

Prof. Dr.

Hüseyin Hatemi'ye
Armağan

I. Cilt

Yayın No: 166

1. Bası - Haziran 2009

5846 sayılı yasa uyarınca bu kitabın birinci basısının dijital iletim, CD'ye kayıt, elektronik kitap olarak yayımı ve mevcut veya ileride geliştirilebilecek her türlü araçla çoğaltılması ve yayılması hakları da dahil olmak üzere; 5846 sayılı yasa anlamında çoğaltma, yayma ve diğer tüm yayın hakları yalnızca ve münhasıran VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'ne aittir. Kitabın tamamının veya bir kısmının mevcut veya ileride geliştirilebilecek herhangi bir araç veya teknikte çoğaltılması, yayılması ve herhangi bir şekil ve yöntemle ticaret alanına konu edilmesi kesinlikle yasaktır. Aksine hareketler VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'nin burada saklı tutmuş olduğu haklarının ihlali anlamını taşır. VEDAT KİTAPÇILIK Basım Yayım Dağıtım İnş. San. Tic. Ltd. Şti. olabilecek tüm hak ihlallerine karşı tüm yasal haklarını kullