız mesuliyet davalarına maruz bulunması ihtiyatlı ve ehliyetli kimselerin hâkimlik vazifesini kabul etmesine engel olduğunu söylemişti².

3. Hâkimin kusurlarından mesuliyeti lehine şu aşağıdaki mülâhazalar ileri sürülmüştür :

2) Leloir s. 76.

3) Pariste hapishaneler umumî sosyetesinin 25 nisan 1909 celsesinde, Politik ve Moral İlimler Akademisi sekreteri ve vaktile sorgu hakimi olan Georges Picot, İngilterede şahidi olduğu bir polis mahkemesinde bir duruşma sırasında, hakimin bir polisi, yakaladığı sanığa fena muamele ettiğini tarafların ve şahitlerin ifadesinden anlayınca, hemen ceza ve tazminata mahkum ettikten sonra ona hitaben "Londrada herkesin polise saygı göstermesinin sebebi polisin bu çeşit hareketleri anlaşılınca derhal lâyük olduğu cezaya çarptırılmasıdır" dediğini beyan etmiştir. Revue Penitentiaire 1906 (Bulletin de la Société générale des prisons) s. 678.

a) Adliyenin yardımcıları olan avukat, zabıt kâtibi ve diğer memurlar her kusurundan mesul iken, hâkimin ağır kusurlarından dahi mesul olmaması adalete uymaz.

b) Hâkimin, dikkatsizlikle veya cehaletle verdiği kararların mazur görülmesi, vicdanen vazife ifa etmesine engel olabilir.

Hâkimin haksız karar ve tedbirinden mesuliyeti hareket tarzlarını murakabe için bir vasıta olacaktır⁴.

Hâkimin haksız karar ve tedbirlerinden mesul edilmemesi ferdi hürriyetini temin için konmuş hükümleri fiilen kıymetsiz hale getirir. Çünkü, ceza kanununun vazifesini suiistimal eden hâkimler hakkında koyduğu cezalar çok ağır olduğundan tatbikine kolay cesaret edilmez. Meselâ, mevkuf bulunan sanık hakkında tahkikatı uzatan, bir vesikayı kaybeden hâkimi, kastını kabul ederek, cezaen mesul tutmak kolay olmaz. Bu hallerde hükmolunabilecek mutedil ve haklı bir tazminat hâkimin ihmalinin, suiistimalini önleyen en iyi bir ceza, en yerinde bir müeyyide olur⁵.

c) Kaziyei muhkeme hükmü veren hâkimin kararından mesul tutulmasına engel olduğu iddiası ciddidir. Fakat, çok kere hâkimin mesuliyeti davasına mevzu olan sebeple kritik edilen hükmün sebebi aynı olmadığı için kaziyei muhkeme mesuliyet davasının dinlenmesine mani olmaz.

Mesuliyet davasında incelenen hâdise ve sebepler mutlaka verilmiş hükümde incelenmiş hâdise ve sebepler değildir. Mesuliyet davasında hâkimin haksız hükmüne tesir etmiş, fakat esas olmamış hâdiseler incelenecektir. Hususile, hâkimin davaya bakmaması gibi menfi bir hareketinden, haksız veya lüzumsuz ihtiyati tedbir, haciz veya tevkif kararı vermesinden ileri gelen zarardan mesuliyeti dava edilmişse kaziyei muhkeme ile karşılaşmaz. Bir davada verilen ara kararları ise kaziyei muhkeme değildir.

Bir hükmün, hatasını sonradan meydana çıkaran muayyen ve ağır sebepler bulunduğu takdirde, iadei muhakeme yolile kaldırılmasını kabul eden bir kanunun daha mühim sebeplerle hâkimin mesuliyetini kabul etmemesi için sebep yoktur. Fransız Hukuk Usul Kanunu hâkimlerden şikâyeti fevkalade bir müracaat yolu olarak kabul etmiştir. Hâkimin ağır ve mazeret kabul etmeyen kusurları sebeple verdiği ve âdi yollarla

4) Karafaklı No. 26, s. 36.

5) Georges Picot, Revue penitentiaire. 1906, s. 680.

tashihi kabil olmıyan kararlarının yeniden gözden geçirilmesine kaziyei muhkeme manî olmamalıdır.

Morel kanunî bakımından, hâkimin kararlarından mesul tutulmasına kaziyei muhkemeyi manî bulmakta, fakat adli idarede kusurundan, meselâ bir vesikayı kaybetmesinden mesuliyetini kabul zaruretini tebarüz ettirmektedir⁶.

d) Hâkimin vazifelerini ifa münasebetile kusurlarından mesuliyeti haricî tesirlere mukavemetini artırır. Hâkim, bir tarafı iltimas için nüfuzunu kullanan kimseye karşı, mesuliyetini ileri sürerek itizar edebilir ; iltimas eden onun bu mazeretini haklı bularak fazla ısrar edemez⁷.

4. *İltihak ettiğimiz sistem.* Hâkimin âdi hukuk hükümlerine göre her kusurundan mesul tutulması kabul edilememekle beraber, ağır kusuru ile muhakemeyi fena idare etmesi, vazifesini ifa için bilmesi zarurî olan veya gözü önüne konan hukukî mefhumlara ehemmiyet vermemesi neticesi olan zarardan mesul tutulması adalet icabındandır. Hâkimin mesul edilememesi için ileri sürülen çok haklı sebepler, ağır kusuru veya ihmali ile bir tarafı mahveden hâkime de sorumsuzluk imtiyazı tanımak için kâfi gelmez.

Hâkim, karar ve muameleleri sebebile aleyhine cür'etle, pervasızca haksız dava açan taraf az çok ağır cezalara, maddi ve manevî tazminata mahkûm edilmesi suretile, himye olunmalıdır. Maamafih tayin olunacak ceza, pratik bakımından hâkimin gadre uğrattığı kimseye mahkeme kapılarını kapayarak onu kanunî himayeden mahrum bırakacak hadde olmamalıdır.

5. *Adli hatâdan Devletin mesuliyeti.* İdeal hukuk bakımından, hâkimin hafif kusurlarından mesul edilmemesi kusursuz olan ferdi ağır bir zarara katlanmağa mecbur bırakmamalıdır. Bazı Devlet kanunları adli hataların sebep olabileceği ağır zararlardan Devletin mesuliyetini kabul etmekte, Devlete ise, ödediği tazminatla ancak tahkikat ve muhakemede ağır kusuru olması şartile hâkime rucu hakkı tanımaktadırlar. Devletin bu mesuliyeti bir adalet prensibi olarak kabul olunabilir. Meselâ, kendine isnat olunabilecek hiç bir kusur olmadığı halde, bazı zayıf delillerle yakalanarak aylarca mevkuf tutulduktan sonra, beraet eden veya mevkuf kaldığı zamana nispetle çok kısa müddet hapse mahkûm edilen, çok yüksek bir

6) Morel No. 155

7) Bir istinaf azası olan Mourral Pariste Hapishaneler sosyetesinin bir toplantısında bu noktada durmuştu, Revue pénitentiaire 1906 s. 697.

ödemeye mahkûm edilen kimse bu yüzden mahvolmuş ise, Devletten münasip bir tazminat alması adalet icabından olur. Bu tazminat adli faaliyetten dolayısıyla istifadesi olan vergi mükellefleri için nispeten fazla bir yük olmaz.

Tezimizin mevzuu hakimın mesliyetine inhisar ettiği için Devletin mesuliyetine sadece temas ettik, Türk hukuk mevzuatında Devletin memurlarının faaliyetinin sebep olduğu zararlardan mesuliyetini münakaşa harici bıraktık.

6. Hâkimin ancak vazife ile irtibatı bulunan müspet veya menfi haksız fiillerinden mesuliyeti hususî hükümlere tâbi tutulabilir, onun vazifeye yabancı olan fiileri sebebiyle mesuliyeti istisnâî hükme tabi tutulamaz. Hususî hayatında kusur ve ihmalle bir zarara sebep olan hakimi himaye için sebep yoktur. Ancak, hakim aleyhine açılan ceza davaları salahiyet bakımından istisnâî hükümlere tabi tutulmuştur. Bu istisnâî hükümler hakimi himaye değil, aksine olarak, haksız himayesini önlemeğe matuftur. Aynı derece hakimler birbirini muhakeme ederlerse, karşılıklı muamele ümidile, veya emsal yaratmak için birbirlerinin kusurlarını örtmeğe çalışırlar. Fakat bu mülâhazalar hukuk davaları için tamamen varit görülmediğinden hakim aleyhine vazife ile irtibatı olmıyan bir iş veya akit sebebiyle açılacak dava umumî salahiyeti olan mahkemede görülür.

Hakimleri vazife ile irtibatı olmıyan suçlarından ötürü muhakeme için kaide olarak üst derece mahkemeye salahiyet verilmiştir.

4 temmuz 1934 tarihli hakimler kanununa göre üçüncü ve ikinci sınıfa mensup hakim ve mauvinlerin şahsî suçları hakkında umumî hükümler dairesinde takibat, maznun ağır ceza hakimlerindense, en yakın ağır ceza mahkeme müddeiumumisi ve sorgu hakimi, tahkikat da o yer ağır ceza mahkemesi tarafından yapılır. Hâkimler Kanunu salâhiyet bakımından, takip olunan hakimın ağır suçu ile hafif suçunu ayırmamaktadır.

Temyiz hâkimleri ve baş müddeiumumî hakkında ilk tahkikata Temyiz birinci reisinin tensip edeceği daire reislerinden biri, son tahkikata Temyiz ceza umumî heyeti salahiyetlidir. Bu heyetin kararı kat'îdir. Baş müddeiumumî hakkında müddeiumumîlik vazifesi Vekiller heyeti tarafından tensip edilecek Temyiz reislerinden biri tarafından yapılır⁸.

Hakim ve müddeiumumîlerin suç ortakları hakkında da takibat ve tahkikat aynı mercilerde yapılır⁹.

8) Hakimler Kanunu m. 110.

9) Hakimler Kanunu m. 116.

Hakimlere vekâlet edenler hakkında takibat asıllarının tabi olduğu hükümlere tabidir.

Hâkim hakkında başlanmış olan cezai takip, ayrıca inzibati takip yapılmasına mani olmaz¹⁰.

İKİNCİ FASIL

HÂKİMİN MESULİYETİ MESELESİNDE MUKAYESELİ HUKUKA TOPLU BİR BAKIŞ

7. Mukayeseli hukukta hâkimin mesuliyeti tezimizin mevzuu olmakla beraber, müdafaa ettiğimiz görüşü teyit eden veya okşayan bazı yabancı mevzuatı kısaca tahlili faydalı bulduk.

Halen, hakimi mazeret kabul etmez ağır kusurlarından mesul tutmaya yalnız bilerek verdiği hatâli hükümlerinden mesul tutan devlet kanunları istisnaidir.

Bazı Devlet Kanunları hakimi her türlü ağır kusurlarından mensul tutmuş, diğer bazıları ise onun mesuliyetini âdi hukuk hükümlerine tabi tutmuştur.

a) Belçikada hâkim hile ile bir tarafın leh veya leyhinde bilerek haksız karar vermesinden, veya haklı bir karar vermemesinden mesul olur. Hâkim kanunda tasrih edilen istisnai haller haricinde ağır kusuru ile, cıkkatsizlikle, cehaletle verdiği haksız karardan mesul olmaz. Bütün mesuliyet davaları Temyiz mahkemesinde görülür.

Belçika Usulü Muhakeme Kanunu¹¹ sanığın haksız tevkifi, ihzarı gibi tayin ettiği mühim hallerde sorgu hâkimini, kanunî hükümlere riayet etmeden sanığı ağır ceza mahkemesinde takip eden müddeiumumiye, usulen konmuş mühürü muayyen kanunî müddetten evvel fekkeden sulh hakimini, iki defa vaki ihtara rağmen hüküm vermeden imtina eden hakimi mesul tutmaktadır.

b) Vaud Kantonu 16 aralık 1947 Teşkilât kanununa göre¹², Devlet hâkimin hafif kusuru ile sebebiyet verdiği haksız zarardan mesuldür.

10) Hakimler Kanunu m. 119.

11) Wariomont No. 721 ve müt.

12) JdT 1954 s. 571.

Devlet ödediği tazminattan hâkimi ancak ağır kusuru varsa mesul tutabilir.

Mağdur, hakimin mesul edilebileceği bir halde doğrudan doğruya Devlet aleyhine mesuliyet davası açabilmek için salahiyetli makamdan müsade almak icap eder.

c) 1883 tarihli Berne Usulü Muhakeme Kanunu¹³ adliye memurlarının ihmal ile veya kasten sebep oldukları zarardan mesuliyeti¹⁴ esasını koyduktan sonra, bu esas tatbikle, hâkimin kanunen makbul bir tetbiri kabul etmemesini, ifa ettiği muamelelerde kanuni usullere, şekle riayet etmemesini, kanunen nazara alınması gereken bir vasıtayı kabul etmemesini, caiz değilken tarafa müddet vermesini, gerekli tebligatı yaptırmamasını, münasebetsiz usullere baş vurmasını mesuliyetini müstelzim sebep addetmiştir¹⁵.

Berne Kanunu da bir hayli kanunlar gibi, hakim aleyhine mesuliyet davası açılmasını salahiyetli makamdan hususî müsade alınmasına tabi tutmuştur. Fakat, hakim aleyhine mesuliyet davası umumi salahiyeti olan mahkemede açılır.

Bu kanun hakim aleyhine mesuliyet davalarını, bu yola haksız olarak baş vuran taraf hakkında ağır para ve hapis cezası tayini suretiyle önlemektedir¹⁶.

d) Cenevrede doktrine ve mahkeme içtihatlarına göre¹⁷, hakim hafif kusurlarından dahi mesuldür.

e) İsviçrede hakimin mesuliyeti hakkında federal bir hüküm yoktur. Federal Mahkeme bu sebeple hakimin mesuliyetini umumi hükümlere tâbi tutmaktadır; bununla beraber, hâkimlerin hatalarını pek vazih olmadıkça kusur saymamaktadır. Federal Mahkeme 22 Aralık 1953 tarihli kararında¹⁸ diyor ki, bugün doktrin, Devletin mesuliyeti bakımından, zarara sebep olmuş haksız fiilin Devlet namına vazife ifa eden idare memurundan veya hakimden sadır olması arasında fark gözetmemekte, bu bapta yeni esaslar kabul etmektedir. Hakimin işinin nezaketi, hükme bağlayacağı davada bahis konusu meselelerin karşıklığı ve çokluğu, nizalı maddî vakıaları tam ve doğru olarak tesbit zorluğu itibarile, kusurunun

13) Henry s. 101.

14) m. 20.

15) m. 89, 90.

16) Henry s. 101.

17) İsv. Fed. 22 aralık 1953 kararı, JdT 1954 s. 555 ve müt.

18) JdT 1954 s. 555

ve hareketi haksız olup olmadığının takdiri hususunda çok ihtiyatlı ve sıkı olmak lazımdır.

Hakimin kanunun vazih bir hükmüne veya memuriyetinin esaslı icaplarına açıkca aykırı hareket etmesi ile kanunu tefsir hatalarını ayırma-
dır. Taktirî meselelerde hakim salahiyetini suiistimal etmedikçe kusuru
bahis mevzuu olmaz. Adli işlerde hakimin de, Devletin de mesuliyeti ağır
bir kusurun neticesi olan zararlara hasredilmelidir. Çünkü, bir nizam kat'î
ve nihai olarak halletmek az çok uzun zaman sonra hâkimin kusuru ileri
sürülüp dolayısıyla tazelemek sosyal menfaatlere uymaz. Hâkimden, va-
zifesinde faaliyetini felce uğratabilecek derece ihtimam beklenmesi tehlike-
lidir. Hâkimin mesuliyeti de avukatın, doktorun mesuliyeti gibi kaba
ve açık kusurlarına hasredilmek gerektir.

f) Fribourg 22 Kasım 1949 Adliye teşkilât kanununa göre (m. 98—
115) ¹⁹, vazifesinde ağır kusuru veya ihmali ile doğrudan doğruya bir
zarara sebebiyet veren hâkim aleyhine, ceza takibi mahfuz olarak, mağdur
hukukî mesuliyet davası açabilir.

Kanton mahkemesi heyetinden biri aleyhine mesuliyet davası büyük
Meclisin, diğer adliye memurları hakkında mesuliyet davası kanton mah-
kemesinin müsaadesiyle açılabilir. Eğer bu mahkeme hâkim aleyhine mesu-
liyet davası açılmasına müsaade etmezse, mağdur davasını Devlete karşı
açar. Devlet mesul edileceği tazminatla kusuru olan memura rücu ede-
bilir.

g) İngilterede hâkim, sebepsiz veyahut şahsına isnat olunabilen bir
sebeple bir taraf aleyhine verdiği haksız karardan mesul tutulmaktadır²⁰.

h) 1806 tarihli Fransız Usulü Muhakeme kanunu hâkimi yalnız
kasten haksız bir karar vermesinden ve ayrıca, Kanunda tasrih edilen
mahdut hallerde kusurundan mesul tutmuştu. Hâkim aleyhine mesuliyet
dava edilmek için salahiyetli merciden izin alınması da lâzımdır.

Fransız Usulü Muhakeme Kanununun 505 ve müteakip maddeleri
1540 ve 1679 emirnamesinden alınmıştır. Bu emirnamelerle hilesi, ihtilası,
açık kusuru ile haksız bir karar veren veya ihkakı haktan istinkâf eden
hâkim zarardan mesul tutulmuştur. Fakat bu kanun hâkimi ağır husu-
sundan mesul tutmadı.

19) JdT 1954 s. 570.

20) Henry s. 101.

Fransız Usul Kanununa göre hâkimin mesliyeti fevkade bir müracaat yoludur. Fakat, hâkimin mesuliyetini istilzam eden çok hallerde verilmiş bir hükmün değiştirilmesi değil, hâkimin verdiği hüküm ve karardan, ittihaz ettiği veya ittihazını ihmal ettiği bir tedbirden ileri gelen ve umumiyetle âdi müracaat yolları ile tamir edilemeyen zararın tazmini istenmektedir.

Fransada VIII ci yıl Teşkilat Kanunu 75 inci maddesinde memurlar aleyhine vazifeleri münasebetile açılacak mesuliyet davasını Devlet şûrasından alınacak izne tabi tutmuştu. 19 eylül 1870 iradesile (decret) memurlar hakkında adli tâkipler için izin alınma mecburiyeti ilga edildi. Hâkim aleyhine mesuliyet davası açmak için de izin alınması lüzumu bu irade ile ilga edilip edilmediği o vakit münakaşa edilmişti²¹.

Fransız Medeni Kanunu 4 üncü maddesinde, kanunun kifayetsizliği, müphemliği bahanesile el koduğu davayı hükme bağlamıyan hâkimi tarafa karşı tazminatla mesul tuttuğu gibi, Hukuk Usul Kanunu da 506 ncı maddesinde bir arzuhale cevap vermiyen, sırası gelmiş bir davaya bakmıyan hâkimi bu yüzden ileri gelen zarardan mesul tutmuştur.

Fransada şahsî hürriyeti korumak için kabul olunan 7 şubat 1933 Kanunu²² muvakkat tevkif kararlarının suiüstimalini önlemek gayesile, Ceza Usulü kanununun bir hayli maddelerini tâdil ettiği gibi, 7 inci maddesile de Hukuk usulü muhakemeleri kanununun 505 ve müteakip maddelerini tâdil ederek, hâkimlerin meslekî ağır kusurlarından mesuliyetini kabul etti. Bu kanuna göre Devlet hâkim aleyhine hükmolunacak tazminattan mesul olup ona rücu hakkı mahfuzdur.

Fransız 1933 kanunu hâkim aleyhine mesuliyet davası açılmasını istinaf mahkemesi birinci başkanının iznine tabi tutmuştur. Birinci Başkan kararını istinaf müddeiumumisinin reyini aldıktan sonra verir. Başkan hâkim aleyhine mesuliyet davası açılmasına mücade etmezse, kararın esbabı mucibeye istinat ettirmek lâzımdır. Başkanın istidayı reddeden karar aleyhine Temyiz mahkemesi istida dairesine müracaat olunabilir. Vaki müracaat bu dairenin aleni celsesinde incelenir. Temyiz Mahkemesinde tarafın hâkim aleyhine davasını bir avukat vasıtasile takip etmesi mecburiyeti yoktur. Temyiz mahkemesi ancak açılan davanın reddine karar verirse esbabı mucibe göstermek gerekir. Temyiz istida dairesi istinaf mahkemesinin asliye hâkiminin mesuliyetine dair kararını ikinci derecede,

21) Dalloz 1933 IV 66

22) Dolloz 1933 IV 65

istinaf heyeti hakkında mesuliyet davalarını ise birinci derecede karara bağlar.

Gerek İstinaf Birinci Reisi, gerek Temyiz İstida Dairesi davaya izin istihali için verilen istidayı incelemek üzere açtığı celsede yalnız davacıyı dinledikten sonra, şikâyet olunan hâkimi dinlemeden, kararını verir. Fransanın uzak bir yerinde bulunan bir hâkimin asılsız bir iddiaya cevap vermek için Parise kadar gelmesi makul bulunmamıştır. Şikâyet olunan hâkim dinlenmeden davacının sözü doğru kabul edilerek ona dava müsaadesi verilmesi hâkimin sonraki müdafaasını tehlikeye düşürebilirse de kanun izin taleplerinde mahkemeyi müddeiumuminin mütalaasını almağa mecbur tuttuğu için, hâkim büsbütün müdafaasız kalmaz. Müddeiumumi gâip olan hâkimi müdafaaya çalışır, maksat, onu yersiz bir mesuliyet davasından haberdar ederek üzülmekten, yorulmaktan korumaktır. Davacının ikame ettiği deliller, istinat ettiği vasıtalar hâkimi mesul etmek için kâfi görülmezse izin verilmeyecek, kâfi görülürse, hâkimin mesuliyetine değil, sadece hakkında mesuliyet davası açılmasına karar verilecektir.

Hâkim aleyhine mesuliyet iddiası reddolunan taraf, hâkim lehine tazminata mahkûm diler. Davası reddolunan taraf hakkında para cezası kaldırılmıştır²³.

Fransız 1933 Kanun projesinde hâkimin hatasından doğrudan doğruya Devletin mesuliyeti teklif edilmişti. Fakat Mecliste müzakere sırasında Devletin sadece hâkimin mahkûm edildiği tazminatı ödeyememesi halinde mesul olması esas müdafaa olundu ve Devlet hâkime müracaat hakkı mahfuz kalarak, onun fiilinden malen mesul tutuldu.

ÜÇÜNCÜ FASIL

TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN MESULİYETİ

I

UMUMİ GÖRÜŞ

8. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573 üncü maddesine göre şu aşağıdaki hallerde hâkim aleyhine verdiği hüküm, itihaz ettiği veya itihazını ihmal ettiği bir tedbir sebebiyle tazminat davası ikame edilebilir :

23) Leloir s. 77.

I) Bir tarafı tesahüp ve iltizam ederek veya ona garez ve düşmanlıkla adalete ve kanuna aykırı karar vermesi,

II) İta, temin veya vadolunan menfaat dolayısıyla mugayiri kanun hüküm vermiş olması,

III) Kanunun tevil ve tefsir götürmez kat'i sarahatine muhalif karar vermesi,

IV) Zabta geçirilmemiş bir sebebe binaen hüküm vermiş olması,

V) Zabıtları, kararları tağyir ve tahrif etmesi, söylenmiyen bir sözü karara tesir edecek şekilde söylenmiş gibi göstermesi,

VI) İhkakı haktan istinkâf etmesi,

VII) İhmal ve terahi ile tarafın haksız bir zararına sebep olması,

VIII) Kanuna göre verilen emirleri makbul sebep yokken yapmıyarak bir tarafın zararına sebep olması,

IX) Medenî Kanuna göre²⁴ de vesayet uzvu sıfatile vesayet işlerini tanzimde bir kusuru bulunması.

Mesuliyeti müstelzim bütün hallerde hâkimin haksız karar ve tedbiri bir tarafın zararını mucip olmuşsa tazminat davası açılabilir.

Türk Kanununun kabul ettiği mesuliyet halleri iki guruba ayrılır :

a) Hâkimin karar ve tedbiri kanuna ve adalete uymaması halinde mesuliyeti,

b) Hâkimin muhakemenin sevk ve idaresi sırasında lüzumlu tedbirleri ihmal etmesi veyahut kanuna ve adalete uymıyan lüzumsuz tedbirler ittihaz etmesi neticesi olarak esas kararın vaktinde verilememesi veya hatalı olması, yahut esas kararlar münasebeti olmıyan haksız zararlar hasıl olması, meselâ, istenen versiz ihtiyatî haciz talebinin kabulü, kanuna aykırı tevkîf kararı verilmesi gibi esas kararlar tamir edilemiyen zararlara sebep olması halinde mesuliyeti.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, hâkimin mesuliyetinin leh ve aleyhindeki mülâhazaları göz önünde tuttuktan sonra, oldukça geniş sebeplerle, hâkimin mesuliyetini kabul etmiştir. Kanun hâkimin kasten veya kanunda muayyen bir kusurla hatalı hüküm vermesi, muhakemenin

24) M. K. m. 409.

idaresinde ise her çeşit kusuru bulunması halinde mesuliyeti prensibini kabul etmiştir.

Belgesay kanunda tayin edilen mesuliyet sebepleri tahdidi olmayacağı mülâhaza ederek, ağır kusur sayılabilen diğer hallerde de hâkimin mesuliyeti ortaya atılabileceği kanaatindedir²⁵.

II

ZARAR

9. Hâkimi, haksız bir karar veya tedbirinden mesul tutmak isteyen taraf zararını ve miktarını ispatı mecburdur. Fakat, Borçlar Kanununa göre²⁶, mağdur bir zarara maruz kaldığını ispat etmekle beraber, miktarını tayin ve ispat edemiyorsa, miktar hâkim tarafından ahvalin mutat yürüyüşü nazara alınarak götürü tespit edilir.

Borçlar Kanunu²⁷ zararın hudusunda veya çoğalmasında mağdura isnat olunabilecek bir kusur da bulunduğu takdirde, hâkime zararın bir kısmını veya tamamını mağdura tahmil etmek salâhiyetini vermiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu²⁸, kategorik olarak hâkimi davacının esas davaya müteallik "kâffeî zarar"ından mesul tutmuştur. Fakat, Borçlar Kanununun mezkûr hükmü tabii olarak mahfuz bulunduğundan, davacının kusuru zararın hudusunda veya çoğalmasında az çok âmil olmuşsa, mahkeme hâkimin mesuliyetini de hafifletebilir, veya büsbütün kaldırabilir. Meselâ, davetiye tebliğ edilmemiş ve mahkemede hazır bulunarak kendisini müdafaa etmemiş olan taraf, aleyhine verilen açıkça kanuna muhalif bir karar, eski hale getirme veya temyiz yoluna müracaatla tashih ettirerek zarardan kurtulabilecekken, bu yollara baş vurmamış, hele hâkimi mahkûm ettirebilmek garazile bu yollara müracaatı ihmal etmişse, tazminatın bir kısmı, hattâ hepsi kendi üzerinde bırakılabilir.

Borçlar Kanununa göre²⁹, mağdurun bir kusuru olmasa bile, hâkim davalının kusurunun ağırlığına göre mahkûm edilebileceği tazminatın şumulünü tayin eder.

25) Belgesay No. 86 s. 65.

26) B. K. m. 42.

27) B. K. m. 44.

28) HUK m. 576.

29) B. K. m. 43.

Bazı yabancı kanunlar (meselâ, Friburg, Vaud) hâkimi haksız fiilin ancak doğrudan doğruya ve ilk olarak sebep olduğu zarardan mesul tutmuştur. Türk Usulü Muhakeme kanunu da hâkimin "esasî davaya müteallik hükümden tevellüt eden" zarardan mesuliyetini kabul etmiş³⁰ olduğundan, hâkim zararlı karar veya tedbirinin kendi sırasında sebep olduğu ve bu suretle teselsül eden bütün zararlardan mesul edilemez.

Umumiyetle, haksız fiilin neticesi olan bir zararın sebep olduğu müteakip zararlar, ya daha evvel mevcut veya sonradan hadis olan münzam sebeplerin tesirile olmaktadır. Binaenaleyh, hangi zararlar doğrudan doğruya hâkimin haksız kararlarının neticesi olduğu kat'i olarak tayin edilemez. Her halde bir noktada durulmak gerekir. Fail teselsül eden zararlardan ne derece mesul olduğu, ne vakit bir zarar evvelce işlenmiş fiilin neticesi sayılabileceği noktasında muhtelif fikirlerin tahlili tezimizin mevzuuna girmez. İltihak ettiğimiz noktayı nazarı izah ile iktifa ediyoruz.

Bir haksız fiil olmamış olsaydı bile tazmini istenen zarar hadis olabilecek idiye, zararlar arasında münasebet kesilir³¹, bu çeşit zararlar haksız fiilin neticesi sayılmaz. İşlerin mutat yürüyüşü bakımından bir haksız fiil işlenirken hesaplanamayan, düşünülemediyen müteakip tabii sebepler veya insan fiili inzimam etmesi neticesi olan zararlardan mesuliyet davalı uhdesine tahmil olunması âdil değildir. Prof. Esmein haksız fiil failinin mesuliyetini bir noktada durdurmak zaruretile, ahval ve şartlara göre bir fiille onun tahminler içinde olmayın neticeleri arası münasebeti kabul etmemektedir³². Borçlar Kanunu³³ kusurun ağırlığına göre failin mahkûm edilebileceği tazminatın şumulünü tayin ettiğinden, fail ancak âdetler itibarile tahmin imkânını bulduğu nispette teselsül eden zarardan mesul tutulmak gerekir. O fiilin nekadar geniş zararlara sebep olabileceğini hatırına getirebilmişse, kusuru o kadar ağır sayılır, binaenaleyh, mesuliyeti o derece şumullü olur. Hâkimin mesuliyeti de bu esas dairesinde takdir ve tayin edilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi 3 ekim 1950 kararında³⁴ diyor ki, haksız fiil ile vaki bir zarar arası münasebeti kat'i ve tam olarak ispat zarureti kabul edilemez. Hâkim, hayat tecrübesi ve ahvalın mutat yürüyüşüne göre tayin edilecek kat'iyet derecesi ile iktifaya mecburdur. Umumi ha-

30) HUK m. 576.

31) Von Thur s. 74.

32) Planiol no. 541.

33) B. K. m. 43.

34) Jdt 1951 s. 272 no. 6.

yat tecrübelerine ve ahvalin mutata yürüyüşüne göre davalının fiili iddia olunan zarar husule getirebilmesi kâfidir.

Birsene göre haksız fiille zarar arası “münasebet veya illiyet failin tahmin etmediği ve bir takım harici sebeplerin de inzimamı ile tahakkuk” edebilir³⁵. Ancak ahvalin mutata yürüyüşünde haksız fiilin tabii veya anzi bir neticesi olabileceğini kimsenin tahmin etmediği zararları mahfuz tutmalıdır. Her halde “mesuliyeti mucip fiilin, tabiat ve mahiyeti itibarıyla, mevcut ahval ve şeraitte ve hayattaki tecrübelerle göre, husule gelmiş olan zararları tevlide müstait olması icap eder”³⁶. Bu tam illiyet rabitasıdır. Çünkü Borçlar Kanununa göre³⁷ mütemerrit olan borçlu kazara vukua gelecek zararlardan da mesuldür³⁸.

Bir misal : Sorgu hâkimi kanunen mesuliyetini müstelzim bir sebeple, birini mevkufen ağır ceza mahkemesine sevkeder. Aylarca mevkuf kalan sanık bu vaziyeti icabı masumiyetini tebarüz ettiren delilleri zamanında tedarik edemez, tedarik edemediği için de mahkeme onu zan altında olduğu fiili işlemiş addederek uzun bir müddet hapse mahkûm eder; bu mahkûmiyet kararını esas tutan hukuk hâkimi de onu hapisanede bulunduğu bir sırada kendini müdafaa imkânlarını temin edemediği için yüksek bir tazminata mahkûm eder. Tazminatın tahsili için onun bütün malları haczedilir. O tahliyesinden sonra masumiyet delillerini meydana çıkararak iade muhakeme yolu ile beraet eder. Bu halde, sorgu hâkiminin bütün bu haksız zararlardan mesul tutulması gerekir. Haksız mevkufiyet kararı veren hâkim, mevkufiyetin bütün bu neticelerini tahmin edebilirdi. Fakat, meselâ, yukarıda bahsettiğimiz kimse fakirleştiği için oğlunu tahsile devam ettiremezse, oğlu bu tahsil neticesi elde etmesi ihtimali kuvvetli olan ileriki menfaatlerini sorgu hâkimine tazmin ettiremez. Çünkü, bir kimseyi haksız tevkif eden hâkimin bu derece ileri ve diğere müspet veya menfi sebeplerin inzimamı ile hasıl olabilecek zarar tahmin etmesi kabul edilemez. Ahvalin mutata yürüyüşünden bu zararlar dahi haksız mevkufiyetin bir neticesi olabileceğini âkil bir adam zor tahmin eder.

Temyiz Mahkemesi 17/7/942 kararında³⁹ “bir zararın tazmin edilebilmesi için mesuliyeti doğuran fiille tazmini lâzım gelen zarar arasında illiyet rabitası bulunmak” şart olduğunu tebarüz ettirdikten sonra, bir

35) Birsen s. 233.

36) Saymen s. 284.

37) B. K. m. 102.

38) Von Thur s. 74.

39) IV. HD. 1890/2049 Tuğsavul s. 18.

tramvay kazasında, "yaralanan anasını bu halde görmesinden müteessir olarak asabi ve ruhi hastalığa müptela" olan kimsenin zararı ile kaza arasında illiyet rabitası görmemiştir⁴⁰.

Adalet iktiza ederse hâkim, davalı hâkimi haksız kararının tahmini nispeten zor olan teselsül etmiş neticelerinden mesul tutmayabilir. Meselâ, büyük kudret ve nüfuzu olan birisinin iltiması ile istemiyerek sanığı haksız tevkiye karar verdikten sonra beraet ettiren hâkimin mesuliyeti sadece onun mevkuf kaldığı müddetçe kazanması kuvvetle muhtemel olan gündeliğinin ödenmesine hasredilerek, manevi zararlardan mesul tutulmayabilir. Esmein diyor ki, nazari olarak fail sebebiyet verdiği zararı tamamen ödemeğe mecburdur, fakat ödenecek zararın takdirini biraz indirdir⁴¹. Hâkim failin kusurunun ağırlığına göre takdir hakkını kullanmalıdır.

III

HÂKİMİN BİR TARAFLI İLTİZAM VEYA ONA GAREZ İÇİN

KANUNA VE ADALETE AYKIRI KARAR VERMESİ

A. Bir tarafı tesahüp ve iltizam

10. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 573 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre hâkimin bir tarafı tesahüp ve iltizam veyahut ona garez ve nefsanîyet dolayısıyla adalete ve kanuna aykırı karar vermesi, 5 inci fıkrasına göre de, "ita veya temin veya vadolunan menfaat dolayısıyla muğayiri kanun hüküm" vermesi mesuliyetini müstelzimidir.

Hâkimin bir tarafı tesahüp ve iltizam kastı olmaksızın adalete ve kanuna aykırı, veyahut bir tarafı tesahüp için adalete veya kanuna uygun karar vermesi mesuliyetini iltizam edip etmeyeceği bir meseledir. Yabancı kanunlar benzeri bir hükmü ihtiva etmemesi itibarile, mesele garp müelliflerinde bahis konusu olmamıştır.

Türk Kanunu bakımından, adalet ile hâkimin bir tarafı tesahüp ve iltizam veyahut vaad veya temin olunan bir menfaat sebebiyle karar vermesi arası münasebet zarurî değildir. Bir tarafı tesahüp için verilen kara-

40) Ahvalin mutad yürüyüşünde evlâdın anasını ağır yaralı görmesi ile aklını kaybetmesi arasında münasebet kat'i değildir. Failin aklını oynatması evvelden şahsında mevcut sebeplerin yeni sebep münasebetile inkisafı neticesi olduğunu kabul daha doğru olur. Yaraya sebep olan kimse bu neticeyi tahmin edemezdi.

41) Planiol No. 511, 512.

ın mutlaka adaletsiz olması gerekmez. Çünkü, adaletsizlik sadece bir tarafın tesahüp veya ona garezle hüküm verilmesinden ibaret olsaydı, hâkimin mesuliyeti için bilerek bir tarafı iltizamen karar vermesi kâfi görülürdü. Kanunun maksadı şüphesiz, sübjektif değil, objektif bir adalettir. Objektif olarak kanuna ve adalete uymayan bir karar bir tarafı tesahüp maksadile verilmemişse, hâkimin mesuliyetini müstelzim olmadığı gibi, tesahüp maksadıyla de olsa objektif adalete uygun bir karar verilmesi hâkimin mesuliyetini müstelzim olmaz. Bir tarafı iltizam için de olsa, hâkimin doğru bir karar haksız bir zarar husule getiremediği için, mesuliyetine kâfi gelmezdi. Şu var ki, hâkimin bir tarafı iltizamla karar verdiği tahakkuk ederse, karar kanuna ve adalete ne derece uyduğu mesuliyet davasında karar verecek olan hâkimin takdirine tabidir. Diğer bir deyimle, sübjektif hislerin tesiri altında karar veren bir hâkim kanun ve adaleti hatalı anlamasından mesul olur. Bu vaziyette karar vermiş bir hâkim hakkında 573 üncü maddenin 2 inci fıkrası tatbik edilemez.

Maddî menfaat mukabili kanuna ve adalete uygun karar veren hâkim, haksız bir zarar olmadığı için, tazminatla mesul olmazsa da, vazifesini suiistimal ettiği iddiasıyla ceza mahkemesinde takip olunabilir.

Bir tarafı tesahüp ve iltizamla adalet arası münasebet tesisi zarurî olmadığına göre, objektif adaletin ne olduğunu tayin zarureti vardır. Hâkimin bir tarafı tesahüp ve iltizam için veya sadece hissine kapılarak adalet diye mantıksız, gaddarane hüküm vermesi mazur görülemez. Objektif adaletten ileride⁴² bahsedeceğiz.

Hâkimin bir tarafı tesahüp ve iltizam için veya nefsanîyetle hüküm vermesi, bilerek haksız hüküm vermesidir. Fransız telâkkilerinde bir hâkimin kararında, lâzım olmadığı halde, kasten bir taraf hakkında mahiyeten suç olan hakaret ve iftira kabilinden isnatları mesuliyet sebebidir⁴³.

Davacı, hâkimi, bir tarafı tesahüp ve iltizam garezini ispata mecbur olmadan, temin olunan bir menfaat sebeble kanuna aykırı hüküm verdiğini ispat edebilirse, 573 üncü maddenin 5 inci fıkrasına göre, zarardan mesul tutulabilir. Bu halde kararın kanun veya adalete uymadığı farz olunur.

Hâkimin terfi ettirilmesi, aleyhine bir takibin önlenmesi gibi ölçülebilen ehemmiyetli manevî menfaatler tesirle kanuna uymayan hükümler vermesi, bir tarafı iltizamla verilmiş sayılarak, mesuliyeti için kâfi gelir.

42) No. 11.

43) Pandectes Prise à partie No. 38.

Hakikatte 573 üncü maddenin 5 no. lu fıkrası 1 no. lu fıkrasının hususi bir vaziyete tatbikidir. Kanun 1 no. lu fıkrasında hâkimin mesuliyeti için karar kanun ve adalete aykırı olmasını şart ettiği halde, 5 no. lu fıkrada sadece kanuna aykırı olmasını kâfi addederek adaletten baksetmemiştir. Fakat, hâkim kanundan aldığı takdir salâhiyetini kullanırken maddi menfaati için âdil olmayan bir karar vermesi halinde mesul olması tabii görünür.

Hâkimin kanunen verilmesi lâzım gelmediğini bildiği bir parayı bir kararla alması veya istemesi, meselâ, keşif için nizamname ile tayin olunan fazla yol parası alması mesuliyetini müstelzimdir⁴⁴. Hâkim kanuna muhalif olarak aldığı keşif ücretini iadeye mecbur olduğu gibi, meselâ, istediği fahiş ücret ödenmediği için keşif yapıyarak esas hakkında da kanuna muğayir bir karar vermişse mesul olur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hâkimin mesuliyeti için karar hem kanuna, hem de adalete uygun olmaması şartını koymuşsa da, bir hâkimin kanunun kendine verdiği takdir salâhiyetini suiistimal ederek bir tarafı iltizam için adalete muhalif karar vermesi mazur görülemeyeceği gibi hislerinin tesiri altında adalet diye kanuna aykırı bir karar vermesi de mazur görülemez. Bunun için metindeki “ve” kelimesi “veya” manasına alınarak kanuna veya kanunun takdir salâhiyetini verdiği hallerde adalete aykırı karar veren hâkimi mesul tutmak gerekir.

10 a. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, hâkimlerin ceza kanuni- le suç addedilen fiilleri sebepile cezai olduğu kadar hukuki mesuliyetini de mahfuz tuttuğu tabii sayılmalıdır. Binaenaleyh hâkim taraflardan birinin peşinen verdiği, vadettiği bir menfaat sebepile kanuna aykırı bir karar vermişse mesul olduğu gibi, efkân âmnenin tesiri altında veya prestijini korumak, bilgisini göstermek, taraflardan birisine karşı ahlâki veya politik kanaatleri, salık olduğu din, ırk sebepile veya diğer sempatik veya antipatik bir hissin tesirile adalete veya kanuna aykırı bir karar vermişse, cezaen olduğu kadar, hukuken de mesul olur. Hâkim bu halde de bir tarafı iltizam etmiş veya ona nefsaniyetle hüküm vermiş sayılır.

Hâkimi dâvanın heyeti umumîyesinden ve karşılıklı vaziyetlerden hasil ettiği sempatik veya antipatik hisle adalette telif edilemeyen bir hüküm vermişse, meselâ, davacının nişan bozulmasından kayde değer bir zarar olmadığı halde, belagatle yapılan müdafaanın tesirine ka-

44) Répertoire, Prise à partie No. 31.

pılarak, objektif olarak kusurlu olmıyan davalıyı yüksek bir tazminata mahkûm ederek perişan vaziyete düşürmüşse mesul tutmak zordur.

Hâkimin mesuliyeti bu derece ileri götürülmesi doğru olamaz. Muhakemeden doğan hisler mesuliyete esas tutulmamak lâzımdır.

Ceza Kanununun aldığı manada, “devamlı veya muvakkat surette teşriî, idari veya adli bir âmme vazifesi gören Devlet veya diğer âmme müesseseleri müstahdemleri” memur sayıldığından⁴⁵, hâkimler de Ceza Kanununun tatbiki bakımından memurdur⁴⁶.

Ceza Kanunu⁴⁷ sanığa suçunu söyletmek için işkence yapılmasını sureti mahsusada cezalandırmıştır. İşkence, bir suçu benimsemesi veyahut şartları etrafında istenen malûmatı vermesi için sanığa bedenen veya ruhan verilen ızdıraptır. Bu maksatla sanığı son derece üzücü bir duruma sokma, hattâ şahsına göre sadece tevkif te işkence sayılabilir.

Ceza Kanunu 232 inci maddesinde “görülmekte olan bir davanın tarafeyninden biri hakkında sahabet veya gaze ve menfaate müsteniden hâkimlere emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas eden kimse” yi cezalandırdıktan sonra, 233 inci maddede böyle bir “emir ve iltimasa müsteniden hüküm ve karar veren hâkimler hakkında dahi hüküm ve karara suret ve mahiyetine ve mahkûmun hukuku üzerinde yaptığı tesirin derecesine göre iki seneden beş seneye kadar hapis ve hâkimlik hizmetinden müebbet mahrumiyet”, 240 ncı madde ile de umumi olarak “kanunda yazılı hallerden başka her ne suretle olursa olsun vazifesini suiistimal eden memur” hakkında “derecesine göre üç aydan üç seneye kadar” hapis cezası tayin etmiştir.

Hâkim memuriyetinin bahsettiği bir salâhiyeti şahsi menfaatleri için kullanması, veyahut kanuna ve adalete aykırı olduğunu bildiği bir karar vermesi halinde vazifesini suiistimal etmiş olur. Adalete yabancı hislerle bilerek hüküm veren hâkim vazifesini suiistimal ettiği şüphesizdir. İltimas “müsavi mertebede bulunan iki kimseden birinin diğerine başkası için ettiği talep ve rica”dır⁴⁸. Hâkim kanuna veya adalete aykırı kararını üzerinde nüfuz sahibi bir kimsenin bir tarafı tesahüp ve iltizam ederek veya gazezinden ötürü verdiği emrin tesiriyle ittihaz etmişse, kezalik mesul olur. Hâkimin bir emir ve iltimasa müsteniden verdiği kararın ve adalete uygun

45) C. K. m. 279.

46) İleride zikredilen Temyiz Genel Kurulu kararı No. 19, s. 70. not 3.

47) C. K. m. 343.

48) Şemsettin Sami, Kamusu Türki.

olan bir kararı cezayı istilzam edip etmediğini münakaşa etmiyoruz. Bu karar her halde meşrû bir menfaati ihlâl etmemesi itibarile haksız bir zarara sebebiyet vermiyeceği için hukuki mesuliyeti istilzam etmez.

Bir hâkim hakkında vazifesini ihmal etmesile suiistimal etmesi, i'timasa binaen hüküm vermesi arasında tatbik olunacak ceza bakımından fark vardır. Bu suçlar çok kere birbirine karşı⁴⁹. Suç sayılan bir fiilin sebep olduğu zararın tazminibakımından ceza kanunlarının tayin ettiği ceza miktarı rol oynamadığı için meselenin münakaşasını mevzu harici bıraktık.

Hâkimin bir tarafı tesahüp ve iltizamla veyahut ona nefsanîyetle, birinin emir veya iltimasına müsteniden hareket ettiği haricen tezahür edea hareketlerinden anlaşılmalıdır. Umumiyetle bir tarafı iltizamla hüküm verildiğini gösteren bir vaziyeti kastın delili olarak kabul etmek lâzımdır, meğer ki, hâkim hareketinin kasta makrun olmadığını ispat imkânını bulabilsin.

B. Adalete aykırı karar

11. Hâkimin adalet diye haksız ve indi karar vermesini önlemek için adaletin objektif kıstaslarla tayin edilmesi gerekir. Kanunlar gibi, hâkimlerin kararlarını da bu bakımdan değerlendirmek, tasvip veya takbih etmek gerekir.

İdeal adalet mefhumu müphemdir, hissölünür, fakat tayin ve tarifi zordur. Çarpışan menfaatler arası tam bir muvazene yapılarak mutlak adalete ulaşmak insan için mümkün değildir. Mutlak adaletin hudutlarında kat'iyet yoktur. Fakat, mutlak adaletin yapılamaması, hiç olmazsa nisbî bir adaletin yapılmasına mani olmamalıdır.

Adalet objektif kriterlere göre karşılaşılan menfaatler tartılarak tayin olunmalıdır, yoksa adalet sübjektif ve hissi olur. Çok kere hissi olan bir adalet hakikatte adaletsizliktir. Türk Medenî ve Usul Kanunları ve bir hayli yabancı kanunlar, eski devir kanunları bazı prensipleri adalet icabı olarak kabul etmişlerdir. Objektif adalet bu tarihî doneler esas tutularak tayin olunmalıdır. Bu donelere göre adaleti tayin için şu aşağıdaki noktalar esas tutulmalıdır :

a) Adalet müsavi şartlar altında müsavi muameleyi tazammun eder.

49) Dönmezer, iki yeni Yargıtay kararı dolayısıyla memuriyet vazifesini ihmal ve suiistimal suçlarının birbirinden ayırmağa yarayacak kıstas, H. F. Mec. 1945, sayı 1 - 2, s. 245.

Selim düşünebilen herkes adaletin bu icabını teslimde tereddüt etmez. Fakat, adalet şekli değil, hakiki olan müsavata iktiza ettirir. Anzî veya tabii bazı sebeplerle şartları müsavi olmayan insanlar arasında hakiki müsavata sağlamak için hâkimin eşit olmayan muameleler tatbik etmesi adalete uyar. Aksine olarak, hususiyeti olan ahval ve şartları nazara almadan şeklen müsavi muamele adalete aykındır. Medenî Kanun 8 inci maddesinde herkesin medenî haklardan müsavi olarak istifade etmesi kaidesini koymuştur.

b) Adalet insanların tabii olan haklarına hürmeti, herkese hak vermesini iktiza eder. Ferdî haklar, ancak sosyal zaruret ve karşılıklı menfaat icaplarıyla hudutlanabilir. Her hakkın tabii hududu, diğerlerinin tabii haklarıdır.

Ceza Kanunu ferdin tabii haklarını muhafaza zaruretile işlediği fiilleri cezalandırmamıştır. Meşrû müdafaa halinde işlenen fiiller haksız değildir⁵⁰. İstırar halinde ise kurtarılan menfaat nisbetinde tecavüz edilen menfaatin tazmini gerekir.

c) Adalet karşılaştıran menfaatler mukayese edilerek nispeten büyük ve vasif itibarıyla himayeye daha lâyık olanın tercihini iktiza eder.

Objektif olarak, karşılıklı menfaatler arasında bir hiyerarşi yapılır, sosyal mülâhazalarla üstün tutulan menfaat tercih olunur. Hiyerarşide insan hayatı en üstte, mal alta gelir. Hayatı tehdit eden rahatsızlıklar, üzüntüler menfaat mukayesesinde mala üstündür. Fakat, hayati olmayan sıkıntılar, üzüntüler nispeten büyük maddi zararların altında sayılabilir.

Adalet büyük menfaati korumak için feda edilen menfaatin istifade hududu içinde tazmin edilmesini gerektirir.

Federal Mahkemeye göre umumi menfaatlerin umumî vasfı mutlaka hususî menfaatlere üstünlüğünü gerektirmez. Ferdin şahsî hakları ile sosyal menfaatler karşılaştığı takdirde de keyfiyet ve kemiyet cihetinden üstün menfaat öne geçer⁵¹.

Adaleti tayin için menfaatleri objektif ölçmek yetmez, tarafları

50) CK. m. 49, BK. m. 52.

51) Federal Mahkeme 22 Haziran 1944 kararında (Jdt 1945 s. 24) diyor ki, şahsiyetin miskin ve dar himayesi sosyete içinde artistik inkişafa mani olmamalıdır. Güzel san'at mahsulü eserler halkın medeniyet seviyesini yükseltir, fakat sosyetenin bu hakkı hudutsuz olamaz, şahsiyet hakkının yüksek icapları karşısında himay görmez.

sübjektif durumları, kusurları göz önünde tutularak himayeye daha lâyık olan menfaate ön vermek gerekir. Himayeye daha lâyık, objektif bakımdan daha küçük bir menfaat, himayeye değmeyen büyük bir menfaate üstün tutulabilir. Alabileceği bazı tedbirlerle diğerinin zararını önleyebilecek vaziyette, binaenaleyh, kusurlu olan tarafın büyük menfaati, aynı vaziyette olmayan tarafın nisbeten küçük menfaatini korumak için feda edilebilir. Her iki tarafın kusurlarıyla menfaatleri çarpışması halinde ise kusurların ağırlığı nazara alınır. Kanunların bu esastan yürüyerek kabul ettiği bazı hükümler :

İcra ve İflâs Kanunu borç ödemedenden âciz vaziyete düşen bir borçlunun alacaklıları zaranna yaptığı tasarrufları iptal bakımından alâkalıların kusurlarını ölçmüştür. Üçüncü şahsın borçlu ile borçlarını ödeme imkânlarından mahrum olduğunu bilerek yaptığı bir muamele, alacaklıların menfaatini korumak için, iptal olunur. Çünkü üçüncü şahsın kusuru alacaklına nispet daha ağır, binaenaleyh, menfaati daha az himayeye lâyıktır. Fakat, o borçlu ile vaziyetini bilmiyerek bir muamele yapmışsa kusuru alacaklına nispet hafiftir. Nihayet alacaklının itimat edilemeyecek bir kimseye kredi vermesi pek hafif de olsa bir kusurdur.

Borçlunun vaziyetini bilmiyen bir kimseye dahi yaptığı bağışlamalar iptal olunur⁵². Bir bedel vermeden diğerinden bir mal kabul eden kimse- nin menfaati, alacağını kaybeden alacaklının menfaatine nazaran daha az himayeye değdiği şüphesizdir. Bu pek bariz olan üstün menfaat karşısında alacaklının fazla cömert, hesabını iyi yapmayan bir kimseye kredi vermesinden ibaret pek hafif kusuru düşünülmez.

Müdafaa, yalnız hayata, mala tecavüze karşı değil, şerefe ve diğer haklara tecavüze karşı da meşrudur, yeter ki, tecavüz edilen menfaate nazaran korunacak menfaat üstün olsun, fakat korunan menfaatle onu korumak için verilen zarar arasında nispet kabul etmez fark varsa müdafaa meşruvetini kaybeder, fail müdafaa için işlediği fiilden mesul olur. Bu halde, hâkim sadece menfaatini müdafaa edenin cezasını hafifletir⁵³, mesuliyetini azaltır⁵⁴.

Bir kimsenin suîniyetle başkasının arsasına tecavüzle inşa ettiği bina yıktırılır. Çünkü, kusuru olmayan arsa sahibinin menfaati, mütevacizin menfaatine üstündür. Fakat, objektif bakımdan binanın kıymeti ar

52) İc. İf. K. m. 278.

53) B. K. m. 52, C. K. m. 49, 50.

54) B. K. m. 44.

sanın kıymetine nispet kabul etmez derece yüksekse, adalet bu vaziyette, arsa sahibini muhik bir tazminat mukabili binayı tesahübe mecbur tutar⁵⁵.

Kanunlar sosyal bazı menfaatlerin üstünlüğünü kabul etmiştir. Hâkimin kanununun üstün saydığı menfaatleri tercih etmemesi kanun bakımından adalete aykındır. Bazı misaller :

Medeni Kanun evlenme dışı çocukların vaziyetini tayin ederken aile menfaati ve politik mülâhazalarla nesebi sahih olmıyan bir çocuk, nesebi sahih bir çocukla içtima ederse, baba cihetinden mirasın intikalinde yarım hisse almasını haklı bulmuştur⁵⁶. Aynı mülâhaza ile evli olan kimsenin karısından başkasının doğurduğu çocuğu tanıması menedilmiştir⁵⁷. Mirasta aile tesanüdü esas tutularak usul, furuğ, kanı, koca için mahfuz hisseler kabul edilmiştir. Hâkim, miras kalan zirai veya sınaî gaymenkulleri, talebi hal'inde, erkek evlatlardan birine tahsise, bu suretle evlatlar arası müsavata ihlâle mecburdur⁵⁸.

Hâkim adalet telâkkisi ne olursa olsun, sosyal bakımdan üstün sayılan prensiplere sadık kalmak, bu prensiplere aykırı hüküm vermemek lâzımdır.

Şu var ki, adalet daha büyük bir menfaati korumak için zaruret bulunmadıkça tabii üstün haklara hürmeti iktiza ettirir. Sosyal bir menfaat dahi üstünlüğü açık menfaat karşısında korunamaz.

d) Adalet bir tarafa evvelce kendisine yapılmış hizmet karşılığı bir mükellefiyet yüklenmesini iktiza edebilir. Furuun usule nafaka mükellefiyeti bu sebeble kabul olunmuştur.

Hâkim mukavele olmasa bile, hâl ve vaziyet icap ettirirse bir kimseyi diğerine evvelki bir hizmeti karşılığı olarak bir tazminat vermekle mükellef tutabilir. Federal Mahkeme 27 Kasım 1941 kararında diyor ki⁵⁹:

Medeni Kanun ücretten sarahaten feragat etmediği halde aile menfaatine çabıcaan reşit bir çocuğa, babasının malları haczedilmesi halinde hacze istirâk⁶⁰, babasının ölümü halinde de miras taksim edilirken diğer varislerden münasip bir tazminat istemek salâhiyetini⁶¹ vermektedir. Bu tazminat

55) M. K. m. 648, 649.

56) M. K. m. 443.

57) M. K. m. 292.

58) M. K. m. 597.

59) Jdt 942 s. 237.

60) M. K. m. 321.

61) M. K. m. 610.

çocuğun evvelki hizmetinin karşılığıdır. Ana ve babası ile yaşayan ve ivazdan sarahaten feragat etmeden kazancını aileye tahsis eden reşit evlâdın tazminat hakkı kanunda yazılı olandan başka hallere şumullendirilemez. Adalet bir evlâdın babasından hizmeti mukabili para istemesine manidir. Onun ailesine hizmeti aile halinde yaşamasından etmekte olduğu istifade ile takas olur. Fakat, adalet ebeveyn ile çocuklar, bilhassa üvey çocuklarla ana veya baba arası zımnî hizmet mukaveleleri kabul edilmesini iktiza ettiği haller bulunabilir. Aile içinde yaşayan kimse hizmeti karşılığı ücret almasını düşünmemiş olsa bile, müşterek yaşama sonunda aileye temin ettiği menfaat karşılığını almadan ayrılması adalete uymaz. Hüsnüniyet kaidesi ona aileye temin ettiği menfaat hududunda istihkak kesp ettiği ücretin verilmesini gerektirir. Federal Mahkeme kararında bu hâl tarzı adalet hislerini tatmin edeceğini kaydetmektedir.

Ticaret Kanunu da bir ticarî hizmetin arada mukavele bulunmasına lüzum olmadan mükâfatlandırılması prensibini kabul etmektedir. Bir tüccar diğerine, ticaretine ait bir iş gömüştü veya her ne suretle olursa olsun menfaat temin etmiş olursa bir ivaz istemek hakkını haiz olur⁶². Âdi şahsın faaliyetinden faydalanan tüccar da elde ettiği menfaat hududunda ona adalet hislerine uygun tazminat vermeğe mecburdur.

Adalet haksız kazancın iadesini iktiza eder. Mukabilini vermediği veya hizmet olarak ifa etmediği halde, diğerinin hatasından, gafletinden faydalanarak bir şey iktisap eden kimse iade ile mükellef tutulmuştur⁶³.

e) Bir şeyden istifade etmekte olan kimse, kusuru olmasa bile, bu şeyin işletilmesinin, muhafazasının sebep olmuğu zararın tazmin etmesi lâzımdır.

Fransız içtihatları bu esasî kaide olarak kabul etmiştir. Türk Kanunu da "bina veya imal olunan her hangi bir şeyin malikini, o şeyin yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan" mesul tutmuştur⁶⁴.

f) Adalet mübadele edilen mal ve hizmetler arasında muadeleti iktiza eder, fakat, hâkim tarafların serbestçe mübadele ettikleri mal ve hizmet arasında muadeleti kabule mecburdur, mübadele edilen menfaatleri nispetli ve haksız bulamaz, Kanun bakımından kıymet bir kimsenin bir şeye malikiyet için serbest iradesile katlanmağa razı olduğu fedakârlıktır. Ancak hususî sebepler mübadelede kıymet farkı ihdas edebilir.

62) T. K. m. 653.

63) B. K. m. 61.

64) B. K. m. 58.

Mübadele edilen eşyada kıymet farkını icap ettirebilen kanunların nazara aldığı başlıca sebepler şunlardır :

aa) Bir tarafın iradesinde fesat mübadele edilen eşya fiatlarında teadüle mani olabilir. Borçlar Kanunu hata, hile, cebir gibi hakiki nazayı bozan bir sebep tesiri ile aktedilen mukavele ile âkidi bağlı tutmamıştır⁶⁵.

bb) Bir taraf akit mevzuu olan işin muktezasını, fiatları bilmemesi veyahut maruz bulunduğu nisbeten mühim bir tehlikeyi önlemek zaruretiyle mübadelede aldanabilir, veya fedakârlığa katlanabilir. Borçlar Kanunu akti yapmış olan tarafa, diğer âkit vaziyetinden faydalanmak suretiyle büyük menfaat sağlamışsa, akti feshederek verdiğini geri almak salâhiyetini tanımıştır⁶⁶.

cc) İvazlar arası nispetlilik devamlı münasebet tesis eden bir akitte tarafların evvelce düşünmedikleri ahval ve şartlar hadis olmasından ileri gelebilir. Borçlar Kanununa göre istisna aktinde, tarafların evvelce tahmin etmedikleri veya tahmin edip de nazara almadıkları sebepler işin yapılmasını son derece zorlaştırdığı taktirde hâkim akitte takarrur eden bedeli çoğaltmak veyahut mukaveleyi feshetmek salâhiyetini haizdir⁶⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi gerek bu maddenin geniş tefsiri ile, gerek hüsnüniyet kaidesi icabı olarak iki taraflı bütün akitlerde evvelden tahmin olunamıyan sonraki şartlar, bir tarafı mukaveleye riayeti halinde mahvedecek ehemmiyette ise diğer taraf yeni şartlara göre tâdilât kabul etmediği taktirde, mukavelenin feshini kabul etmektedir⁶⁸.

IV

HÂKİMİN KANUNU TATBİK ETMEMESİ

A. Mesuliyeti iltizam eden haller

12. 573 üncü maddenin 2 inci fıkrasına göre, hâkimin "tevil ve izah olmayacak surette vazih ve sarafati kat'iyeyi kanuniyeye mugayir" karar vermesi mesuliyetini istilzam eder.

65) B. K. m. 24-30.

66) B. K. m. 21.

67) B. K. m. 365.

68) İsv. Fed. kararı, 12 Temmuz 1933, JdT 1934 s. 21, "Laesio enormis" ve "clausula rebus sic stantibus" ile bir para borcunda mücbir sebep hakkında not E. Thilo, çeviren B. N. Esen Hukuk Fakültesi Mecmuası 1935 s. 344.

Kanun bir tarafı sahabet ve iltizam, veya ona düşmanlık hissi olmadan, kanuna aykırı karar vermiş olan hâkimi, ancak tatbik ettiği metin pek sarîh olup, tevil kabul etmemesi şartıyla mesul tutmuştur. Hâkim kanunu tevil edebilmişse hatalı tefsirinden mesul dilemez.

Medenî Kanun 1 inci maddesinde, kanunun üstünlüğü prensibini kabul ederek, hâkime sadece kanunun sükûtu halinde hukuk kaidelerini yaratmak salâhiyetini vermiş, fakat, kanunların tefsir ve tatbikinde doktrinle desteklenmiş esas hatırlatmakla iktifa ederek kat'î mahiyette kaide koymaktan kaçınmıştır. Bu maddeye göre, kanun lafzile ve ruhile tatbik olunmak gerektir. Hâkim kanunun metninde açıkça beyan edilenlerden başka, ruhu olan prensiplerden istihraçla da hüküm vermek mecburiyetindedir. Kanunun ruhunda mündemiç bir hüküm varsa, yeni bir hüküm koyamaz. Fakat, hâkim kanunun metin ve ruhile ne derece mukayyet olduğu meseledir. Kanunu tefsir yolu ile hâkimin metinden ne derece ayrılabilceği mühim münakaşalara yol vermiş, kanunları tefsir için muhtelif metodlar müdafaa edilmiştir.

B. Tefsir metodları

1. a) *Şerh metodu* kanuncunun kullandığı terimlerden ne kastettiği mantikî metodlarla (dedüksiyon, endüksiyon, kıyas, evleviyet, zıddiyet delilleri) çıkarılmasıdır. Bu metod taraftarları kanuncunun kanunun metninden lojik metodlarla çıkabilen her şeyi göz önünde tuttuğunu ve istediğini farzeder. Bir hâdisede kanun sarîh değilse, kanun hükümlerinden kıyas yolu ile tatbik edilecek hüküm çıkarılır.

Şerh metodu taraftarlarına göre kuvvetler ayrılığı prensibi icabı, hâkim usulen meriyete giren bir kanunu değiştirmeden, ona bir şey ilâve etmeden tatbik etmek gerekir. Bu tatbik sayesinde hâkimin keyfi kararları önlenir, fertlerin haklarında istikrar temin olunur.

Hakikatte ve pratikte, şerhçi mektebin mülâhaza ettiği bu fayda nazari olarak mevcuttur. Hâkimler bu rejimde de bir tarafı iltizam eden kararlarını, tatbikine memur oldukları metinleri tefsir ile ittihaz etmişlerdir. Anlayışlı, ehliyetli hâkimler bu metodla da kanunu tekâmül ettiren kararlar vermişlerdir.

Mahkemelerin kanunun metnine uygun diye ittihaz ettikleri bir karara yine uygun diye, mütenakız karar verdikleri göz önüne getirilirse, bu usulün istikrarını temin ettiği faydası nazariyatta kalır. Temyiz Mahkemesi bir hayli mütenakız kararları telif için tevhidî içtihat kararları isdar etmiştir.

Şerhçi doktrin taraftarları kanun vazının herşeyi en makul tarzda tanzim kudretine kani olmakla beraber mevcut tatbikat karşısında hissettikleri zaruretle, ikinci derecede olsun, hakkaniyet icaplarını nazara almağa mecbur kalmışlardır. Fakat umumiyetle hâkimlerin metinlerden ayrılmaya salâhiyetini tehlikeli buldukları için, yalnız Devlet otoritesince terünmüş bilginlerin bu salâhiyetini kabul etmişlerdir. Bu âlimlerin metinleri tefsirle beyan ettikleri rey islâm hukukunda fetva namile maruftur. Bu âlimler işlerin icabına, adalete uygun yeni bir hükmü mevcut eski metne istinat ettirmekten adeta estetik bir zevk duyarlar⁶⁹.

Şerh metodu şu sebeplerle tenkit olunmuştur :

aa) Zamanla her kanun hakiki hayata intibak kabiliyetini kaybeder.

bb) Lojik metodlarla kanunun maksadı katıyetle anlaşılabilceği bir hayaldir. Çünkü, kanunun kullandığı terimler, başlıklar, virgüller çok kere tesadüfi, bazan de hatâhdır, hakiki maksadı ifade etmez. Kanunu tatbik edenler şahsî fikir ve kanaatlerini tefsir yolile kanunun manâsı diye yürütebilirler.

cc) Kanun vazının muayyen bir vaziyeti nazara alarak kuduğu hükümleri başka hallerde tatbik, bazen çok haksız, bazen işlerin icaplarına hiç de uymayan neticeler verebilir, terakkilere mani olabilir.

Kanunu tatbik edenlerin, şartları aynı olmayan hâdiselere mahsus hükümleri zorlayarak halledilecek hâdiseye şumullendirmeleri rasyonel değildir. Hâkimin kıyas yaparak değil, ilmi esaslardan mülhem olarak kaide koması lâzımdır.

dd) Şerhçi sistem hâkimin kanun vazını kadar etraflı düşünemeyeceği, kendi kendine makul bir hukuk kaidesi bulmaktan aczi esasına dayanır. Fakat, kanun vazını da hata edebilir. Şerh sistemi ancak kanunların ilâhî bir ilham mahsulü, şaşmayan bir hakikat olması halinde lojik olabilir.

14. b) *Serbest tefsir*. Kanun vazının hataya düşmeyeceği kanaati sarsıldıktan sonra kanuna kanun vazının düşünüşünden başka mâna da verilebileceği sistem şeref yerini aldı. Meselâ, Fransız içtihatlarında eşya muhafızlarının mesuliyetini tayin eden Fransız Medenî kanununun 1384 üncü maddesine, makineleşme neticesi kabulü zaruri olan bir hal şekli bulmak için, o vakitki kanun vazının düşündüğünden başka manâ verildi. Fransız Medenî Kanununun 1382 inci maddesi (Türk Borçlar Kanununun 42 inci maddesi davalının kusurunu ispat külfetini tazminat iddia eden mağ-

69) Coste-Floret s. 113.

dura yüklemektedir. Tehlikeli bir işletmede zarara sebep olan kusuru tayin ve ispat müşkülâtı Fransız hâkimlerini bu tefsire zorlamıştı. Kusuru ispatı mecburiyeti çok hallerde medeniyet kurbanı olanların zararları tazmin edilmemesi neticesini doğuruyordu. Adaletin iktizası cevap verdiği için, eşya muhafızlarını mesuliyetine dair hüküm genişletilerek kusursuz hukuki mesuliyete gidildi⁷⁰.

Serbest tefsir taraflarına göre, kanun muhitin ihtiyaçlarına, karşılıklı menfaat icaplarına göre inkişaf ettirilmelidir. Hâkimin rolü kanunu söylemek değil, hayatın icaplarına intibak ettirmektir. Bu tefsir sayesinde asırlık bir kanun muhitin ihtiyaçlarına, karşılıklı menfaat icaplarına daima uygun bulundurulabilir⁷¹.

Serbest tefsirin mahzuru: Hâkimin kanun diye, kanun olmıyan bir hüküm koması muamelelerde kararsızlığa sebep olur, indi ve keyfi hareketleri maskeler, mektup olmıyan hukuk rejimine avdet olur. Fakat, hâkimin kanunun esiri olması sisteminde de kanun diye bazen zulme kadar giden haksızlıklar yapıldığı, mantık diye mantığa hiç de uymayan, aklın kabul edemeyeceği tefsirlerle hâkimlerin "mürafaaları istedikleri kalıba soktukları"⁷² da her memlekette vakidir.

15. c) *Şekil kanunlarının metnine sadakat, esasa kanunların serbest tefsiri.* Hâkim müesseseleri kuran, nizamlayan şekli tâyin eden metinlerin esiri olması, esas münasebetleri tanzim eden metinleri serbest tefsir etmesi tam serbest tefsir sisteminin mahzurunun azaltan ortalama bir sistem olarak müdafaa olunmuştur⁷³.

Hâkimin şekil kanunlarını serbest tefsir, tashih ve tamamlama salâhiyetini kabul zordur. Bu hükümler herkes için aynı olması zarurî olan kat'î bir disiplin olup, biraz indi tefsiri işini ona göre ayarlamış olanları haklarından mahrum bırakabilir. Misâl : Tebligatın muhatabın şahsına veya aile efradından veya hizmetçilerden birine, ikametgâhta yapılacağına dair HUK m. 126 hükmüne muhalif olarak muhatabın birlikte sakin olmadığı bir hısmına veya birlikte sakin olduğu bir hısmına ikametgâhı dışında yapılmış tebliğin muteber addedilmesi, tescil edilerek ilân edilmemiş bir mülkiyeti muhafaza mukaveləsi muteber sayılması, ticaret siciline geçi-

70) Coste-Floret s. 106, 200

71) Perrau s. 28

72) Mecelle mazbatasındaki ifade, Belgesay Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri, İst. 947. No. 1.

73) De Page in fikirleri Coste-Floret s. 124

rilmemiş şirket mukavelesinin üçüncü şahısları ilgilendiren kayıtları muteber addedilmesi, kanun hükümlerine güvenenlerin zarara maruz kalmalarının ihtimalini çoğaltır. Muamelelerde itimadı korumak için nizamlayıcı şekil kanunları her şeyden önce metne göre tefsir edilmelidir. Aksine olarak, esas münasebeti tanzim eden kanunlar muhitin ve zamanın icaplarına intibak ettirilmelidir. Çünkü, kanunlar âmme vicdanının tam bir tercümesi olmak icap eder.

Hâkimin tefsir bakımından salâhiyetini tâyin için kanunları esas (normatif) ve şekil (nizamlayıcı) olarak ikiye bölmede isabet yoktur. Bu iki kategori kanun kriterleri vazih değildir. Bir münasebette tatbiki gereken usuller çok kere o münasbetin esası ile kaşır.

Bütün nizamlayıcı usul kaidelerini tefsir ile tekâmül ettirilmeyen ebedi bir hukuk kaidesi olarak kabul için ileri sürülen sebep kat'i değildir. Riyetsizliği menfaati korunmak istenen kimse için hiç bir zarar husule getirmediği muhakkak olan eskimiş, kimsenin dinlemediği bir usul ve şekil kaidesine riayet edilmemiş diye bir hakkı yok farzetmekten daha bariz bir haksızlık tasavvuru güçtür. Meselâ, tarafların iddia ve müdafaalarını layiha ile tespit etmeleri lâzım geleceğine dair Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun koyduğu kaide⁷⁴ şüphesiz nizamlayıcıdır. Fakat, hâkim davalının şifahi müdafaasını inceleyerek lehine hüküm verdikten sonra, davacı, onun layiha vermeyip, müdafaasını şifahen yaptığı iddiası ile, ne bakımdan haksızlığa uğradığını beyana lüzum görmeden, esasında çok haklı olan hükmün bozulmasını istemesi rasyonel olamaz.

Hukuk Usul Kanunu esaslı olmayan bir usulsüzlükle yapılmış muamelelerin batıl olmaması⁷⁵, esasa tesiri olmamış usulsüzlük sebebiyle hükmün temyizen bozulmaması prensipini⁷⁶ komuştur. Kısaca, hiç olmazsa Usul Kanununa göre, bir usulsüzlük ancak fiilen şikâyetçi tarafın menfaatini ihlal etmiş olması şartıyla ve onun menfaatini muhafaza için zaruret hududunda butlanı icap edebilir.

Binaenaleyh, mahdut derecede olsa bile, hâkim nizamlayıcı kanun hükümlerini de tekâmül ettirebilir.

d) *Kanunun tamamlayıcı hükümlerin dar, âmir hükümlerin geniş tefsiri.*

Ferdin iradesini tefsir mahiyetinde olan, tamamlayan kanun hü-

74) HUK m. 195

75) HUK m. 82.

76) HUK m. 428

kümelerini âmir hükümlerden ayırmak gerekir. Tefsiri hükümler tarafların iradesi yerine kaim olduğu için hâkimin telâkkisine göre değiştirilmeleri işlerde emniyet ve istikrara mâni olur⁷⁷, serbest tefsir hakkında ileri sürülen kritikler bu çeşit kanunlar bakımından yerindedir. Her halde tefsiri bir kanun hükmü metnine sadakatle tefsir edilmek gerekir. Fakat, bu mahiyette bir kanun hükmü de yapıldığı zamanın ekonomik ve sosyal durumlarını göz önünde tutarak kanunu yazmış olanların düşüncelerine göre değil, tarafların kabul ettikleri farzedilebilecek esaslara göre anlaşılabilir olarak tefsir edilmek gerekir. Hâkim bir mukavelede tarafların iradelerini araştırdığı gibi, tefsiri bir kanun hükmünü de, ahvalin mutad yürüyüşü itibarile akit sırasında tarafların metne verdikleri veya verebildikleri manayı nazara alarak, ve icabında hüsnüniyet kaidesile şiddetini tâdil ederek tatbik etmek gerekir. Tefsiri hükümler Devlet otoritesinin değil tarafların iradesile tatbik olunur.

Aksine olarak, emredici kaidelerin adalet, sosyal menfaat gerektirmesi halinde hâkim tarafından tâdillerini kabul etmek gerekir. Çünkü, emperatif kanunlar âmme intizamı kanunları olup, yalnız taraflar için mecburi olabilir. Umumi nizam efkârı âmmenin telâkkisine tâbidir. Bu mefhumu tayin edecek hâkim umumi telâkkilere tercüman olmak gerekir. Hâkimin içtihadı ile halkın muamelelerini fesada uğratması, işlerin inkişafına mâni olması, zamana uymamasıdır ki âmme intizamını ihlâl eder. Âmme intizamı çok seyyal olduğundan, belli olmıyan sınırlarını çizmek hâkime düşer.

Başgil "kanun vazı nihayet bir zamanda mevcut olan ihtiyaç ve münasebetleri görebilir.... Halbuki hukukcu ve hâkim hayat ve ihtiyaçların seyri ve istihaleleri içinde yaşamakta" olduğunu⁷⁸ mülâhaza ettikten sonra diyor ki, kanun "bir nizamı âmme kaidesi" ise "hâkim vazı kanununun maksat ve niyetini, kanunun esbabı mucibesini... nazara alıyabilir.... Çünkü kanun vazının iradesine bağlanmak kanuna muayyenlik ve istikrar temini içindir. Halbuki "nizamı âmme kaideleri" zaten mahiyeti itibarile zamana ve vukuata göre muayyenlik olan kaidelerdir". Fakat, "muamelat kaidesi" karşısında, "hâkim vazı kanununun maksadını ve iradesini aramağa mecburdur"⁷⁹.

Kısaca, emredici kanunlar taraflar için mecburi olduğu halde, hâ-

77) Coste-Floret s. 126, 127.

78) Başgil s. 302.

79) Başgil s. 305.

kim için mecburî olmayacak, aksine olarak, tefsiri hükümler hâkim için mecburi taraflar için ihtiyari olacaktır.

Hâkimin vazifesi lojik kıyas yaparak, bir ideal düşünmeden kanunu tatbik olamaz. Kanunu mütemadiyen sık sık tâdille adalete, sosyal hayata uygun tutmak vazifesi hasren kanun vazına bırakılamaz.

16. e) *İltihak ettiğimiz sistem.* Hâkimin kanunu hâdiselerin icaplarına intibak ettirme, lüzumunda tashih salâhiyetinden korkular büyütülmemelidir. Tarih boyunca hâkimlerden şikâyetin çoğu, metne muhalif, fakat hakkaniyete ve işin icabına uygun karar vermelerinden değil, indi tarafgirane, zalimane hüküm vermelerinden, veyahut artık ihtiyaca uymayan bir metni sadakatin kemalile tatbik etmelerinden, bilhassa, Alman adli reformu münasebetile, Adalet Bakanı yardımcısının bir nutkunda söylediği gibi, kanuna sadakat için “zekâ bıçaklarile kanunun ruhunu öldürmelerinden”⁸⁰ olmuştur. Hâkim kararlarında tarafsızlığından şüphe uyandırmaz, objektif kalabilirse, kanunu zamanı hazır ihtiyacına göre anlayarak tefsir etmesi şikâyeti mucip olmaz, işlere inkişaf verir. Hâkim davaya esas olan vakıalar, ve bu vakıaların hisleri tahrik eden hal ve şartları, tarafların şahsi olan hususiyetleri karşısında objektif kalarak, makul kaide bulmak, kabulüne mütemayil olduğu hükme kollektif hukuki anlayışı esas tutmak, bunun için de mukayeseli hukuku daha evvel benzeri hâdiselerde verilmiş kararları ve doktrini göz önünde bulundurmamak gerekir. Yoksa, hâkimlerin kanunları istedikleri gibi anlamaları keyfi hareketlere yol açarak, haklarda emniyeti kaldırır. Ali Himmet Berkinin mülâhazaları gibi kanunun sarîh hüküm ve kaideleri haricindeki gayretler tehlikelidir⁸¹. Hâkimin teorilere istinat etmesi yetmez, metne de kıymet vermesi gerekir.

Medenî Kanun ve Hukuk Usul Kanunu bu esastan yürüyerek hüküm sevketmiştir. Biz bu kanunların kabul ettikleri sistemin hareketli müdafii bulunmaktayız. Takip eden paragrafta bu sistemi tafsil ediyoruz:

17. f) *Medenî Kanun ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği sistem.* Bu kanunlar şerhçi mektep tarafından, hâkimin sui-istimalini önlediği zehabile müdafaa edilen, kanunun metinlerini lojik kaidelerle, yapanların maksadına göre manalandırma metodunu kabul etmedikleri gibi, telâkkiye göre değişen ve ilmi vsif verilen tam serbest

80) JdT 1943 s. 67.

81) Berki s. 7.

tefsir sistemini de kabul etmemiş, kanunu işleme yolu ile kanunun ötesine gidilerek ihtiyaca uygun netice çıkarma metodunu tercih etmişlerdir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, hâkimin "kabili tevîl ve izah olmayacak surette vazîh ve sarahati kat'iyeyi kanunîyeye mugayir" karar vermesi mesuliyetini istilzam eder. Binaenaleyh, hâkim gayet sarîh bir kanunu az çok makbul bir tarzda tevîl ederek bertaraf etmeden hüküm vermişse mesul olur. Bilâkis, hâkim taraflardan birini iltizam kastı olmadan, nekadâr sarîh olursa olsun, kanuna istihdaf edebildiği gaye itibarile makul görünen bir mana vererek hâdisede tatbik etmiş veya tatbikinden imtîna etmişse mesul edilemez.

Temyiz IV cü hukuk dairesi 12/1/1951 tarihli kararında⁸² haklı bir davayı her çareye baş vurarak senelerce uzatması, sebep olmadığı halde reddi hâkim yollarına müracaat ederek adaleti sürüncemede bırakması, velhasıl takipte suiniyeti sebebile avukatı şahsen muhakeme masraflarına mahkûm eden hâkimi, hükmü kanunun sarahatine mugayir olduğu için mesul tutmuştur. Temyiz mahkemesi kararında diyor ki: "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 416, 417, 418, 421 inci maddeleri masarifi muhakemenin taraflara yüklenmesini âmir olup mevzuatımızda vekilin masarifi muhakeme ile mahkûm edileceğine dair hiç bir hüküm mevcut değildir. Bu itibarla velevki suiniyetle hareket ederek yargılamayı sürüncemede bırakmış olsa bile vekilin masarifi muhakeme ile mahkûm edilmesi izah ve tevîli kabil olmayacak surette kanunun kat'i sarahatine mugayir bir karar mahiyetinde" dir.

Hakikatte, meselede kanun kategorik olarak sarîh değildir. Hattâ, metinler dikkatle incelenirse, aksine olarak, hâkimin kararı doğrudur. Gerçekten, Hukuk Usul Kanunu 422 inci maddede dâvayı suiniyetle takip eden vekilin şahsen para cezasına mahkûm edilebileceği hükmünü ihtiva etmektedir. Suiniyetle vasıflandırılabilen bir hareketi sebebile para cezasına mahkûm edilebilen bir avukat hareketinin neticesi olabilen münzam muhakeme masraflarından da şahsen mesul tutulabilir. Muhakeme masraflarından doğrudan doğruya taraf mesul ise de, onun şahsen iştirak etmediği vekilin suiniyetle hareketinin sebep olduğu masrafların vekile tahmil olunması kanunun sistemine uygundur. Müekkil ile vekil ittifakla davayı uzatarak hasmı ızrar ettikleri takdirde ise zarardan her ikisi de müteselsilen mesul tutulmak gerekir. Şu halde, tevîle lüzum olmadan dahi şikâyet olunan karar haklı görünür. Avukatın müekkili hesabına

82) Tat. Yar. Kar, 1951 787.

herşeyi yamakta serbest olduğuna dair kategorik vazıh bir hüküm yoktur. Kanun, avukatın müekkiline, suiniyet sahibi olsa bile, itimatla müdafaa yaptığını farzettığı için muhakeme masraflarından yalnız tarafları mesul tutmuştur.

Her kanuda tevil kabul etmiyen kategorik hükümler son derece azdır. Her kanun yapıldığı gün bile tevil ve tefsire müsaittir. Her hâdisenin kendine göre kanun vazınca düşünülmeyen hususiyetleri vardır. Hukuk usulünün kabul ettiği prensip, sadece hâkimin hâdiseye intibak edebilecek kanun hükümlerini işlemeğe mecbur olmasıdır. Böylece, bilgün hâkimlerin kötü kanunları işliyerek hayata intibak ettirmeleri imkân içine girmiş ve hem de hâkimin fazla ileri gitmesi frenlenmiş olur.

Kanunun metni, istihdaf ettiği daha doğrusu zamanının telâkki ve ihtiyaçları bakımından istihdaf etmesi gereken maksadına uymamakta ise, fakat ancak bu halde, hâkim onu tashih etmelidir.

Hâkim, haksızlığı açık bir hüküm vermemek için, kanunun metnini işledikten sonra, hâdisede sakit addederek, vazı kanun gibi hüküm koymalıdır.

Kanuna şeklen olsun hürmetin faydası, içtihatların değişmesi ani olmamasını, halkın kanuna itimadı sarsılmamasını, hâkimin büsbütün yeni ve beklenmiyen bir karar vermemesini temin etmesi, hâkimi düşünmeğe zorlamasıdır.

Hâkimin esas vazifesi hukuku tatbik ederek şahıslar arası nizaları kesmektir. Hâkim, kanunun sahasına girmeyen hususlarda hukukun umumî esaslarından faydalanmak lâzımdır. Kanunun, otomatik olarak sahasına giren bütün hâdiselere aynı şekilde tatbiki de haksız neticeler verebilir. Binaenaleyh, hâkim halline memur edildiği hâdisenin bütün unsur ve şartlarını göz önünde tutup, kanunu müşahhas hâdiseye intibak ettirmeli; icabında şiddetini hafifletmelidir.

Profesör Morin tuhaf bir sosyolojik kanuna göre, diyor⁸³, hukuki hayat açık değil, muhtevaları boşaltılan formüller, teknik mefhumlarla gizlenen esaslar sayesinde inkişaf etmektedir. Her zamanda, her hukukta, hususile Roma, İngiliz, eski Fransız hukukunda terakkiler böyle olmuştur. İnsanın istikrar, yanna itimat psikolojik ihtiyacı bu suretle tatmin edilir. Formüllerde halka sosyal değişmeler olmadığı hissi veren terimler kullanılarak, açık sözlerle istikrar ve terakkilere engel ihdasından kaçınılmak

⁸³) Morin s. 2-5.

gerekir. Böylece, insan sosyal değişmelere ve terakkilere hissetmeden adapte olur. İçtihatlar da aynı şekilde yürümelidir. Velhasıl, hukukta tekâmül kanun metinlerinde eski formülleri kullanmak suretile temin edilmelidir.

Kanunu tefsir eden, ilk tatbik devresinde kanun vazının maksadını açıklayan hazırlık çalışmalarından istifade edebilirse de, az çok uzun zaman sonra bu vesikalardan istifadesi mahdut olur. Hâkim bu dokümanlarla bağlı kalmamalıdır⁸⁴.

Federal Mahkemeye göre kanuna otoritesini veren halkın zımnî muvafakatı olduğu için, hazırlık çalışmalarının kıymeti yoktur. Bu çalışmalar ancak, kanun üzerinde yürütülen diğer fikir ve mütalâalar gibi tâli ehemmiyettedir. Her halde, kanunun metni veya ruhu ile az çok tezat teşkil ediyorsa kanun hazırlanırken ileri sürülen fikirler kıymetsizdir. Bir kanun neşrini müteakip onu hazırlayan kanuncunun hakiki iradesinden ayrıdır⁸⁵. Kanuncunun iradesi metinle tezahür eden emirleri olup hazırlık çalışmalarında rolü olanların kanaatleri olmadığı izahından müstağnidir. Kanuncunun kim olduğunu tayin de bir meseledir. Bir kanun projesi, onu hazırlayan komisyon azalarından her birinin şahsî ve karşılıklı görüş teat'leriyle tekemmül eder. Her aza bir maksatla projeyi kabul eder. Mecliste de mebusların kanunu esbabı mucibe mazbatasını okuyarak, yahut benimseyerek kabul ettikleri farzedilemez. Binaenaleyh, hâkim bir kanunun manasını ve ruhunu kanunu kaleme alanların ihzarî safhalarda ileri sürdükleri fikirlere değil, hüküm günündeki şartları göz önünde tutarak, istihdaf etmesi gereken gayelere göre tayin etmek gerekir.

Fransız Temyiz mahkemesi reisi Ballot-Beaupré, 1904 yılında Medeni Kanunun yüzüncü yıldönümü münasebetile irat ettiği nutukta "metin vuzuhsuzluk, ipham arzettiği vakit..., hâkim ... kanunu yazanların düşüncesini musirrane bir surette araştırmakla vakit geçirmemelidir; eğer aynı metin onlar tarafından bugün yazılmış olsaydı, ne olacağını düşünmelidir"⁸⁶ diyerek izah ettiğimiz görüşü müdafaa etmişti.

aa) *Kanunun metni ruhu ile taarruz etmesi halî*. Medeni Kanun yalnız kanunun metni ile değil, aynı zamanda ruhu ile de tatbikini âmirdir. Medeni Kanun, kanunun ruhu ne olduğunu hukuki fikirlerde gelişmelere yer bırakmak için açıklamamıştır. Kanunun ruhu tanzim ettiği müesseselerin mahiyet ve ihtiyacı, istihdaf ettiği, daha doğrusu istihdaf edebileceği gayedir. Bu gaye kanunun heyeti umumiyesi nazara alınarak tayin olu-

84) Lucien-Brun s. 8 not 1 de zikredilen Federal kararı

85) Isv. Fed. 16 Mart 1948 kararı JdT 149 s. 162.

86) Yörük Hukuk Başlangıcı s. 55.

nur. Kanunun metni istihdaf ettiği farzedilen gayenin inkişafına uygun surette tefsir edilmek iktiza eder.

Kanunun metni, ruhuna uygun manalandırılmazsa hangisi tercih edilecektir?

Rossel kanunun evvelâ lafzile, sonra ruhile tatbik olunacağını kabul etmektedir⁸⁷.

Bizce, Medeni Kanun birini diğerine tercih etmeden, kanunun lafz ve ruhu ile tatbiki mecburiyetini koyduğu için lafzı ruhuna göre imal edilmek, kanunun lafzına ruhuna aykırı mana verilmemek gerekir. Kanunun lafzile, ruhu arasında kat'î ve açık bir zıtlık varsa ruhu tercih edilmedir. Aksi takdirde kanunun ruhu ile tatbikinden bahsedilmesi faydasız kahrıdır. Medeni Kanun, kanunun lafzile dahi tatbiki mecburiyetini koyması, kanunun ruhu tayin olunurken lafzı esas tutulması içindir. Kısaca, hâkim kanunun lafzını imal suretile ruhunu tayin edecek, fakat onu açıkça ruhuna aykırı bulursa ihmal edecektir.

Kanunun lafzı ile ruhunun taarruz etmesine İcra ve İflâs Kanununda güzel bir misal bulabiliriz. Bu kanunun 86 ncı maddesine göre, borçlu haczedilen mallarında alacaklı ve icra memurunun muvafakati ile tasarruf edebilir. Fakat, alacaklı mahcuz malın korunması için zarurî olan bir tedbire, borçluya zarar vermek veya menfaatini iyi hesap edemediği için muvafakat etmezse, meselâ, haczedilmiş hayvanlara, haczedilmiş otları yedirilmesine muvafakat etmezse, borçlu yalnız icra memurundan alacağı müsaade ile bu tasarrufu yapabilir. Çünkü, İcra Kanunun borçlunun mahcuz mallarında tasarruf ehliyetini tahdit etmesinden maksadı alacaklının hacizle iktisap ettiği menfaati korumaktır. Kanunun bu gayesi onun ruhudur. Binaenaleyh, icra memuru, alacaklı hacizle iktisap ettiği hakları muhafaza bakımından az çok varî bir ihtimal ileri sürmeden borçlunun tasarrufuna muvafakatten imtina ederse, memur ona tasarruf müsaadesi verebilir. Binaenaleyh, kanunu metninde yazılı ve terimi, ruhu nazara alınarak veya mânasına tefsir olunmalıdır^{87a}.

Temyiz Mahkemesi bazı içtihatları birleştirme kararında kanunun maksadını nazara alarak lafzını ihmal etmiştir.

Meselâ, İcra ve İflâs Kanunu, 19 uncu maddede, sonu bir tatile tesadüf eden müddet, hitamının ertesi gününe kadar uzatılacağını kabul ettiği halde, 56 ncı maddede, sonu bir "tatil veya talik" gününe tesadüf

87) Rossel cilt I No. 50.

87a) Belgesay İcra ve İflâs Kanunu şerhi 1955, m. 86, No. 2.

eden müddetin üç gün sonraya kadar uzatılacağını kabul etmiştir. Bu ik. madde arasında şeklen zıtlık vardır. Alacaklıya, üçüncü şahsa icraya devam veya icrayı durdurmak için verilen mühletin son günü bir ttille rastlarsa, bu iki maddenin hangisi tatbik olunacağı noktasında içtihat ihtilâfları vardı. Yargıtay bu zıtlığı izale için içtihatları birleştirme kararile⁸⁸ kanunun pek sarıh olan metnine ruhu diye aslı olan İsviçre Kanunun metninden çıkarmak istediği manayı vermiştir; müddetin sonu kanunî tatil gününe rastlarsa 56 ıncı madde değil, 19 uncu madde tatbik olunur. 56 ıncı madde metindeki sarahate rağmen, tatil değil, kanunda yazılı talik sebeplerini ifade eder, binaenaleyh, bu madde yalnız kanunun muayyen olan müddetin son günü bir talik sebebine rastlarsa tatbik olunur. Burada Temyiz Mahkemesinin kararı kanunun ruhuna uygun olup olmadığını münakaşadan kaçınarak, yüksek mahkemenin kanunu lafzile tefsirden ziyade, ruhu itibarile şumulüne giren hükümleri araştırma noktasında haklı görüşünü tebarüz ettiriyoruz.

Hâkim halledeceği mesele hakkında kanunun metin ve ruhunda bir hüküm bulamazsa, mevcutsa, örf ve âdete göre hüküm vermek gerekir, bu takdirde de hâkim için içtihat kapıları kapalıdır.

Bir hadisede tatbik edilecek kaide kanunda tayin edilmediği gibi, ruhundan da çıkarılamazsa, örf de yoksa, hâkim kanun hükümlerini şartları tamamı tamamına uymayan hâdiseye tatbik ile hüküm vermeğe mecbur olmadan ve metni zorlamadan, kendisi kanun vaznı yerine geçerek ve onun tatbik etmesi gibi objektif düşünerek, bulacağı kaideyi prensiptir.

Fransız Medeni Kanunu⁸⁹ hâkimin, kanunun sakit olması, veyahut müphem veya kifayetsiz olması sebebiyle hüküm vermekten imtina etmesini mesuliyetini müstelzim bir hareket addetmiştir.

Hâkim Medeni Kanunun neşri zamanında değil, hüküm vereceği gün vaznı kanun olsaydı ne gibi bir kaide koyacaksa ona göre hüküm vermesi icap eder. O kanunun ruhunu tayin için de geçmiş zamanı değil, halin ihtiyaçlarını göz önünde tutmak gerekir⁹⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi 16 mart 1948 kararında⁹¹ haksız olmadan divor kı, hâkimin kuvvetler ayrılığı prensipine aykırı olarak, kanun vaznı gibi hukuk kaidelerini tayin salahiyeti, istisnai olduğu için, kanunun

88) Tevhidi içtihat kararı 24 mayıs 1944, E. 38, K. 20 R. G. 25 temmuz 1944

89) Madde 4

90) Lucien-Brun s. 7.

91) JdT 1949 s. 162.

metin ve ruhundan hüküm çıkarılmaması haline inhisar eder. Kanun vazı nispeten geniş etüdler yapabilir, hâkim ise kanun vazı kadar geniş etüdler yapabilme imkânlarını bulamaz. Kanuncu hâkim kadar sübjektif tesirler altında da bulunmaz. Bu bakımdan, kanuncunun koyacağı kaide, hâkimin koyacağı kaideye her halde üstün olduğu farzedilebileceğinden, kanunda kıyasen tatbik müsaıt bir hüküm var ise, hâkim kanunda boşluk kabul etmemek lâzımdır.

Kanuncunun hâkime nispet, halin ve işin icabına, adalete daha uygun kaide bulabilme kudreti bir az nazarıdır. Kanuncu meseleyi lüzumu kadar düşünmek, mükerrer müzakerelerle aydınlanmak için zaman bulabildiği halde hâkim nispeten daha çok kısa bir zamanda meseleyi halle mecbur olduğundan, aynı fırsatı bulamadığı doğrudur. Fakat, Pratikte kanunların kıymetçe daima hâkimin kararlarına üstün olduğu muhakkak değildir. Tanzim edildiği hal ve şartlar itibarile, aksine olarak çok kanunlar iyi etüd edilmeden yapılmakta olup, tatbikat sahasında meşrû menfaatlari baltaladığı, haksızlıklara sebep olduğu bir hakikattir. Hâkim ilgili muhitte incelemeler yapamazsa da, yardımcıları olan avukatlar bu fırsatı bulabilirler. Hususile bir hadisede tatbiki istenen kaide evvelki içtihatlar, doktrine istinat ederse kanuna üstün bir kıymet kazanabilir. Kanun vazının zamanında mevcut bazı hususî ahval ve şartların tesiri ile haksız bir kanun yapmış olması uzak bir ihtimal değildir. Haksız bir hususî hukuk kanununun ebedî bir hayat düsturu olmak istidadını göstermesi kabul edilemez. Kısaca, hâkimin metne tam bağlılığı rasyonel değildir.

bb) *İçtihat ve doktrin.* Hâkim kanunu tamamlamak, hattâ tefsir için içtihatlardan ve doktrinden istifadeye mecburdur. Hâkim kanunun ruhu veya adaletin icabı diye metinden ayrılabilmek için doktrini inceleyerek metinler üzerinde fikir yürütmek gerekir. Hâkim hüküm vereceği hâdisede bitaraf kalabilmek için evvelce itiraz edilmiş, kanuna az çok uygun emsal kararların göz önünde tutmalıdır. Hadisenin bünyesine uygun bir içtihat varsa, hele taraf bu içtihadı esas tutarak muamelesini tanzim etmişse, hâkim fazla düşünmeden ve doktrinin kritiklerine kulak asmadan bu içtihadı uygun karar vermesi mesuliyetini istilzam edemez. Hâkim kritik edilen bir içtihadı nazara almayıarak verdiği hüküm sebebiyle de mesul edilemez. İçtihat ve doktrinden birine dayanarak metni tevil eden hâkim daima mazurdur. Hâkimin metni bizzat tevil salâhiyeti, tarafların hadise münasebetile verdikleri izahat karşısında içtihat ve doktrinde hatâ olduğuna kanaat etmesi ve mucip sebebini göstermesi haline inhisar eder.

cc) Hâkim yekûnu ciltler dolduran kanunların bütün maddelerini de-

ğil hattâ varlıklarını bile bilmekte mazurdur. Hukuk fakültelerinde bütün idarî, adli kanunlar şerh edilmez. Yüksek ehliyetli bir hâkim dahi ancak günlük tatbikatı olan kanunları bilir, hususî vaziyetlerde tatbik edilebilecek pek sarîh hükümleri ihtiva eden kanunları bilmeyebilir. Hâkimin mesuliyetinde esas ağır kusur olup, kanun bu esastan yürüyerek hükümler koduğu için, hâkim ancak bilmesi zarurî olan sarîh bir kanunu tatbik etmemesi halinde mesul edilebilir, avukatın müdafasında bildirmediği günlük tatbikatı olmayan bir kanunu incelememesi sebeble mesul edilemez.

Hâkimin her meselede bütün içtihatları incelemesine de imkân yoktur. Hâkim münferit içtihatları kıymet vermiyebilir. O ancak müstakar hal aldığı maruf olan içtihatları nazara almak mecburiyetindedir. Hâkim müstakar bir içtihadı aykırı karar verebilmek için de doktrine istinat etmek, veya hiç olmazsa, müstekar halde olan içtihadın ne bakımdan kanuna aykırı olduğunu kararında tebarüz ettirmek mecburiyetindedir.

Hâkimin yabancı içtihat ve doktrinden faydalanması milli hukukun istiklâlini ortadan kaldıracığı endişesi yerinde değildir. Temyiz Mahkemesi bir hayli içtihatları birleştirme kararlarında kanunlarımızı tefsir ederken aslı olan İsviçre Medenî Kanununa istinat etmiştir⁹².

Medenî Kanun hâkimin kararına esas tutacağı içtihat ve doktrini Türk ve içtihat ve doktrinine hasretmemiştir. Hâkimin kararını Türk muhitine ve Türk hukukunun esas prensiplerine ve içtihatlarına intibak ettirmesi zaruretini kabul ile beraber, yabancı içtihat ve doktrinden faydalanması da gerekir. Hususile, kültür ve mevzuatı aynı olan yabancı memleket içtihat ve doktrinlerinden faydalanma hukuka yeni ve daha çok geniş bir inkişaf sağlar.

Recai Okandan haklı olarak diyor ki, "hâkim keza Medenî Kanunumuzun aslı olan İsviçre Medenî kanunun... tercümeyle esas ittihaz edilen Fransızca metni ile iktifa etmiyerek bazı noktalarda farklı hükümler ihtiva eyliyen Almanca ve İtalyanca metinlerini de nazarı dikkate alması onlardan istifade eylemesi" de gerekir. Hâkim bu sayede "kanunun ruhuna nüfuz" edebilir⁹³. Velidedeoğlu da, hâkim "hattâ lisan biliyorsa başka memleketler hukukunun benzeri meselelerdeki ... hal tarzlarından faydalanacak topladığı bütün fikirleri kafasının içinde tasarlayıp mezce-

92) Meselâ, yukarıda bahsettiğimiz 24 mayıs 1944 tarihli tevhibî içtihat kararında, sonu bir tatil veya talike tesadüf eden mehlis, İcra İflâs Kanununun 56 ncı maddesine tevfikân üç gün uzayacağını tayin ederken İsviçre kanununa istinat etmiştir.

93) Okandan s. 125.

decek, böylece hukuki kanaata varacaktır” demektedir⁹⁴. Gönensay da “hâkim yalnız kendi memleketinin eser ve teliflerini, kendi memleketinin içtihatlarını değil, ledelhace ecnebi memleketlerin eser ve içtihatlarını da tetkik” etmesini lâzım addetmiştir⁹⁵.

Görülüyor ki Türk hâkimlerinin yabancı mevzuattan dahi faydalanabileceği noktasında Türk doktrini müttefiktir.

Bugün medeni dünya ihtiyaçlarında benzerlik açıktır. Yabancı memleketlere seyahat edenler, o memleketlerin az çok hususiyetlerini almakta tereddüt etmiyorlar. Kıyafetlerde, âdetlerde her memleket birbirinden durmadan örnek alıyor. Her memleket kanunları birbirinden hükümler iktibas ediyor. Türk Kanunları İsviçre, Almanya, İtalya, Fransa kanunlarını esas tuttu, onların hükümlerini örnek aldı. Ekonomik münasebetlerde, iş adamlarının itiyadında, Devletlerin pratiklerinin benzerliği çok ileridir. Aile telâkkisinde de benzerliğe doğru gidilmektedir. Yabancı kaynaklardan iktibaslar her memlekette ideal olan hukuku temin eder. Her memleketin diğer memleket müelliflerinin fikirlerinden, mahkemelerinin içtihatlarından karşılıklı istifadeleri dünya hukukunda ideal olan birliği de temin edebilir.

İsviçre Federal Mahkemesi yabancı kanun ve doktrinlerden istifadeyi ihmal etmemektedir. Hattâ, 2 Mart 1938 kararında⁹⁶, kitap unvanları himaye edilip edilemeyeceğini tayin için mülâhazalar yürüttükten sonra yabancı memleket doktrin ve kanunlarına, bu meyanda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile mülga Türk Hakkı telif kanununa da dayanarak, kitap unvanları da original bir fikir mahsulü ise, fikir eseri olarak himaye edileceğine karar vermiştir.

Bu izahata göre, Türk hâkimi kanuna mâna verirken, aslı olan İsviçre kanunu ile mukayeseler yapmak, aynı prensipleri tatbik eden İsviçre, Fransız, Alman içtihatlarından, bu memleketlerde otorite olan müelliflerin fikirlerinden istifade etmek lâzımdır.

HÂKİMİN TARAFLAR ARASI MUKAVELEYİ TATBİK ETMEMESİ

18. Mukaveleler tarafların kanunudur. Onlar münasebetlerinde tatbik edilecek kaideyi kanunun verdiği salâhiyetle tâyin ederler. Hâkimin mukavelelerin tefsirinde rolü kanunun tatbik ve tefsirindeki ro-

94) Velidedeoğlu Umumî Esaslar s. 195.

95) Gönensay cilt I s. 63.

96) JdT 1938 s. 557.

lünden farklıdır. Hâkim bir mukaveleyi tefsir ederken tarafların iradesini esas tutmağa mecburdur. Çünkü, onların münasebetlerinde tâbi olacakları kaideler iradelerinden doğmaktadır. Tarafların kabul ettikleri karşılıklı menfaatler arasında geçen paragrafta⁹⁷ bahsettiğimiz ihtirazi kayıtlı teadül vardır. Binaenaleyh, hâkimin bazı mülâhazalarla mukaveleyi değiştirmek salâhiyeti olamaz, umumiyetle kabul edilen lojik kaidelerle bir akitte tarafların maksatları ne olabileceğini araştırması zarureti vardır. Kanunu yazanların veya tanziminde müessir olanların iradelerini ise sonuna kadar ayakta tutmakta bir fayda omadığı için, kanunu tefsirde hâkimin kanun vazının iradesiyle meşgul olması mantıksız olduğu halde tarafların şahsi menfaatlarını tanzim için beyan ettikleri iradeyi hükmüne esas tutması âdil ve tabii bir icaptır.

Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu mukaveleleri tefsir için kaideler koymamıştır. Ancak, hüsnüniyet kaidesi iradenin objektif tezahürlerinin âkidin içinde kalan gerçek iradeye tercih edilmesini iktiza eder. Bu ihtirazi kayıtlı hâkim makbul delil vasıtalarıyla tarafların bir mukavelede gerçek maksatları ne olduğunu araştırır. Ticaret Kanunu, mukavelelerde emniyeti temin için tefsir kaideleri tayinine zaruret hissetmiştir⁹⁸. Bu kaideler iç iradeden ziyade iradenin izhar şekline göre mukavelelerin tefsiri esasına istinat eder. Bu kanuna göre⁹⁹ mukavelelerin terimleri açıkça, bu terimler umumi anlayışa göre, mânalandırılır. Terimlerin mânası açık olmaması veyahut “ tarafeynin bedihi olan maksadına münafi görün” mesi hâlinde ki “maksada itibar olunur”.

Mukavelelerin tarafların hakikî iradeleri esas tutularak tefsiri bazı çeşit mukavelelerde mesele olabilir. Bugünkü ekonomik icaplarla mukaveleler kollektif yapılmakta, fert bir şart tasarrufla bu mahiyette bir mukaveleye iltihak etmektedir. Binaenaleyh iltihak mukavelelerinin tamamı tamamna tarafların iradelerine göre tefsiri bazan hüsnüniyet kaidesine aykırı düşebilir.

Ticaret Kanununa göre¹⁰⁰ akitlerde adalet, teamül, doğruluk kaideleri zimnen dahil farzolunur. Hâkim bu kaideleri de nazara almak

97) Yukarıda No. 11.

Metinde zikredilen maddeler 29 haziran 1956 tarihli yeni Ticaret Kanunu ile kabul edilmiş olan 1926 tarihli Ticaret Kanunu maddeleridir. Yeni kanun ile tekrarlanmamıştır. Fakat hüsnü niyet kaidesi icabı olduğu için yeni kanun rejiminde de muteberdir.

98) Madde 675-679.

99) Madde 675.

100) Madde 679.

meburiyetindedir. Binaenaleyh, hâkim mukaveleyi, metni müsait olmak şartile, hakkaniyete yaklaştırabilir.

Bu ihtirazi kayıtlarla hâkim tevili kabil de olsa, sarih olan mukavele hükmünü aynen tatbika mecburdur. Hâkim sarih olan bir mukavele metninden ancak hüsnüniyet kaidesi icap etmiş veya tarafların maksadına uygun olduğuna kanaat etmişse ayrılabilir.

HÂKİMİN VAZİFESİNDE TESEYYÜP VE İHMALİ

A. Prensip

19. Hukuk Usulü Muhakemleri Kanunu 573 üncü maddesinin 3, 4 No. lu fıkralarına göre, hâkim ihmaline atfolunacak bir hareketle hüküm vermiş, veya esas karara tâbi olmıyan diğer zararlara sebep olmuşsa mesul olur.

Muhakemenin idaresinde 4 üncü fıkrada yazılı bir kusur kanun bakımından takdire tâbi olmadan hâkimin mesuliyetini istilzam eder.

Bu maddeye 14 Aralık 1929 kanunile ilâve edilen 7 inci fıkraya göre ise hâkim bu maddede açıkça yazılmamış olsa bile memuriyet vazifesini yapmakta her çeşit ihmal ve terahisinden veya kanuna göre verilen emirleri makbul bir sebep olmaksızın yapmamasından mesuldür. Binaenaleyh, hâkim tebarüz ettirilebilen şahsi her hangi bir kusuru ile ittihaz ettiği haksız karar ve tedbirinden mesul tutulabilir. Fakat, hâkim kanunur anlayış ve tefsir hatasından bu hata ancak 1 ve 2 no. lu fıkralarda tahdidi olarak tayin edilen sebepten ileri gelmesi şartile mesul edilebilir.

Hâkimin mesuliyetini istilzam eden ihmal kanunen yapmağa mecbur olduğu bir şeyi yapmaması, karar vaktinde vermemesi gibi menfi veyahut bir vesikayı kaybetmesi, tevkif kararı vermesi gibi müspet bir hareket olur.

Kanun 574 üncü maddede hâkimin karar ittihazından istinkâf etmesi mesuliyetini mucip olmak için bazı şartlar koymaktadır. Bu madde "rüyete hazır" bulunan davalardan bahsettiğine göre, esasa karar verilmemesi halinde tatbik olunur. Yoksa, bir davanın tahkiki sırasında ittihazi zaruri olan çok sayıda ara kararları hakkında tatbik edilemez¹⁰¹.

101) Belgesay "ihmal ve terahinin de 574 üncü maddeye tevfiakan yapılacak bir ihtar ile tespit edilmesi" ni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi 1939 tabında lâzım addetmiştir, Madde 573-576 no. 11; eserinin 1949 tabında ise "yargıç bir tarafa haksız menfaat temini için kararını geciktirmiş.. ise, ev-

Hâkimin mesuliyeti için, emrettiği keyfi bir tedbirin kanuna aykırı, veyahut ittihaz etmediği bir tedbirin kanun veya adalet icabından olmadığını hissetmesi kâfidir.

B. HÂKİMİN CEZAI MESULİYETİ

Hâkim cezaî mesuliyeti bakımından vazifesinde ihma ifili kastı olması, yani bir tedbiri alması kanun bakımından lâzım olduğunu hissettiği halde lâkayıt kalması icap eder. Bir faaliyeti kanunen gerekli olduğunu ve bu bapta hiçbir takdir hakkı olmadığını hissetmemiş bir hâkim ihmali sebeble cezalandırılmaz.

Hâkimin üstün bir menfaati korumak için kanuna mugayir olduğunu hissettiği bir karar ittihaz etmesi halinde de kabul edilemez.

Temyiz mahkemesi IV ceza dairesi 16/10/1935 kararında¹⁰² ihmali ve terahiyi suç addeden Ceza Kanununun 230 uncu maddesini tefsirle "ihmal suçunun tekevvünü kastın vücuduna bağlı" olduğunu, Ceza Genel kurulunda, 18/4/1938 kararında¹⁰³, memurun vazifesini yapmaması beşeri bir hataya, unutmaya, bir içtihadı hamle imkân buldukça suç olmadığını kabul etmektedir.

Ceza Genel Kurulu mevzuumuz itibarile enteresan olan 3/4/1944 kararında¹⁰⁴ 230 uncu maddeyi bir hâkim hakkında tatbik ederek, ihmali suçunun kastı olduğunu kastın da tezahür eden harici karinelere istisnal edilmesi gerektiğini tebarüz ettirmiştir. Bu karara göre, bir Ticaret mahkemesi hâkimi muhakemenin "beşinci celsesinde ... hesabın tetkikine karar verdiği halde hesabın münasip bir günde görülmesi kaydile 26 celse davanın talik edildiği, bu taliklerin ve hesabın bakılmaması sebebinin kanuni bir sebep ve mazerete müstenit olduğu hususuna ait dosyada bir kayda tesadüf edilememiş ve hâkimin kanunun kendisine verdiği salâhiyeti kullanarak hesabın bir an evvel bakılması hususunda icap eden tedbirleri alması lâzım gelirken bunu yapmamış olması ihmali kastının bir delili" dir.

velce ihtarname ile karar vermeğe davet edilmemiş olsa bile ihmalinin zararlı neticesinden mesul" olacağını kabul etmiştir, No. 91.

Hâkimin esasa hükümden istinkâfı veya geciktirmesi mesuliyetini mucip olmak için gerekli şartlar ilerde No. 23 de izah olunacaktır.

102) Erem m. 230 no. 4.

103) Erem m. 230 no. 4.

104) Erem m. 230 no. 6.

Ceza Kanunu 231 inci maddesi hükmü vermede ihmal ve terahisi olan hâkimler hakkında iştikâanilhükkâm davası açılmasını H.U. K. a göre gerekli şartlar bulunmasına tâbi tutmuş ise de 14 Aralık 1929 kanunu ile Hukuk Usulü Kanununun 573 üncü maddesine ilâve olunan fıkra hâkimlerin de her çeşit ihmallerinden şartsız mesuliyetini kabul etmiştir.

Ceza Kanunu tatbiki bakımından hâkimin ihmali kasti olmak gerekirse de, bu ihmal hukuki mesuliyeti mucip olması için kasta makruh olması gerekmez. Hukuki mesuliyet bakımından ihmal haksız bir zarar verebileceği düşünülmeden veya zarar önliyecek elde olan tedbirler alınmadan yapılan veya yapılmayan bir fiildir. Şu var ki, hâkimin davanın veya muhakemenin cereyanı sırasında kasti olmayan pek hafif kusurundan mesuliyeti kanunun ruhu ile telif kabul etmediği için mesuliyeti ağır ve karakteristik olanlara hasredilmek icap eder. Meselâ, davalıya davetiye tebliğ edildiğine dair tebliğ zaptı görülmeden gıyap kararı verilmesi, veyahut usulen tebliğ yapılmamış davalı hakkında gıyap kararı ittihaz olunarak tekrar davet olunmadan aleyhine kat'i mahkûmiyet kararı verilmesi, maznun sorgusuz muvakkat tevkif kararile aylarca mevkuf tutulması hâkimin mesuliyetini mucip ağır bir kusuru olduğu meydandadır. Fakat hâkimin adli itiyatlara uyması ağır netice verebilecek mahiyette değilse karakteristik bir kusur sayılmaz. Meselâ, bir çok tebliğ mazbataları arasında, iyice tetkik etmeden, ve kâtabin sözüne güvenerek aldanıp gaibe tebligat yapıldığını sanarak karar veren hâkimin mesuliyetini kabul zordur.

Hâkimin bir kusuru ne vakit ağır sayılabileceği hakkında bir kriter araştırmak gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi 25 Eylül 1928 kararında¹⁰⁵ diyor ki, diğer kanunlardan farklı olarak İsviçre hukukunda hâkim, mesuliyeti hakkında istisnai bir hüküm bulunmadığı için, vazifesinde hafif kusurundan dahi mesuldür. Maamafih hâkimin vaziyeti ve vazifesi davada ileri sürülen meselelerin karışıklığı, maddi vakıaları ispat zorluğu itibarıyla kusurunun ispatı çok sıkı tutulmalıdır.

Hâkimin vazih ve emredici kanun hükümlerine aykırı karar vermesi ile basit tefsir veya takdir hatalarını ayırmalıdır. Basit tefsir hatalarında hâkim suüstimal etmedikçe kusurlu değildir.

Hâdisede hâkim davacı aleyhine, suallere verdiği cevaplar kategorik olmadığı mucip sebeble, karar vermişti. Fakat Federal Mahkeme,

105) A. T. F. 54 II 365.

hâkimin vuzuhsuzluğu tesbit eden mülâhazası davacının aynen zaptolunan ifadesi altında yazıldığı için, onu nihayet hatalı bir takdir addederek mesuliyeti icap edebilen bir kusur kabul etmedi.

İsviçre Federal Mahkemesi 22 Aralık 1953 kararında¹⁰⁶ hâkimden faaliyetini sekteye uğratacak inceleme istenmesinin tehlikeli olduğunu kaydettikten sonra, onun kusuru, avukat, noter, doktor için olduğu gibi açık ve kaba hatalara hasredilmesini muhtacı teemmül addetmiş, ancak hükme bağlayacağı hâdisede herhalde kusuru ağır bulduğu için prensibi esasından halle lüzum görmemiştir.

Fransız Temyiz Mahkemesine göre de hâkime isnat olunan kusur ağır ise mesul edilebilir¹⁰⁷.

Ağır kusur mefhumu zamanla tekâmül etmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi çok eski, fakat çok enteresan bir kararında¹⁰⁸ şu hâdisede kusuru ağır addederek hâkimi mesul tuttu :

Bir kimse birbirini müteakip iki kimseye bir gayrimenkulünü satmıştı. Bir avukat satana satışın ikincisini tescil ettirerek birinci müşteriyi himayeden mahrum etmesini tavsiye etti. Avukat stellionat (başkasına ait malın satılması) suçu ile takip olundu. Hâkim hemen onun tevkifine karar verdi. O uzun müddet mevkuf kaldıktan sonra, mahkeme bu haksız fiili cezaî takibi müstelzim olmadığına karar verdi. Bu karar üzerine avukat daha evvel iyi düşünmeden tevkif kararı vermiş olan hâkimden kanuna aykırı tevkif kararıyla sebep olduğu maddî ve manevî zararlarını dava etti. Nihai olarak Temyiz Mahkemesi suç unsuru yokken sanığın aylarca mevkuf tutulmasını hile hükmünde ağır bir kusur saydı ve mesuliyet davasını kabul ederek hâkimi 6000 franga (300 altın Türk lirası kadar) mahkûm etti. (Bu tarihte Fransada hâkim ancak hilesinden mesul edilebilirdi; fakat umumiyetle ağır kusur hile hükmünde sayılmakta idi).

Paris İstinaf Mahkemesi 25 Şubat 1954 kararında¹⁰⁹ bahis konusu bir hâdisе münasebetile, istinaf müddeiumumisi Dupin ağır kusur hakkındaki görüşleri tahlil ile diyor ki, Romahlılara göre, herkesin anlayabildiği ve hesaplayabildiği bir neticeyi anlamamak, hesaplamaamak ağır kusurdur. Eski hukukcu Pothier'ye göre ağır kusur en sersem, en salak, en

106) JdT 1954 s. 555.

107) Ch. civ. sec. com. 20 haziran 1949 D. 1949 s. 587.

108) 23 temmuz 1806 Henry s. 99.

109) Sirey, 1954 II s. 165.

kaygısız bir kimsenin bile kendi işlerinde yapmayacağı şeyi yapmaktır. Fakat, müddeiumumi ağır kusuru aptallara mahsus bir hal saymamakta, onun sahasını daha çok geniş bulmaktadır.

Ağır kusur, failin bilerek, korkusuzca, cesaretle, hissedilir bir tasasızlıkla hareket etmesidir. Meselâ Dupin'e göre bir otomobil kullanan zeki, aydın birisi de olsa, tehlikeli olduğunu bildiği bir dört yol ağızına saatte 120 kilometre süratle girmesi ağır bir kusurdur. Hâkimin vazifelerinden her birini hakkı ile ifa etmesine mani bilgisizliğini, kabiliyetsizliğini gösteren bir kusuru ağırdır. Kusur şiddeti itibarile nihayetsizliğe kadar giden değişiklikler arzeder, onun ağırlığını tayin için ahval ve şartlar itibarile zararın vukuu ihtimal derecelerini nazara almalıdır. Bir kusurun ağırlığını takdir için failin delice hareketini, tasasızlığını, acemiliğini, dikkatsizliğini değil, neticesi olan zararın genişlik ve şumulü ve vukuunun ihtimal derecesini de hesaba katmak gerekir. Mahkeme içtihatları otomobil şöförleri için, derhal hakim olamayacakları derece sür'atli gitmelerini, sebebiyet vermeleri muhtemel zararların şumulü ve sık vukuu itibarile ağır kusur saymaktadır. Failin kendisini tehlikeye koyduğunu düşünmemesi lehine hafifletici bir sebep olamaz.

D. Hâkimin emre itaat etmemesi

20. Kanun 573 üncü maddenin 7 no. lu fıkrasında hâkimin verilen emre itaatsizliğini de mesuliyetini müstelzim addetmektedir. Hâkim kanunu tatbikte tamamen müstakil olup, kimseden emir almaz. Teşkilâtı Esasiye Kanunu¹¹⁰ hâkimleri her türlü müdahaleden azade tutmaktadır. Hâkimin ancak kanunen uyulması mecburî olan bir karara kanunî bir sebep olmaksızın riayet etmiyerek vermiş olduğu kararda ısrar etmesi mesuliyetini istilzam edebilir. Meselâ, hâkim Temyiz heyeti umumîye kararına karşı eski verdiği kararında ısrar ederse, veyahut ittiba ettikten sonra ruhan ve meñnen ona muhalif karar verirse mesul tutulabilir. Ancak, hâkim bir karara riayete mecbur olduğu halde dahi makbul sebeble ona riayet etmezse mesul edilemez. Emir ve kararın icrası ile üstün ve meşrû bir menfaati himayeden mahrum bırakma endişesi karar dinlememek için haklı bir sebeptir. Ezcümle Temyiz Mahkemesi umumî heyeti bir kararın nakzettikten sonra hadîs olan bir sebep nakzın haksızlığını meydana çıkarırsa mahkeme evvelki kararında ısrar etmesi mesuliyetini mucip olmaz. Meselâ bir kazaya maruz kalan davacıya artık hiç bir iş yapacak hali kalmadığı için, kazadan evvel aylık geliri olan 300 lirayı karşılayacak

110) Madde 54.

bir kapital hükmedilmesi lüzumu ile asliye mahkemesinin maddi tazminat iddiasını reddeden kararını, Temyiz Umumi heyeti nakzettikten sonra, davacı çalışma kudretini iktisap ederek serbest sahada evvelki gelirinin üç dört misli bir kazanç temin edecek iş bulmuşsa, hâkimin umumi heyet kararına uymamak için göstereceği yeni sebep makbul olur.

Hâkimin idari vazifeleri sırasında da usulen mecburi mahiyette verilmiş emirlere itaatsizliği mesuliyetini istilzam eder. Meselâ, vesayet uzvu sıfatile asliye mahkemesinin verdiği emri madunu olan sulh hâkimi dinlememesi halinde mesul edilebilir.

E. Bazı ağır kusurlar

21. Hâkimin tarafa iddiasını hatırlatması kanuna aykırıdır¹¹¹. Fakat, bir tavzih istemenin zaruri neticesi olabilen hatırlatma mesuliyetini istilzam edemez. Çünkü, hâkim kanuna göre işin aydınlanması için taraflardan izahat isteyebilir. Kanun bir iddia ve müdafaanın hatırlatılması ile, dava konusu olan hâdise hakkında izahat istemenin hududunu tayine medar olan bir kıstas koymadığından hâkim dava konusu hakkında izahat almak zarureti ile bir müdafa sebepini hatırlatmışsa vazifesini suiistimal etmiş olmaz¹¹².

Hâkimin iddiayı ispat için ibraz edilen bir vesikayı ihtiva eden dosyayı evine alıp götürmesi sebebiyle dosya içindeki vesika kaybolmuşsa kusuru ağırdır. Çünkü, bu vesikanın kaybı tarafı müdafaadan mahrum bırakacak ağır bir netice doğurur. Bu netice büyük ihtimal içindedir. Fakat, hâkimin, kâtabın sözüne güvenerek davalıya davetiye tebliğini ifade eden zaptı görmeden hakkında gıyap kararı vermiş ise, bu usulsüzlüğün sebebiyet vermesi melhuz zarar ahvalin mutad yürüyüşünde şumüllü olmayacağı için, kusuru ağır sayılmaz.

Bir cinayet işinde mevkuf sanığın avukatına yazdığı müdafa bakiından çok mühim bir mektubun mürseileyhine verilemeyeceği hakkında sorgu hâkiminin karar vermesi ağır bir kusurdur¹¹³.

111) Huk. m. 75.

112) Temyiz IV. H. D. 3/1/1953 424/228 kararı Dinçer s. 416. Temyiz mahkemesi bu kararında diyor ki: "İmdi ipoteğin iptalini iddia ve talep edenlerin borçlunun mirasçuları olmaları itibarile davalı hâkimin, davacı vekilinin iddiasının iptel veya tenkisten hangisine matuf olduğunu sorması keyfiyetini davacı tarafından dermeyan edilmeyen bir iddia sebepini hatırlatmak ve bu hususta davacıyı ikaz eylemek maksadına matuf bulunmayıp... davaya kanuni bir vehhe vermek" maksadını istihdaf etmesi itibarile mesuliyetini mucip olmaz.

113) George Picot Rev. Penit. 1906 678.

Sorgu hâkimi sanığın mevkuf olduğunu unutarak tahkikatı süratle tamamlamaması, vaktinde toplanmasını ihmal ettiği delilleri araştırmak için, kanunî salâhiyetini kullanarak sanığın meşrû üstün menfaatlerini tehlikeye koyarak mevkufiyetini idame ettirmesi, onu lüzumsuz yere ihtilattan menetmesi, onun yatak ve sair lüzumlu eşyasını getirmesine mani olması, gece uyurken uyandırarak şuuru tam değilken şaşırtıcı sorgularla aldatıcı deliller toplanması, tahkikat sırasında öğrendiği sırları ifşa etmesi¹¹⁴ ağır bir kusurdur.

Hâkimin açıkça mali itibarı kefalet ettiği¹¹⁵ hususu temine yeter olmıyan birini, diğer tarafın itirazına rağmen kefil olarak mühim bir ihtiyatî hacze karar vermesi veya ihtiyatî tedbiri kaldırması ağır bir kusur sayılabilir.

Fransada şerefli ve maruf bir kimsenin meşhut olmıyan bir suç iddiasile saatlerce ahkonması ağır kusur addolunmuştur¹¹⁵.

Temyiz Mahkemesi 5/2/1953 kararında¹¹⁶ salâhiyetli mahkemeye gönderilmek üzere tavassut etmesi için almış olduğu dava arzualarını derhal göndermek iktiza ederken inceleyerek salâhiyet bakımından reddedip davacıyı muhakeme masraflarına mahkûm eden bir hâkim aleyhine kanuna aykırı karar vermesi sebebiyle açılan mesuliyet davasını "davacıyı ızzar veya diğer tarafı tesahüp ve iltizam gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573 üncü maddesinde tâdat ve tasrih edilen ahvalden birine temas eder suinîyetle hareket ettiği hissini verir tazminatı müstelzim kasten usulsüz muamele yapıldığına kanaat getirileme" diği mücip sebeble red etmiştir.

Böyle bir hâdisede hâkim hata ederek dava doğrudan doğruya kendi mahkemesinde açıldığını zannedip karar vermişse kusuru ağır sayılmazdı, bu bakımdan mesuliyet davası reddolunması haksız değildir. Ancak, hâkimin, duruşmada davacı tarafından vaziyet açıklanmışken kendine arz edilmeyen bir iddiayı salâhiyet bakımından reddederek, onu muhakeme masraflarından mesul tutması ağır bir kusur olup olmadığı ve mesuliyeti münakaşa götürür. Bir hâkim kendinden talep yokken karar vermesi kanuna muhalif olduğundan¹¹⁷ haksız kararın masraflarından şahsen me-

114) Ceza Kanunu 198 inci maddede bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen sırrın ifşasını cezalandırmaktadır. Bu sırlar ancak meşrû menfaat hududu içinde, yani suçlunun takip ve muhakemesi için lüzumlu ise ifşa olunabilir.

115) Nancy 14 Nisan 1948 D. 1948 som. 31.

116) Dinçer 413.

117) HUK m .72.

sul olur. Şu var ki bir kararın temyizi kabil idi ise haksız karar bu yola müracaatla bozulabileceğinden, davacının zararı bu baktaki ihmalinin neticesi olur, hâkim ancak temyiz masraflarından mesul tutulabilir.

İsviçre Federal Dahkemesi 22 Aralık 1953 kararında¹¹⁸ hâkimin ilk vazifesi diyor. nizalı olan fiili durumu tesbit olduğu için usulen ibraz edilerek dosyasına konmuş bir vesikayı görmeden veya bariz bir dikkatsizlikle inceliyerek hüküm vermesi mesuliyetini istilzam eder. Hâdisede hâkimin daktilo ile yazılı vesika altına el yazısı ile ilâve edilen satır görmeden hüküm vermesi mesuliyetini istilzam eden ağır bir kusur sayıldı. Ancak hâkimin kusurundan şikâyet eden davacı, avukatı da sözlü müdafasında yeter derece işlenmediğini idd'â ettiği bu vesika münderecatında lehine mevcut olup hükme tesir edecek mahiyetteki el yazısı kayıt hakkında hâkimin nazarı dikkatini çekmemiştir. Bu da bir kusur sayılabilir. Federal Mahkemede hâkim bu ihmalden zarar gören taraf avukatının müdafasında hâkimi ikaz etmemesi bir kusurdur. Fakat onun bu kusuru mesuliyeti dava edilmiş olan hâkimin tetkikatta kusurunu örtmez, sadece mesuliyetini hafifletir. Çünkü, hâkim dava evrakı ikaza lüzum olmadan bizzat incelemeğe mecburdur. O mürafaa sırasında okunan evrak ile iktifa edemezdi. Hâdisede zararın yalnız 1/3 i davacıya yüklenmiştir.

VII

HAKİMİN ZABTA GEÇMİYEN BİR İDDİA HAKKINDA KARAR VERMESİ

22. a) 573 üncü maddenin 3 no. lu fıkrasına göre, hâkimin "muhakeme zabıtnamesinde mevcut olmıyan sebebe binaen hüküm" vermiş olması mesuliyetini istilzam eder. Kanun bakımından bu hareket takdire tâbi olmıyan ağır bir kusurdur.

Dava arzuhali, cevap layihaları zabıtnamenin bir cüzüdür. Hukuk Usul Kanunu 151 inci maddesinde abıtnamede raptedildiği zikrolunan vesikalar münderecatını zabıtname hükmünde addetmiştir. Binaenaleyh, arzuhal ve layihalarda münderiç bir sebebe binaen hüküm veren hâkim, bu sebebler şifahi muhakemede tekrarlanmamış olsa bile mesul edilemez.

Kazai karar iddia ve müdafaa ile bir bütün teşkil eder, iddia olmadan verilen karar yok sayılmak gerekir. Hâkim, yok sayılması gereken bir kararın icra mevkiine koyarak bir taraf için zararlı netice tahakkuk ederse, mesul olur.

118) JdT 1954 s. 555 .

Hâkim tarafın arzuhal ve layihasında istinat etmediği halde şifahi mürâfaa sırasında ileri sürdüğü ancak, hasmı muvafakat etmediği için zapta geçirilememiş olması sebebiyle nazara alınmayacak^{118a} bir müdafaayı da hükme esas tutmaz. Bütün usul muameleleri yazılı şekle tâbidir.

b) Hâkim zabıt münderecatını tağyir ve tahrif ederek, tarafların iddia ve müdafaasına, şahit ve ehli-vukufun beyanına yanlış mana vererek hüküm vermesi ağır bir kusurdur. Fakat, hâkim ihmali kasti veyahut büyük bir dikkatsizlik neticesi değilse, zapta aykırı karar vermesinden mesul olmaz.

VIII

İHKAKI HAKTAN İSTINKÂF

A. Arzuhalin sebebsiz reddi

23. Hukuk Usulü Kanununun 573 üncü maddesinin 6 no. lu fıkrasına ve 574 üncü maddesine göre, hâkimin kanunen kabule şayan olan bir arzuhalî bila mucip reddetmesi mesuliyetini icap edebilen haksız bir fiil dir. Hâkim, dava arzuhalini ancak kanunî şartları haiz olmaması sebebiyle reddedebilir.

Türk kanunu hâkime diğer taraf dinlemeden veya usulen davet etmeden dava arzuhalini resen inceleyerek reddetmek salâhiyetini vermemiştir. Arzuhalin usulsüzlüğü sebebiyle iptaline ancak hasmın iptalde bir menfaati bulunması şartile ve talebi üzerine karar verilebilir¹¹⁹. Fakat, hasmın isim veya ikametgâhı gösterilmemesi sebebiyle kime veya nereye tebliğ olunacağı anlaşılmıyan bir arzuhalî hâkim derhal reddedebilir. Bundan başka dava ikamesi harca tâbi olduğundan, harcı verilmemiş bir arzuhal da nazara alınmaz.

İhtiyatî haciz veya tedbir gibi mahkemenin takdirine tâbi olan bir karar almak için verilen arzuhal de ileri sürülen sebepler bedaheten varit görülmemesi halinde hasma tebliğine lüzum olmadan reddolunabilir.

Görölmekte olan davayı geciktirme açık maksadile veya varit olmadığı besbelli bir hâdise talebini ihtiva eden arzuhal de hemen reddolunabilir. Bir davanın tahkiki sırasında çok sayıda lüzumsuz hâdise ta-

118a) HUK m. 185, 202.

119) HUK m. 82 .

leplerinin hepsi esas hakkında yürüyen usullerle incelenmesi faydasız yere davayı uzatacağından kanun¹²⁰ tahkikat hâkimine şayanı tetkik görmediği bir hâdise talebini red etmek salâhiyetini vermiştir. Bu red tabii olarak onun mesuliyetini istilzam etmez.

B. Hâkimin hükümden istinkâfı

24. Kanun kasten yani bir tarafa zarar vereceğini bilerek davayı intaç etmeyen hâkimin mesuliyetini kabul etmektedir¹²¹. Kast iç duygusu olduğu için, harici tezahürlerinden anlaşılabilir. Zahirî makul bir sebep yokken sırası gelmiş, tahkikatı tamamlanmış bir davada karar vermiyen hâkim kasten vazifeden kaçınmış sayılır, meğer ki bu ihmali az çok mazur gösterecek başka bir sebep ileri sürebilsin. Bilâkis görünürde davanın karara bağlanmasına mani sebepler varsa hâkimin kasten davaya bakmadığı iddiası dinlenmez.

Kanuna göre¹²¹ davasını hükme bağlamadığı için hâkimi mesul tutmak isteyen taraf ona noter vasıtasile ihtarname göndererek vazifeye davet etmesi lâzımdır. Hâkim bu ihtarname ile mütemerrit vaziyete düşer. Fransız ve Belçika kanunlarına göre¹²² taraf hâkimi davaya bakmaması sebebiyle mesul edebilmek için birbirini takip edecek iki ihtarname ile hüküm vermeğe davet temesi lâzımdır.

Davacının ihtarı ile mütemerrit vaziyete düşen hâkim hangi anda ihkakı haktan istinkâf etmiş sayılacaktır?

Fransa Montpellier İstinaf Mahkemesine göre¹²³, davayı intaç etmesi için ihtarname tebliğ edilen hâkimin tebliğ anında ihkakı haktan istinkâf etmiş olmayacağı muhakkaktır. Çünkü, bu ihtarnamenin gayesi hâkimin vazifeye davettir. Tabii ve zarurî olarak bu tebliğden sonra hüküm verilinceye kadar az çok uzun bir zaman geçecektir. Kanun ihtarname tebliğ olunan hâkimin ne vakte kadar karar vermemesi halinde hükümden imtina etmiş sayılacağını tayin etmediği için o aleyhine dava açılıncaya kadar kararını verirse mesul edilemez. Taraf hâkimin hüküm verebilmesince imkân bırakacak bir kaç gün bekledikten sonra mesuliyet davası açarak zarardan kendisini koruyabilir.

25. Davacının zararı istediği hükmün vaktinde verilmesinden ileri

120) HUK m. 223.

121) HUK m. 574.

122) Warlomont No. 726.

123) 30 Mart 1933 kararı D. H. 1933 s. 341.

gelmemiş ise, hususile davacı esasen haksız olduğu için hükmün geç verilmesinden bir zarara maruz kalmamışsa, hâkim mesul edilemez.

26. Karardan istinkâf eden hâkimin mesuliyeti için ihtarname ile hüküm vermeğe davet edilmiş ve tarafa haksızlık yapmak istemiş olması lüzumu esas hakkında verilecek kararlar hakkında olup, tahkikat sırasında itibazı ihmal edilen kararlar hakkında olmadığını yukarıda, No. 19 da, izah etmiştik. Umumiyetle esas kararların bir müddet gecikmesinin telafi edilemeyen zararlara sebep olmaz. Davanın gecikmesinin sebep olması muhtemel zararlar ihtiyatî tedbir ve hacizle önlenabilir. Umumiyetle, bir delilin derhal tespiti veya ihtiyatî haciz talebinin bazen bir gün bile geciktirilmesi telafi edilemeyecek zararlara sebep olabilir. Bu halde hâkimin noterden ihtarname ile vazifeye davet edilmiş olmasını aramak mak-sada uymaz.

IX

VESAYET UZVU SIFATILE HÂKİMİN MESULİYETİ

27. Medenî Kanunun 409 uncu maddesine göre vesayet dairelerini temsil eden sulh ve asliye mahkemeleri “vazifelerinin ifasında müdebbir bir müdür gibi hareketle mükelleftirler ve kast ve ihmal ile sebebiyet verdikleri zararlardan mesuldürler”. Medenî Kanunun bu hükmü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile ilga edilmediği için mahfuzdur. Binaen-aleyh, hâkim vesayet uzvu sıfatile vazifelerini yapmaması veyahut fena yapması bir zarara sebep olduğu takdirde, kendisine isnat olunabilecek hafif kusurlarından da mesul olur.

Medenî Kanunun 410 uncu maddesine göre, “vasi veya vesayet daireleri tarafından ödenmeyen zararları hazine tazmin eder”. Vesayet dairelerinin üçüncü şahıslara karşı mesuliyeti Borçlar kanunu haksız fiil mesuliyetine dair hükümlerine tabidir. Vasinin kasır namına aktettiği bir mukaveleye izin vermemesinden büyük zararlara uğrayan taraf hâkim aleyhine ancak ona zarar vermek kastı ile hareket etmişse, umumî hükümler dairesinde dava açabilir. Vasi aleyhine kârlı bir mukaveleye izinden imtina eden hâkim aleyhine dava açmağa ancak vasayet altındaki şahıs salahiyyetlidir.

Hâkim, vesayet dairesi uzvu sıfatile olmaksızın, nezareti altında bulunan kasırın alâkalı olduğu davayı faslederken kusurundan mesuliyeti ancak hâkimlerin mesuliyeti hakkındaki umumî hükümlere tevfikân iddia olunabilir.

28. Hâkim vesayet dairesi sıfatile tedbirli bir müdürden sadır olmayacak her hangi müsbet veya menfi bir fiilin sebep olduğu zarardan mesul olup, kendi işlerinde mutadî olan dikkati sarfetmiş olması mesuliyetini bertaraf edemez. Hâkimin kusuru objektif olarak takdir olunur.

Hâkimin umumiyetle tedbirli müdürlerin muayyen bir vaziyette almakta oldukları tedbirleri ihmal etmesi mesuliyeti için yeter.

Hâkim'in oldukça geniş hukuk bilgisi bulunması gerektiği için hukuki bir hataya düşerek idaresi altında bulunan kasır hakkında zararlı bir tedbir ittihaz etmişse veya lüzumlu bir tedbiri almamışsa mesul olur. Fakat, bir hâkimden geniş ekonomik bilgi beklenmediği için, sulh hâkimi bu mevzuda bilgi noksanı, veyahut meşguliyeti sırasında kasırın hususî, mali vaziyetini anlayamaması veyahut rahatsızlığı, yardımcısının eksikliği, beceriksizliği gibi bir sebeple, objektif bakımdan lüzumlu bir tedbiri alamadığı için vâsinin kurnazca sakladığı hilesini sezememesi yüzünden kasır zarara uğramışsa mesul tutulamaz. Bir insandan ancak maddeten veya manen iktidarı altında olup, nispeten kolaylıkla yapabileceği şeyleri yapması beklenebilir. Velidedeoğlu vesayet dairesi uzuvları "tedbirli bir müdür gibi hareketle mükellef" tutulmalarından "maksat onların vesayet işlerinde iyi bir aile babasından beklenen dikkat ve ihtimamı sarfetmeleli mükellefiyeti" olduğunu mülâhaza etmektedir¹²⁴. Bir aile babası ancak maddeten ve manen almağa muktedir olduğu tedbirlerle ailesini idare eder.

Hâkimin vesayet uzvu sıfatile çok geniş tutulacak mesuliyeti dürüst, ihtiyatlı kimseleri sulh ve asliye hâkimliği vazifesini kabulde tereddüde sevkeder. Hâkimlerin baskâtın ve diğer yardımcılarını intihap salâhiyeti olmadığı da göz önüne getirilirse bu tefsirin kabulü zarurî görünür.

"Vesayet dairelerinin mes'ul olan her bir azası kusurundan mütevellit olmadığını ispat etmedikçe, vaki zararı tazmin ile mükellef ve her biri hissesile mes'uldür"¹²⁵.

29. Vesayet dairesi uzvu sıfatile hâkim aleyhine ikame oluncak mesuliyet davası umumî salâhiyeti olan mahkemede görülür. Asliye mahkemesi tek hâkimli olup, mahallinde başka asliye hâkimi yoksa, dava, hâkimin reddi halindeki salâhiyet kaidelerine uygun olarak en yakın diğer bir asliye mahkemesinde görülür. Hâkimin vesayet uzvu sıfatile me-

124) Velidedeoğlu cilt II s. 470, 471.

125) MK m. 411.

suliyet davasının rüyeti idarî makamlar tarafından tahkikatı evveliyeye icra olunarak izin alınmasına mütevakıf değildir.

Hukuk Usul Kanunu umumî olarak hâkim aleyhine mesuliyet davalarını idari makamların iznine tâbi tutmamış ise de, mesuliyete karar verecek üst mahkemeye dava arzuhalini, tahkikat açmadan reddetmek salâhiyetini vermiştir. Bu hüküm vesayet uzvu sıfatile mesul edilmek istenen hâkim hakkında tatbik edilemez.

30. Medenî Kanununun 410 uncu maddesine göre, Hazine vesayet dairelerinin mesul oldukları hallerde ödeyemedikleri zarardan mesuldür. Fakat vesayet işlerinde hâkim, şahsi kusuru olmaması sebebiyle bir zarardan mesul edilemezse, Devlet mesul edilebilir mi? Tezimizin mevzuu hâkimin mesuliyeti olduğu için meseleyi tamik etme bizim şu aşağıki gibi izahat ile görüşümüzü açıklıyoruz.

Devlet servisi teşkilâtında ve yüşünde, idari âmirlere nizam ve tâlimatlara isnat olunabilecek bir kusur hâkimin kusuruna inzımam ederek zarar hasıl olmuşa, veya çoğalmışa, hele zararın servisinin kötü tanzımı neticesi ise, Borçlar Kanunu hükümleri dairesinde Devletin zarardan doğrudan doğruya mesuliyeti âdildir. Meselâ, tımarhanede bulunan gardiyanların yeter miktarda bulunmaması sebebiyle kaçarak şahsına veya üçüncü bir şahsa zarar vermişse, zarardan Devletin mesul tutulması âdildir. Bu halde vasının mesul edilememesi pek tabiidir.

Medenî Kanununun metninde “vasi veya vesayet daireleri tarafından ödenemeyen zararın hazine tazmin eder” diye yazılı ibaresinden onların aczi sebebiyle ödeyemedikleri zarardan başka, kusurları olmaması sebebiyle ödemeleri gerekmeyen zararları da Devletin ödemesi lâzım geldiği manasını çıkarmak şerhçi sistemde makul sayılmasa bile, âdil ve her halde kanunun kasırları koruma gayesini istihdaf etmesi bakımından ruhuna uygun bir tefsir addedilebilir.

X

HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNUNUN HÂKİMİN MESULİYETİNE DAİR HÜKÜMLERİ KİMLER HAKKINDA TATBİK EDİLECEĞİ

31. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 573 üncü maddesinde hâkim ve icra reisleri aleyhine mesuliyet davalarını hususi şartlara tâbi tutmuştur. Fransız içtihatları hâkim terimini kazai vazifesi olan herkese şumullendirmektedir¹²⁶.

126) Pandectes No. 76, Garsonnet No. 569.

Kanun hâkimin vazifesini tarafsızlık ve iç huzuru ile ifa edebilmesi için mesuliyetini hususî şartlara tâbi tuttuğundan, ismi ne olursa olsun, doğrudan doğruya daimî veya muvakkat olarak kazai bir vazife yapan her şahıs hakkında bu istisnai hükümlerin tatbik edilmesi rasyonel görünür. Fransız içtihatlarında, idare memurları oldukları halde kazai vazife merbut baaliyetlerinde, polis komiserleri, kır bekçileri de istisnai mesuliyet hükümlerine tâbi tutulmuştur¹²⁷. Fakat, meselâ, zaptı yazması için hâkime yardım eden ve bir irade beyan etmemekte olan memurların mesuliyeti umumî hükümlere tâbidir.

Idarî memur ile hâkim aleyhine müştereken ikame edilecek mesuliyet davası da hâkimler hakkında yürüyen usule göre salâhiyetli mahkemede görülür. Çünkü, her iki dava birbirine olan irtibatı sebebiyle tefrik edilemez, birlikte görülmesi icap eder. Yüksek dereceli mahkemenin gördüğü bir davanın fer'i olan davaya da bakabilmesi bir usul prensibidir.

Mesuliyet davası müferit olarak muhakeme yapan ve hüküm veren bir hâkim aleyhine açılabilir gibi, müştereken hüküm vermiş olan mahkeme heyeti aleyhine de açılabilir. Fakat, bir hükmü vermiş olan mahkeme heyetinin müzakeresi gizli olduğu için yalnız bir aza seçilerek aleyhine mesuliyet davası açılmaz. Ancak bir hâkim, meselâ, Temyiz mahkemesi raportör azası vakıaları tahriif ederek heyetin kararına tesir etmişse, şahsen aleyhine mesuliyet davası açılması mümkündür. Keza Tatbikatta teamül olduğu üzere heyetçe ittihaz edilen karar altında muhalefet serhi veren aza şahsı hakkında kanuni sebepler bulunmadığını idd'ia ve ispat ederek heyet aleyhine açılan mesuliyet davası, aleyhine tevcih edilemeyeceğini idd'ia edebilir.

32. Temyiz Mahkemesi bütün heyeti ile karardan mesul edilemez. Çünkü, bütün temyiz heyetini mesul edecek bir makam yoktur.

Fransada Temyiz Mahkemesinin bir dairesinin de mesuliyeti doktrinde ihtilâfıdır¹²⁸, içtihatlarda kabul edilmemiştir¹²⁹. Temyiz istida dairesi 17 Kasım 1904 kararında raportör olan Temyiz azası Faure-Biguet raporunda diyor ki¹³⁰, Garsonnet temyiz heyeti hakkında mesuliyet davası umumî heyette görüleceği fikrinde ise de, umumî heyetin kanunda tasrih edilenden başka hallerde karar vermek salâhiyeti yoktur; bu heyet

127) Tribunal civ. Laudun 28 ocak 1949 D .1949 Som. s. 27 .

128) Garsonnet No. 569.

129) Tissier No. 78.

130) Sirey 1908 I s .523 .

temyiz bir dairesinin üstü de değildir. Baş müddeiumumi Baudouin iddiasında daha ileri giderek, Temyizin bir dairesinin taraflardan birini iltizamla karar vermesi (kanunu anlamaması) o kadar müstabattır ki, kanun vaznı bunu hatırna bile getirmemiş, onun hakkında mesuliyet davasının merciini tayin etmemiştir.

Tissier de temyiz heyeti aleyhine mesuliyet davası yürütülmesini pratik bakmak mümkün görmektedir.

Belçikada temyiz heyetine karşı mesuliyet davası kabul edilmemektedir¹³¹.

Türk Teşkilâtı Esasiye Kanununa göre temyiz mahkemesi reis ve azalarını "vazifelerinden münbahis . hususatta" muhakemeye Divanı âli salâhiyetlidir¹³². Divanı âli daimi bir mahkeme olmayıp Büyük Millet Meclisi kararile kurulur¹³³. Bir temyiz azasının mesuliyetini mucip olabilecek bir kusurundan zarar gören doğrudan doğruya, aleyhine mesuliyet davası açamaz. Büyük Millet Meclisine Divanı âliyi teşkil etmesi için müracaatta bulunması gerekir. Meclis Divanı âliyi teşkil edip etmemekte serbesttir. Meclisin Divanı âliyi teşkil etmesi için, mağduru hakk, Temyiz azasının kusurunu da ağır bulması icap eder. Bütün Temyiz mahkemesi heyeti aleyhine Divanı âlide dava açılabilmesine ise imkân yoktur, çünkü Divanı âli azasından on biri Temyiz azası meyanından intihap edilecektir¹³⁴. Fakat, Temyizin bir dairesinin bütün azaları hakkında Divanı âlide mesuliyet davası ikame edilmesine bir mani yoktur. Divanı âliye aza intihabına şikâyet olunan hâkimlerin iştirak edememeleri tabii sayılmalıdır.

Danıştay ve Sayıştay azaları da kazai faaliyet ifa ederken hâkim sıfatını haiz olduklarından lehlerine mesuliyet davası hususi şartlara tâbidir. Fakat Temyiz Mahkemesi 2/1/1946 kararile Danıştay başkan ve üyelerine karşı tazminat davalarını görmeğe Temyiz Mahkemesini salâhiyetli addetmemiştir¹³⁵. Danıştay şahıs aleyhine hüküm vermeğe salâhiyetli bir mahkeme olmadığından azalarının mesuliyeti hakkında orada dava açılmasına esasen imkân yoktur. Danıştay azaları hakkında mesuliyet davası temyiz hâkimleri gibi Divanı âlide açılabilir.

131) Warlomont No. 727 bis

132) Teşkilâtı Esasiye K. m. 61.

133) Teşkilâtı Esasiye K. m. 67 .

134) Teşkilâtı Esasiye K. m. 62 .

135) 4 H. D .5220/67 Dincer s. 417.

Hakemlerin mesuliyeti

33. Hâkem bir kazai vazife ifa ettiği için mesuliyeti hâkimler hakkındaki hükümlere tâbi tutulması lüzumu müdafaa edilmiştir¹³⁶. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu nice hallerde hâkimler hakkında hâkimlere dair hükümleri tatbik etmiştir. Ezcümle onlar da hâkimler gibi reddolunabilir, kararları temyiz olunabilir.

Temyiz mahkemesine göre¹³⁷ hâkim taraflar arası hususi hukuk hükümlerine göre aktolunan tahkimname ile hâkem tayin edilmişse mesuliyeti umumî hükümlere tâbidir. Temyiz Mahkemesi kararında diyor ki, "davalı C. tazminat davasına esas teşkil eden davaya adiyen hâkem sıfatile bakmış" değildir, "asliye hukuk yargıcı sıfatile gördüğü davadan dolayı aleyhine açılan işbu tazminat davasına Yargıtayda bakılması usul hükümleri icabından" dır.

Belçikda, hakem kararları aleyhine hâkimler gibi mesuliyet davası kabul edilmemektedir¹³⁸.

Fransada bazılarına göre kasrın mecburî olmıyan tarafların rızaları ile seçtikleri hakemler hakkında hakim mesuliyetine dair istisnai hükümler tatbik edilemez¹³⁹.

Hâkimlerin mesuliyeti hususi hükümlere tâbi tutulmasının başlıca sebebi, her gün kendilerine arzedilen çok sayıda davada hatadan içtinaplarının zorluğu, ve ehliyetli hâkimlerin mesuliyet korkusu ile bu vazifeyi kabulden çekinmeleri olduğu düşünülürse istiyerek hâkimliği kabul eden kimsenin mesuliyeti âdi hukuk hükümlerine tâbi tutulması daha doğru görünür.

Ceza hâkimleri aleyhine tazminat davası

33a. Ceza hâkimleri aleyhine verdikleri kararları sebebiyle tazminat davası da Hukuk Usul Kanununa tâbidir.¹⁴⁰

Temyiz Mahkemesi 25 Mart 1931 tarihli Tevhidi içtihat kararında¹⁴¹, ceza hâkimleri hakkında da mesuliyet davaları, "Ceza Usulü Muhakeme-

136) Tissier No. 78 ,s. 193.

137) IV H. D. E. 695/1923, K. 233 12/1/951, Tat. Yar. Kar. s. 787.

138) Warlomont No. 727 bis

139) Pandectes No. 92 .

140) Ansay No. 25.

141) Dinçer s. 412.

leri Kanununda sarahat olmadığından ... Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tâbi olduğunu kabul etmiştir. Temyiz Mahkemesi 3 üncü Hukuk Dairesi 28/11/1952 tarihli kararında¹⁴² ise ceza hâkimleri aleyhine açılacak mesuliyet davası "umumî yetki hükümlerine göre hukuk mahkemelerinde" açılacağını kabul etmektedir. Bu karar kanunun ve içtihatları birleştirme kararının metin ve ruhuna aykırı görünmektedir.

Sorgu hâkimleri, müddeiumumiler ve onların yerine vazife gören polis komiserlerinin mesuliyetlerinin hususî hükümlere tâbi tutulması Paris'te Hapishaneler sosyetesinin 25 Nisan 1906 toplantısında görüşülürken bir sorgu hâkimi bu hâkimlerin halini acıklı bir lisanla tasvir ederek demiştir ki¹⁴³ : Meslek nankördür, sorgu hâkimine her taraftan hücum edilir, onların müdafileri yoktur. Onlara aldanma hakkı verilmek istenmez. Sorgu hâkimi birini bir cinayetle alâkalı sayarak tevkifine karar verir, fakat delilleri tarttıktan sonra onu tahliye ederse, matbuatta bir masum yakalanıyor, hafiflikle tevkif kararı veriliyor diye bağırılır; o tevkif kararı vermezse, evhamlı, korkak, cahil gibi tarizlere maruz kalır. Tiyatrolarda, romanlarda tahkikat hâkimi rolü verilen şahıs ya aptal yahut ah-lâksız gösterilir; ona iyi vasıflar izafe edilirse roman rağbet bulmaz. Vel-hasil efkân âmmede o kötü bir adamdır; onun kabinesine giren şahit mi, sanık mı çıkacağını kestiremez. Fakat, bir sorgu hâkimi lâzımsa ona vazifesini ifa edecek garanti verilmelidir. Sorgu hâkimlerinin de mesuliyeti hususî hükümlere tâbi tutulmalıdır, onlar da hâkimdir. Bir müddeiumumi muavini olan Morizot-Thibault bu toplantıda demişti ki¹⁴⁴: Umumiyetle hâkimler bitaraf oldukları, sanığı mahkûm etmede manevî bir menfaatlere olmadığı halde, müddeiumumi yardımcılar olan komiserler suçun takibinde bitaraf kalamazlar. Onlar suçluyu delillerle yakalayıp mahkemeye sevk vazifelerini ifadan neşe duyarlar, onların delilleri daha kolay ve artık tamir kabul etmez şekilde tahrif veya yok edebilme fırsatları çoktur; onlar bir müddet için tevkif, mektupları zapt salâhiyetlerini suiistimal edebilirler. Çok yardımcılar kanunu da iyi bilmezler. Binaenaleyh, ferdin hürriyeti bakımından polis komiserlerinin mesuliyeti hususî hükümlere değil, umumiyetle mesuliyete dair hükümlere tâbi tutulmak gerekir.

Türk mevzuatında müddeiumumiler hâkim statüsüne tâbi tutulmakla beraber ayrı bir sınıf sayıldığından ve nizat fasleden hâkimin mesuliyeti

142) Dincer s. 416.

143) Paul Jolly, Rev. Penit. 1906 s. 684.

144) Rev, Penit. 1906 s. 694-696.

hakkındaki mülâhazalar da tamamı tamamına haklarında tatbik edilemeyeceğinden, bilhassa hafif bir hatası bazen müracaat yolları ile dahi tamir edilmez netice doğurabileceğinden, onları daha fazla dikkate sevk için haklarında umumi hükümleri tatbik daha doğru olur¹⁴⁵. Maahaza Hukuk Usulünün 573 üncü maddesine ilâve edilen 7 no. lu fıkra hâkimleri, esas kararları hariç vazifeleri sırasında her türlü ihmallerden mesul tuttuğu için, sorgu hâkimleri ve müddeiumumilerin mesuliyeti umumi veya hususi şarta tâbi olduğunu münakaşada pratik bir fayda yoktur. Müddeiumumiler de sanık hakkında takip veya ademi takip kararları ittihazı salâhiyeti buldukları için, bu vaziyetlerinde hâkimler hakkındaki hükümler dairesinde mesul edilmeleri, hâkimlerden farklı bir muameleye tâbi tutulmalarını doğru olur.

İcra memurları hakkında mesuliyet davası

34. İcra memurları vazifelerini ifa sırasında en hafif kusurlarından âdi hukuk hükümlerine tevfikan mesuldürler. Fakat, onların kararlarını ıslah eden, onlara emir veren icra reislerinin mesuliyeti hâkimlerin mesuliyetine dair hükümlere tâbi tutulmuştur¹⁴⁶.

XI

MUHAKEME USULÜ

35. Hâkim aleyhine mesuliyet davası açılması bazı Devletlerde, meselâ, Fransada hususi mücadele alınmasına tabi tutulmuştur. Bu şart hâkimin asılsız mesuliyet davaları ile endişeye düşürülmemesini temin eder.

Türk kamu hakim aleyhine mesuliyet davasını iptidai izin alınması şartına tabi tutmamış ise de davanın kabulünü bazı hususi şarta tabi tutmuştur. Meseleyi 36 No. lu paragrafta etüd ediyoruz.

Hâkimler hakkında cezai takip Hukuk Usul Kanunu hükümlerine tabi değildir. Bu takip Hâkimler Kanununda yazılı şartlar dahilinde ve salâhiyet verilen makamlar tarafından yapılır. Tezimizde mevzuu hâkimin hukuki mesuliyeti olduğundan bu nokta üzerinde durmuyoruz.

Hukuk Usulü Kanununun 575 inci maddesine göre "mesuliyet ve tazminat davaları arzuhal itasile ikame olunur. İşbu arzuhalde iki tarafın isim şöhret ve sıfat ve mahalli ikameti ve sebebi şikâyet olan davanın hü-

145) Ansay No .25.

146) Huk m. 573 fıkra 1

İlasasile cereyan eden muhakemenin ve verilen hükmün ve kararlarla ifa olunan muamelenin hülasalan ve tazminat davasının müstenidi olan esbap ile bunların delaili subutiyesinin ve talep ve dava olunan zarar ve ziyayanın neden ibaret olduğu yazılmak ve sebebi şikâyet olan dava zabıtname ile evrakı subutiyesi ve şuhut pusulası işbu arzuhale merbuten verilmek lâzımdır. Şeraiti mezkûreden birini câmi olmıyan arzuhal müddei isticvap olunmaksızın mahkeme kararı ile reddolunur.”

Dava arzuhalı ancak taraf veya hususi vekâlet verdiği bir avukat tarafından imzalanabilir. Umumi vekilin hâkim aleyhine mesuliyet davası açmak salahiyeti yoktur ¹⁴⁷⁾. Hususi vekâlet verilmiş sayılabilmek için, davacı hangi sebeble hangi hakim aleyhine ne mîkdar tazminat davası açacağını verdiği vekâletnamede göstermek lâzımdır. Umumi terimlerle verilmiş vekâlet vekile bu mahiyette dava açmağa izin verilmiş sayılması için yetmez. Çünkü, hususi vekâletten maksat, bizzat davacının hal ve vaziyeti göz önünde tutarak ve bilerek dava kararı vermesini temindir.

Umumiyetle dava arzuhalinde iddianın ne gibi vasıtalarla ispat edileceği beyan edilmesi, iddiayı ispata yarayan evrakın bağlanması mecburi değildir. Taraf iddiasını ne gibi vasıtalarla ispat edeceğini hâkimin kendisine vereceği mühlet zarfında bildirir. Hâkime karşı mesuliyet davası arzuhalinde ise sübut sebeplerinin beyanı mecburidir.

Kanun muhakeme zaptının da arzuhale bağlanmasını emretmekte ise de, davacı zabıt elinde olmadığından, şikâyet mevzuu karar suretini bağlaması yeter sayılmalıdır. Mesuliyet istidasını kabul eden mahkeme karar suretinden şikâyet mevzuu hadise hakkında yeter bilgi edinemezse, zaptın aynen veya tasdikli bir suretinin gönderilmesini kararın verildiği mahkemeden ister.

Salahiyetli makam, davacıyı dinlemeğe mecbur olmadan arzuhalı reddedebileceği için bütün mesuliyet şartlarının arzuhal veya ona bağlanan evraktan anlaşılması lâzımdır. Mesuliyet davası hâkimin hükümden istinkâfi sebebiyle açılmışsa, hâkimi vazife ifasına davet eden ihtamamenin de arzuhale bağlanması gerekir.

Arzuhalin kabulü halinde esbabı mucibe gösterilmesi gerekmez. Çünkü arzuhalin kabulü için mevcudiyeti kâfi addedilen sebeplerin kararda gösterilmesi, şikâyet olunan hâkim için haysiyet kinci olur. Fakat,

147) Hukuk Umumi heyeti 11/11/1953 kararı 1/51 126 Dinçer s. 413.

arzuhalin reddi sebeplerinin arzuhalde herhalde gösterilmesi mecburiyeti. Bu halde aynı mahzur varit olmaz. Binaenaleyh, kararın esbabı mucibeye istinat ettirilmesi hakkında umumî olan kanun hükümleri¹⁴⁸ bertaraf edilemez.

Arzuhal usulüne uygun olmaması sebeble reddedilirse, davacı noksanlarını tamalayarak yeni bir arzuhal verebilir. Çünkü ret kararın mesuliyet iddiasının haksız olduğu hakkında değil, usulüne uygun mahkemeye arz edilmemiş olduğu hakkındadır.

Kanun mesuliyet davasının kabulünü hususî izne tabi tutmamakla beraber, salâhiyetli mahkemenin dava arzuhalini davalıyı dinlemeden reddetmek salâhiyetini kabul suretile, dolayısıyla mezuniyete tabi tutmuştur. Şu varki bu Kanun mahkemeye ancak "Şeraiti mezkûreden birini câmi olmayan arzuhal müddei isticvap olunmaksızın red" etmek salâhiyeti vermesi ile kanunî kayıtları ihtiva eden bir arzuhalin kabulü mecburi olduğunu tazammun eder. Kanunun, maksadı hâkimi haksız mesuliyet davalarına karşı himaye olduğu için, mahkeme istinat olunan sebepleri hâkimin mesuliyetine yeter bulmaz, veyahut sebebi varit bulmakla beraber serdedilen delillerle sabit olacağına kanaat etmezse, mesela, bildirilen şahitlerin meselede tam ve doğru bilgisi olamayacağına kanaati tehassül ederse, esas hakkında muhakeme açmadan arzuhal reddedebileceği kabul edilmelidir.

XII

MÜRACAAT YOLLARI

36. Hâkimin mesuliyet iddiasını tetkik etmeden veya tetkikten sonra esasından red eden, veya kabulüne dair olan kararlara karşı müracaat yolu kanunla tayin edilmemiştir.

Mesuliyet dava arzuhalini kabul ile davanın görülmesi hakkındaki karara karşı davalı hâkimi için bir müracaat yolu kabul edilemez. Çünkü, bu nihai bir hüküm değildir. Nihai olmayan hükümler ise temyiz olunamaz. Fakat, mesuliyet davasını reddeden veyahut nihai olarak kabul eden karar aleyhine bir müracaat yolu bulunması usul hukukunun esas prensipleri icabındadır.

Temyiz Mahkemesi umumi heyeti 23/51951 kararında¹⁴⁹ "Usûlün 573 ve 575 inci maddeleri mucibince Yargıtay Hukuk Dairelerinde

148) HUK m. 388.

149) E. 4/186 K. 49 Tat. Yar. Kar. s. 787.

Yargıç aleyhine ikame olunan tazminat davalanna ait nihai hükümlerin temyizi kabil olup olmadığı hakkında cereyan eden müzakere neticesinde, bu kabil davalarda Yargıtay Hukuk Daireleri temyiz tetkikatı ile işgal etmeyip bidayeten hüküm tesis etmekte olduğundan temyiz hususî dairesince bu sıfatla verilen hükümlerin Hukuk Genel Kurulunda temyizen tetkiki tarafların hukukunu teminat altına almak bakımından lüzumlu olduğunu" kabul etmiştir.

Bu içtihadın umumî esaslara uygun olduğu şüphesizdir. Fakat kanunen Temyizin bir daire kararına karşı umumî heyete ancak asliye mahkemesi, nakzedilmiş kararında, ısrar ederse müracaat olunabilir. Temyiz Mahkemesi, kanunun, hâkimin mesuliyeti hakkında Temyiz hukuk dairesinden birini ilk olarak verildiği karara karşı müracaat edilecek makamı tayin etmemiş olduğunu nazara alarak, ruhuna uygun bir müracaat yolu ihdas etmiştir. Temyiz Mahkemesinin kanunun boşluğunu dolduran bu içtihadı teori icaplarına uygunluğu itibarile tasvip edilmelidir.

Asliye Mahkemesinin, hâkimin mesuliyetine veya davanın reddine dair verdiği karar umumî hükümler dairesinde temyiz olunabileceği tabiidir.

XIII

YABANCILARIN VEYA YABANCI MEMLEKETTE OTURANLARIN HÂKİM ALEYHİNE MESULİYET DAVASI İKAME ŞARTLARI

37. Türk mahkemeleri yabancılar hakkında da adaleti icra ile mükelleftirler. Yabancıların hak ve vazifelerini tayin eden 23 Şubat 1330 tarihli muvakkat kanun açıkca yabancılara yabancı veya Türklere karşı Türk mahkemelerinde, gaymenkule müteallik olanlar dahil, her çeşit hukuk ve ceza davasını ikame salâhiyeti vermiştir. Yalnız, yabancıların birbiri aleyhine açacakları ahkâmı şahsiye davası Türk mahkemelerinde görülebilmek için, her iki tarafın istekleri ile mahkemenin salâhiyetini kabul etmeleri veyahut davada bir Türk vatandaşı ilgili bulunması veya dava Türkiye mahkemelerinde görülmekte olan bir davaya murtabit olması iktiza eder. Bu şartlar dahilinde, Türk hâkimi, yabancılar tarafından açılan davalara görmeğe mecburdur. Hâkim dava arzuhalini, davacı yabancı olduğu için reddederse, aleyhine mesuliyet davası açılabilir. Fakat, hâkim dava arzuhalini tetkikten sonra, meselâ, davalı Türk mahkemesinin salâhiyetini kabul ettiğine dair usulü dairesinde verilmiş bir muvafakat vesikası bulunmadığı, açılan dava Türk mahkemesinde derdest bir davaya irtibatı iddiası varit bulunmadığı gibi bir sebeble reddet-

mişse, aleyhine mesuliyet davası açılmaz, kararı ancak kanun yollarına müracaat olunarak ıslah edilebilir. Bu hallerde, hâkim hasım tarafı tesahüp için veyahut yabancıнын yabancılık sıfatının verdiği antipatik bir hisle dava arzualini reddetmesi şartile aleyhine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573 üncü maddesinin 1 no. lu fıkrasına göre mesuliyet davası açılabilir.

1330 Muvakkat Kanununun 4 üncü maddesine göre Türk mahkemeleri, taraflar ıslâm iseler aralarındaki ahkâmı şahsiye davasının rızasına bağılı olmadan görebilirler. Fakat, Teşkiâtı Esasiye Kanunu lâikliği Türk hukukunun esası bir kaidesi olarak kabul ettiği için davalının dinine göre Türk mahkemesinin kaza salâhiyetinin değişmemesi zarureti vardır¹⁵⁰. Hâkim medeni kanunun kabulü itibarile, 1330 Kanununu tefsir yolu ile, müslüman olmyan iki yabancı arasında bir ahkâmı şahsiye davasını, biri muhalefet etmiş olsa bile, görmeğe kendini salâhiyetli addederék, ihtiyati tedbirle, davalı aleyhine nafaka tayin eder, hüküm temyizen nakzedilinceye kadar bu nafaka tahsil edilirse, hatasından, tarafı iltizam kastile hareket etmiş olması hali müstesna, mesul edilemez.

38. 1330 Muvakkat Kanununun 3 üncü maddesine göre “Türkiyede kâfi miktar emlak sahibi olmyan ecnebi tebaa tarafından Türkler aleyhine müddei sıfatile ikame olunacak ... davaların rüyet edilebilmesi için evvel emirde dava masraflarile zarar ve ziyana mukabil mahkemece tensip edilecek miktarda teminat akçesi veya kefalet irae olunması mecburidir. Şu kadar ki, muameleyi müteakibile şartile bu mecburiyet mürtefi olabilir”. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ise yabancı sıfatını nazara almadan, ikametgâhı yabancı memlekette olan davacıyı davayı kaybetmesi halinde davalının masrafını ve dava yüzünden uğraması muhtemel zararı tazmin edeceğine dair teminat vermekle mükellef tutmuştur.

1330 Muvakkat Kanununun umumiyetle tefsir tarzına göre, yabancı davacı tarafından teminat gösterilmesi mecburiyeti davanın kabulü şartı iken, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, davacı davalının talebi halinde teminat göstermele mükelleftir. Bu talep iptidai itirazlardan olup esasa dair müdafaalardan önce veya bu müdafaalarla birlikte ileri sürülmek gerekir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun neşrinden sonra 1330 tarihli Muvakkat kanunun yabancı davacıların teminat göstermelerine dair hükmü tadile uğrayıp uğramadığı, Türkiyede oturan bir yabancı

¹⁵⁰) Sevig cilt I s. 379.

dahi dava açmak için teminat göstermekle mükellef olup olmadığı hayli münakaşalar, mahal verdi. Mahkemelerin içtihatları muttarit değildir¹⁵¹.

Yabancı memlekette ikametgâhını terk ettiğini ispat edemiyen yabancı, ikametgâhını değiştirmiş farzolunamayacağından, Hukuk Usul Kanunu bakımından da dava ikamesi için teminat irâesine mecburdur. O Türkiyede bir yerde bir müddet sakin olmakta ise o yere Medeni Kanun bakımından¹⁵² ikametgâhı nazariyle bakılabilirse de bu ikametgâh, hakiki olmadığı için Hukuk Usul Kanunu bakımından onu teminat göstermek mecburiyetinden kurtarmaz.

Hâkim aleyhine dava açan yabancı esasen Türkiyeden başka memlekette bulunmamış veya yabancı memleketteki ikametgâhını terk ederek Türkiyede yeni bir ikametgâh ittihaz ettiğini ispat etmişse, Türkiyede yeter malları bulunduğunu kabul zarurî olur. Onun ikametgâhında mevcut malları teminat yerine kâim tutulabilir. Vaka bu kanun metninde Türkiyede kâfi emlak olan yabancı davacıları teminattan muaf tuttuğu, Türk dilinde emlak dar manada gayrimenkulleri ifade ettiği, Hukuk Usul Kanunu da mobilya veya ticarî eşyayı teminat kabul etmediği ileri sürülebilir. Fakat, 1330 kanununun açık gayesi, Türkiyeden kolayca yabancı memlekete nakledilemeyecek kıymetlere sahip olan yabancıları teminattan muaf tutma olduğundan, Türkiyede yerleşmiş bir kimsenin menkul mallarını bırakarak, işlerini tasfiye ederek memleket değiştirme zahmet ve masraflarını, davanın sebep olduğu nispeten hiç kabilinden muhakeme masraflarını ödemediği için göze alması son derece az bir ihtimaldir, her halde ikametgâhı yabancı memlekette olan yabancıların Türkiyede bulma bir gayrimenkulünü satmasına nazaran çok daha zordur. Binaenaleyh, davalının mahkûm edilebileceği tazminatı karşılayabilecek haczedilebilen bütün malları emlak teriminin şumulünde sayılarak, bu kanunla Hukuk Usulü Kanunu arası ahenk kurulabilir.

1330 Kanunun teminata müteallik hükümlerinin tādili meselesinde münakaşaların bütün faydası ikametgâhları yabancı memlekette bulunan yabancıların dava açabilmeleri için iptidai itiraz yolu ile hasımın talep etmesine hacet olmadan, teminat göstermeleri mecburiyeti olup olmadığına inhisar eder.

151) Temyiz Mahkemesi umumî heyeti 15/6/1932 E. 2/35 K. 32 (Temyiz Kararları Hukuk Kısmı 1934 s. 22) ve 18/9/1930 tarih 56 no. lu, (Temyiz Kararları Hukuk kısmı 1931) kararlarıyla yabancı davacının teminat mükellefiyetini iptidai itirazardan addetmiştir.

152) MK m. 20.

Mevzuumuz bakımından bu münakaşa faydasızdır. Çünkü, hâkim aleyhine açılacak mesuliyet davası arzuhalî kabule şayan olup olmadığını salâhiyetli mahkeme resen ve şikâyet olunan hâkim dinlenmeden tetkike mecbur olduğundan, bu mahkeme onun tarafından serd edilebilecek itirazları da resen nazara alması icap eder.

Hukuk Usul Kanununa göre, hâkim aleyhine mesuliyet dava arzuhalî kabule şayan görülmeyerek reddi hal'inde davacının tazminat ve para cezasına mahkûmiyetini kabul etmiştir. Türkiye ile yeter alâkası bulunmaması sebebiyle kendilerini bu müeyyidelere maruz bırakmayan yabancıların davalarını kabul kanunun ruhuna aykırı olur.

1330 Muvakkat Kanunu teminat olarak para veya kefalet verilebileceğini kabul etmişse de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerince¹⁵³ mahkeme esham ve tahvilatı da teminat olarak kabul edebilir.

Hâkim aleyhine mesuliyet davası açan yabancıların davası varit gibi görüldüğü takdirde, salâhiyetli mahkeme dava arzuhalinin bir nüshasını davalı hâkime tebliğ etmeden önce ona davanın sebep olması ihtimal içinde olan masrafları ve teminatı karşılayabilecek teminat miktarını tayinle bir mühlet verir. O bu mühlet içinde emrolunan teminatı göstererek şartları tamamladıktan sonra davanın tahkikine başlanır ve geçen paragraflardaki tafsil olunan sebepler varsa hâkim tazminata mahkûm edilir.

XIV

SALÂHIYETLİ MAHKEME

39. Hâkim aleyhine mesuliyet davası davalı hâkimin üstü olan mahkemede görülür. Bu mahkemenin salâhiyeti tabiidir. Hukuk Usul Kanununun 575 inci maddesinin son fıkrasına göre, "tazminat davası sulh hâkimi aleyhinde ise mensup olduğu mahkemei asliyede, mahkemei asliye vazifesini gören münferit hâkimlerle icra reisi, kaza mahkemei asliye hâkimleri aleyhinde ise mensup oldukları vilâyet mahkemei asliyesinde ve vilâyet mahkemei asliyesi aleyhine ise esas davanın tâbi olduğu temyiz dairesinde üyet olunur". Vakıf adalet teşkilâtında asliye hâkimi sulh hâkiminin üstü olmadığı gibi, vilâyet asliye hâkimi de kaza asliye hâkiminin üstü değildir, fakat, kanun mesuliyet davasında tarafa bir derece kolaylık olması için, asliye mahkemesini sulh hâkiminin, vilâyet asliye mahkemelerini kaza asliye mahkemelerinin üstü kabul etmiştir. Hakikatte, umu-

153) Madde 96.

miyetle asliye hâkimleri sulh hâkimlerine, vilâyet asliye hâkimleri kaza asliye hâkimlerine derece itibarile üstün olduğundan, kanunun mahkemeler arasında bu şekil bir hiyerarşi tesis etmesi rasyonel görünür.

Mesuliyet davasının derece itibarile aynı olan hâkime arzedilmesi davacıyı garantiden mahrum edebilirdi. Hâkimlerin birbirleri lehine karşılıklı muamele ümidile haksız karar vermelerinden korkulur.

XV

HÂKİM HAKKINDA MESULİYET DAVASININ KABULÜ VEYA REDDİNİN NETİCELERİ

40. Tazminat davasının kabulü halinde davalı hâkim davacı, lehine haksız hüküm veya tedbir yüzünden maruz bulunduğu bütün zararları karşılayacak tazminata mahkûm edilir¹⁵⁴.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hâkim aleyhine mesuliyet davasını hükme karşı bir müracaat yolu addetmemiştir. Bazı yabancı kanunlar meselâ, Fransa Kanunu hâkimin mesuliyetini fevkalade müracaat yolları arasında zikrettiği için, davanın kabulü halinde, hüküm de ıslah olunabilir. Türk hukukunda ise hâkimin hilesine davacı iştirâk etmemişse hüküm tashih edilemez. Fakat hâkimin hilesine müsteniden açılacak tazminat davası kabul edilir ve hasım da bu hileye iştirâk etmiş bulunur. Hukuk Usulü Kanununun 445 inci maddesinin 10 no. lu fıkrasının sarahatine tevfikân muhakemenin iadesi istenebilir.

41. Kanun hâkim aleyhine haksız mesuliyet davalarını frenlemek için oldukça ağır müeyyideler koymuştur¹⁵⁵. Davacı evvelâ "hâkimin duçar olduğu maddi ve manevi zarar ve ziyarı için takdir olunacak münasip bir tazminat" a mahkûm edilir. Borçlar Kanununa göre¹⁵⁶ manevî tazminatın esas ve miktarı kusurun ağırlığına tâbidir. Mesuliyet davası açmak hükümden zarar gören için bir hak olduğu ve hakkın istimali ise manevî tazminatı haklı göstermeyeceği için, ancak şeref kırıcı isnatlarla haksız mesuliyet davası açılır, bu isnatlar da mahiyeten davalıyı endişeye sevk edebilecek mahiyette ise, manevî tazminata hükmedilebilir. Bilakis davanın sebebi hâkim için haysiyet kırıcı olmaz, miktarı da pek az bulunması itibarile hâkimin endişeye sevk etmeyeceği aşikâr ise, davacının manevî tazminata mahkûmiyeti haklı görünmez.

¹⁵⁴) Hâkimin ne gibi zararlardan mesul tutulabileceği No. 8 de izah edilmiştir.

¹⁵⁵) HUK m. 576 fıkra 2.

¹⁵⁶) Madde 49.

İddiası reddolunan taraf ayrıca 25 liradan az olmamak üzere para cezasına mahkûm edilir. Kanun para cezasının ağır olduğunu tasrih etmediğine göre, hafif sayılmak ve Ceza Kanununun 24 üncü maddesi gereğince azami haddi 200 lirayı aşmamak gerekir. Para cezaları 5435 sayılı Kanunla beş misline çıkarılmıştır. 4/3/1953 tarih ve E. 6, K. 1 no. lu Tevhidi içtihat kararı¹⁵⁷ ile usul cezalarının da beş misline çıkarılmış olduğu kabul edilmiştir. Biniaenaeyh mahkeme ağır hallerde 1000 liraya kadar para cezasına hükmedebilir.

Usul para cezaları da muhakemenin intizamını temin için konmuş cezai mahiyette müeyyideler olduğu için, icabına göre hapse çevrilebileceğini kabul doğru olur. Yoksa bilhassa adli müzaheret kararile hâkim aleyhine asılsız deliller göstererek tazminat davası açan ve mahkûm olduğu para cezasını ve tazminatı ödemededen âciz vaziyette bulunan taraf hakkında hiç bir müeyyide bulunamaz. Teamüllere göre usul para cezaları hapse tahvil edilmemektedir. İdeal hukuk bakımından hattâ manevi tazminatın da icabında hapse çevrilmesi doğru olur.

157) R. g. 16 haz. 1953.

NETİCE

42. Hâkimin karar ve tedbirlerinde kusurlarından mesuliyeti leh ve aleyhindeki görüşleri tahlil ettikten sonra, ağır kusur ile sebep olduğu zarardan mesuliyeti tezini müdafaa ettik.

Hâkimin teşhis edilebilen, içtinabı nispeten kolay her kusurundan mesuliyeti muhakemeyi idare ederken, kararını verirken dikkatini teksif etmesi, harici tesirlere mukavemetini arttırması itibarile kabul edilmek gerekir.

Devlet fertler arası nizaları kat'i olarak kesmeğe mecbur olduğundan, hükümden bir zaman sonra, hâkimin kusuru ileri sürülerek bir nizam tazelenmesi kabul edilmemekle beraber, hükmün haksız verilmesinde âmil olmuş ciddi ve mühim sebebler meydana çıkmasını müteakip kısa bir zaman içinde davanın yeniden görülmesi kabul edilmek de lâzımdır. Hâkimin mesuliyeti çok kere kat'i bir hükme mevzu olmamış, mesele kanuna aykırı muvakkat bir tedbir kararı verilmesi, bir delilin zamanında tespit edilmemesi, bir vesikanın kaybedilmesi gibi sebeblerle iddia olunacağı için kaziyeyi muhkeme ile karşılaşmıyacaktır.

Hâkimin mesuliyeti bakımından, kanunu anlayışta, tefsirde, tamamlamada hatası ile muhakemenin idaresinde tedbir hatalarını ayırt etmek lâzımdır.

Hâkim bir kanunu inceledikten sonra, makbul kaidelerle tefsir ve tevil ederek veya müstakar içtihatlarla, salâhiyetli bilginlerin fikirlerine uyarak verdiği karar hatalı telâkki edilerek, mesul tutulamadığı gibi, gözü önüne konmadığı için, günlük tatbikatı olmayı, hele uzun zamandan beri tatbiksizlikle unutulmuş hususî bir kanunu bilmemesi yüzünden de mesul tutulamaz. Hâkime on binlerce madde arasında karara bağliyacağı hâdiseye temas eden bir hüküm bulunup bulunmadığını araştırma mecburiyeti tahmil edilemez. Hâkim bir davada tatbik edebileceği bir madde aramak için, davayı talike uğratmak zorunda kalmamalıdır. Hâkimin, uzun zamandan beri tatbik edilmemesi sebebiyle unutulmuş, tarafların muamele sırasında varlığını bilmedikleri bir kanunu bilmemesi mazaret kabul eder. Hâkimin unutulmuş bir kanunu tatbika kalkması taraf-

ların menfaatlerine de uymaz. Âmme intizamı da kimsenin varlığını bilmediği bir kanunun tatbikini gerektirmez.

Bu ihtirazi kayıtlarla, hâkimin sarîh ve tevil götürmeyen bir kanunun metnine muhalif karar vermesi mesuliyetini istilzam eder. Fakat, hâkimin adaletle hükme memur olduğu için, hüküm vereceği hâdisede bir kaçamak noktası bulabilirse, kanunundan ayrılabilir. Hâkimin incelediği kanunu makbul tefsir metodu ile işliyerek tevil etmesi mesuliyetini bertaraf etmek için kâfidir.

Hâkimin kanunu tefsir hataları mesuliyetini istilzam edecek bir kusur olmaz ise de, bir tarafa nefsanîyeti veya tarafı tesahüp etmesi sebebiyle kanunu tatbikte, adaleti tayinde hatasından mesul tutulması kabildir. Tezimizde hâkimin adaletle yabancı hislerin tesirile kanun ve adaletle aykırılığını bilerek verdiği karar da hasmî iltizam için verilmiş bir karar sayarak mesuliyetine kâfi gördük. Bir tarafı iltizam için verilmiş bir karar, hâkimin hislerine göre adaletle uygun olması, mesuliyetini bertaraf edemez. Bu şartlar dahilinde verilmiş bir karar ancak kanuna ve objektif adaletle uygunsuz mesuliyetini istilzam etmez. Kanuna ve adaletle uygun bir karar tarafın meşru menfaatlerini ihlâl etmeyeceği için hukukî mesuliyeti tabii olarak istilzam etmez.

Objektif adalet kanunların heyeti umumîyesinden ve tarihi done-lerden çıkarılan ve doktrince tasvibe mazhar olan büyük prensiplerdir. Bu adalet karşılıklı menfaatlerin mukayesesi ile nispeten büyük ve himayeye değerinin tercihini iktiza eder. Menfaatler arasında kanunla bir hiyerarşi yapılmışsa, hâkim şahsî mülâhazalarıyla tercih sırasını bozamaz. Meselâ kanun evlenme mahsulü çocukların menfaatini evlenme dışı çocuklarına üstün tutarak miras hisselerini tayin ettiğinden, hâkim, ince bir adalet için de olsa, bu hükme riayet etmezse mesul tutulabilir.

Hâkimin kanunu tefsiri ve tevilini indî olamaz. Hâkim evvelâ kararlarını esbabı mucibeye istinat ettirmeğe, tarafların ileri sürdükleri kanun metinleri hâdiseye uymamasının sebeplerini tahlile mecburdur. Hâkim kanunu tefsir için varsa doktrini ve emsal içtihatları da tahlil etmek gerekir.

Hâkimin emsal içtihatlarına istinadı bitaraflığını tebarüz ettirir. İctihadı istinat edilerek tarafgirane hüküm verilmesi mümkün, ise de nispeten azdır. Hâkim mevcut bir içtihadı dayanmazsa halka kanunun şahıstan şahsa değiştiği hissi gelir. İctihatları esas tutarak muamelelerini tanzim edenler aldanmamalıdır. Fakat, hâkim münferit değil, müstakar içtihatlarla uymalıdır. Münferit içtihatları güvenilmemek icap eder. Bir içtihat

müstakar da olsa tenkit edilmişse, hâkim doktrine istinat ederek içtihadattan ayrılabilir. Doktrin memlekette ilmi salâhiyetiyle tanınmış müelliflerin neşriyatında beyan ettikleri kanaattir. Türk mevzuatında benzer hükümleri tatbik eden yabancı memleket içtihatları, müelliflerin fikirleri de hâkimin istifade edebileceği doktrindir.

Hâkim bir hâdisede istifade edebileceği içtihat ve doktrin yoksa ve yahut içtihat ve doktrini kanunun ruhuna, adalete uygun bulmazsa, mucip sebeblerini göstererek kanunu tefsirde serbest kalır. Fakat, taraflar doktrin ile desteklenmiş bir içtihada dayanarak muamelelerini tanzim etmişlerse, hâkim şahsî kanaatini bir tarafa bırakmak gerekir.

Hâkimin bir hâdisede doğru karar vermek için gerekli tahkikatı ihmal etmesi yahut yeter derece fikir yormaması yüzünden ağır zararlı neticeler doğuran tedbir alması veya zararı önleyici tedbirleri ihmal etmesi kanunu tefsir veya bir vaziyetin hukukî icaplarını takdirde hatadan farklıdır. Hâkim lüzumlu incelemelerde kusuru sebebeyle hatalı bir hüküm vermiş veya verilmesine sebep olmuşsa mesul olur.

Hâkimin tahkikat sırasında, incelemelerde ihmalinden mesuliyeti için kusurunun ağırlığı şart mıdır? Kanun sarîh değildir. Hâkimin hafif kusurundan mesuliyeti, kaçınılmasındaki zorluk itibarıyla kabul edilemez. Onun mesuliyetini ağır ihmallerine hasretmek doğru olur.

Ağır kusur failin meslekî bilgisi yeter olmaması, ittihaz edeceği tedbirin vermesi muhtemel neticeleri yeter derece düşünmemesi yüzünden şumullü, telafisi zor zararlara sebebiyet vermesidir. Umumiyetle hâkimlerin davalan tahkik sırasında hatalan şumullü telafisi kolay olmıyan neticeler vermekte olduğundan hâkimin tebarüz ettirilebilecek ihtiyatsızca hareketleri ağır kusur sayılabilir. Hususile, hâkimin gözü önüne konan evrakı incelememesi, şahidin beyanını yanlış hülâsa ederek zapta geçirmesi, bir tarafın istinat ettiği vesikayı incelememesi, kaybetmesi, veyahut ittihaz ettiği bir ihtiyatî tedbiri haksızlığı tebarüz etmişken dava sonuna kadar uzatması ağır kusur olup mesuliyetini istilzam eder. Fakat, ancak pek dikkatli bir hâkimin tahmin edebileceği zararları hesaba katmayan, ihtiyatlara uyan hâkimin kusuru hafif olup mesuliyeti için yetmez. Hafif kusurun hudutları belli de değildir. Muayyen bir hareketin hafif kusur olduğunda fikirler çok değişebilir. Hâkimden faaliyetini felce uğratacak derece aşırı ihtiyat beklenemez.

Kısaca bir kusur şüpheli ise mesuliyete esas tutulmamalıdır. Biz hâkimin mesuliyeti için kusuru ağır olması şartını aradık.

Hâkimin bir davada hüküm vermemesi, kasti olması ve noter vasıtasıyla hüküm vermeğe davet edilmiş olması şartile mesuliyetini istilzam eder. Biz bu hükmün yalnız esas kararlar hakkında tatbik olunacağı kanaatini izhar ettik. Umumiyetle esas kararların bir müddet gecikmesi telafisi mümkün olmayın zararlara sebep olmaz, gecikmenin sebep olması muhtemel zararlar ihtiyati tedbir ve hacizle önlenir. Fakat, meselâ bir delilin tespiti veya ihtiyati haciz talebinin bazen bir gün bile geciktirilmesi telafi edilemeyecek zararlara sebep olabilir. Bu halde hâkimin noterden ihtarname ile karar ittihazına davet edilmiş olmasını aramak maksada uymaz. Bundan başka, bir davanın tahkikinde ittihazı gereken çok sayıda kararları ittihaz etmesi için hâkime noter vasıtasıyla ihtarda bulunulması pratik değildir. Binaenaleyh, hâkimin tahkikat kararlarını sadece ağır bir kusur ile vaktinde ittihaz etmemiş olması Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 573 üncü maddesinin 7 no. lu fıkrası hükmünce mesuliyeti için kâfidir. Hâkimleri mesuliyetine dair hususî hükümlerin sadece hakuk hâkimlerin değil, ceza ve sorgu hâkimleri hakkında da tatbiki zaruridir.

Fransız içtihatlarına göre müddeiumumiler, ferdi şahsiyet hakları üzerinde tesirli karar ve tedbirler alabilen polis komiserleri, kır beçileri de adli vazifeleri itibarile bu sıfatla hareketlerinde hâkim teriminin şumülünde addedilmektedir. Bir suçun hazırlık tahkikatında, pek hafif kusuru ile de olsa, delilleri vaktinde toplamayan, şahidin ifadesini, ruh vermek için yanlış zaptederek, tahrif eden, maznunu lüzumsuz tevkif ederek, lehindeki delillerin vaktinde toplanmasına imkân vermeyen komiseri hattâ müddeiumumiyi âdi hukuk hükümlerine göre mesul tutmak doğru olur.

Türk Kanununa göre hâkim aleyhine mesuliyet davası ikame edilebilmek için bir makamdan izin alınmasına ihtiyaç yoksa da esasa karar ittihazına salâhiyetli mahkeme, tasvir şekline göre, davacının iddiasını varit bulmazsa usulen tahkikat açmadan reddedebilir. Mesuliyet davasına bakacak mahkeme ilk safhada, kendine tebliğ yapılmamış henüz davalı hâkimin ileri sürebileceği itirazlar dahil, dava arzuhalinden anıyabileceği bütün müdafaalarını resen nazara alabilir.

Mahkeme Türkiyede oturmayan bir Türkü veya Türkiyede sakin yabancıyı resen teminat göstermekle de mükellef tutabilir.

Temyiz Mahkemesi Umumi Heyeti kararına göre, Temyiz'n bir dairesi tarafından hâkimin mesuliyetine dair verilen karar Umumi heyette temyizden tetkik olunabilir. Kanunun bir boşluğunu dolduran bu içtihat

usul hukukunun her karara karşı bir müracaat yolu açık bulunması prensibine uygundur.

Mesuliyet davasının reddi halinde davacı, hâkim lehine manevî tazminata ve ayrıca para cezasına mahkûm edilir. Manevî tazminata failin ağır kusuru ile mağdurun ağır elemelerine sebep olması halinde hükmolunabilir. Bir hakkın normal kullanılması kusur olmadığından, davacı davalı hâkim hakkında mümkün olan ihtiyatla ve vakıaları tahrif etmeden açtığı davanın tabii olarak hasıl ettiği reaksiyon sebebiyle manevî tazminata mahkûm edilemez.

Para cezası ödenmemesi halinde, bilhassa dava müzaheret kararı ile açılmışsa, hapse çevrilmesi doğru olur. Para cezasının hapse çevrilmesi fakrı hali olan cüretkâr davacılar hakkında biricik müeyyide olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA VE KISALTMALAR

- ANSAY Sabri Şakir : Hukuk Yargılama Usulleri, 5 inci tabı, Ankara 1954.
Arêt. Frib. : Extraits des principaux Arrêts rendus par les divers Sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg en 1952, Fribourg 1953.
BAŞGİL Ali Fuat : Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri, İstanbul 1946.
BELGESAY M. Reşit : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler, İstanbul 1949-1950.
BERKİ Ali Himmet : Hukuk Mantiğı ve Tefsir, Ankara 1948.
BİRSEN Kemalettin : Borçlar Hukuku Dersleri Birinci Kitap Borçların Umumi Hükümleri 3 üncü tabı, İstanbul 1954.
BOULANGER: Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi (Tavaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française), Paris, 1950.
Coste-Floret Alfred : Les problèmes fondamentaux du Droit. Paris, 1946.
CURTI-FORRER Eugène : Commentaire du Code civil suisse, Almancadan Fransızcaya Max-E. Porret, Nöşatel 1912.
D. Recueil Dalloz chronique
D. H. Recueil Dalloz hebdomadaire.
DİNÇER Selami, Rifat Ersoy ve Sadı Kazancı: Haşiyeli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Usul hükümlerini ihtiva eden diğer mevzuat. Ankara 1954.
DUPIN (Paris istinaf müddeiumumisi): Ağır kusur mefhumunu izah eden iddianamesi, Sirey 1954 II. 165.
DÖNMEZER Sulhi : Cezai Mesuliyetin Esası, İstanbul 1949.
DÖNMEZER Sulhi : İki yeni Yargıtay kararı dolayısıyla memuriyet vazifesini ihmal ve suiistimal suçlarını birbirinden ayırmaya yarayacak kıstas (Hukuk Fakültesi Mecmuasından ayrı bası) İstanbul 1945
DUHAMEL Jean J. Dill Smith: De quelques Piliers des Institutions britanniques et. Paris 1953.
EREM Faruk : Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet Kanunu, 2 inci bası, İstanbul 1948.
GARSONNET E. et Ch. Cézair - Bru: Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale en Justice de Paix et devant les Conseils de Prud'hommes, 6 ncı cilt, Voies de Recours ordinaires et extraordinaires contre les Jugements, Paris 1915.
GENY François : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 inci tabı, Paris 1919.
GUHL Théo : Le droit fédéral des obligations, Almancadan Fransızcaya René Des Gouttes, Zurich 1947.
GOPHE François: Les décisions de justice, Paris 1952.
GÖNENSAY Samim: Medeni Hukuk, cilt I, İstanbul, 196 1936; cilt II, Ali Hukuku Kısım II, İstanbul 1946.

- HENRY André : La responsabilité des magistrats en matière civile et pénale (Daloz Chronique 1933)
- JAPIOT René : Traité élémentaire de procédure civile & commerciale, Paris 1916.
- JdT : Journal des Tribunaux.
- KARAFAKİH İS. HAKKI: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952
Külliyat: Türk İçtihatlar Külliyyatı, İstanbul.
- LELOIR Georges : Fransız 7 Şubat 1933 Kanununun altındaki notu, Daloz 1933 IV
- LUCIEN - BRÜN Pierre : Le Rôle et Les Pouvoirs du Juge dans le Code civil suisse, Lyon et Genève.
- MAJNO: Ceza Kanunu şerhi, Adliye Vekâleti neşriyatı 1927.
- MARTY: Rôle du juge dans l'interprétation des contrats (Travaux de l'Association Henri Capitant por la culture Juridique française 1952)
- MORIN Gaston : La révolte du Droit contre le Code, Paris 1945.
- MONTESQUIEU: De l'Esprit des lois, Paris.
- MOREL René : Traité Élémentaire de Procédure civile, Paris 1932.
- OKANDAN Recai : Medenî Kanunumuzda Hâkimin Vâzı Kanun Rolü, Medenî Kanunun on beşinci yıl dönümünden ayrı bası, İstanbul 1943.
- PANDECTES : Pandectes françaises 1903, Prise à partie kelimesi.
- PEAN Gaston : Les juridictions du Droit commun (L'Encyclopedie française, L'Etat moderne 10. 34)
- PERREAU E. H. : Technique de la jurisprudence en droit privé Paris 1923.
- PASQUIER Claude du : Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, Neuchâtel & Paris 1948.
- PLANIOL, et Ripert: Traité pratique de Droit civil français, Obligations, par Esmein, Paris 1952.
- Répertoire : Daloz Nouveau Répertoire de Droit, Paris 1949, Prise à partie kelimesi.
- RIPERT Georges : Le régime démocratique et le Droit civil moderne, Paris 1948.
- ROSSEL Virgile et F. H. Mentha: Manuel du Droit civil suisse, Tome premier, 2 ci tabı Lausanne & Genève.
- ROUBIER Paul : Théorie générale du Droit, 2 ci tabı, Paris 1951.
- SAVATIER René : Traité de la responsabilité civile en droit français, Paris 1930
- SAYMEN Ferit Hakkı : Borçlar Hukuku Dersleri, cilt I İstanbul 1950.
- SEVİG Muammer Raşit : Devletler Hususî Hukuku, Birinci Cilt, İkinci bası 1947, İkinci cilt 1943, İstanbul.
- Tat. Yar. Kar. : Tatbikatta Yargıtay Kararları.
- TISSIER Albert : Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de Procédure civile, 3 cü bası, 1 inci cilt, Paris 1925.
- TUĞSAVUL Muhsin ve Abdülkadir Özoğuz Emsal İçtihatlar, Ankara 1949.
- VELİDEDEOĞLU H. Veldet : Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları, 4 üncü bası, İstanbul 1951.
- VELİDEDEOĞLU H. Veldet : Türk Medenî Hukuku Cilt II Aile Hukuku, 2 inci bası, İstanbul 1950.
- VON THUR Andreas : Partie générale du Code fédéral des Obligations Alman-

cadan Fransızcaya tercüme Maurice de Torrenté & Emile Thilo, 2 In-
ci tabı, Lozan 1933 - 1934.

WARLOMNT René: Le Magistrat, son statut et sa fonction, Bruxelles 1950.

YÖRÜK Abdülhak Kemal : Hukuk Başlangıcı İstanbul.

YÖRÜK Abdülhak Kemal : Hukuk Felsefesi Dersleri Fasikül I İstanbul 1952.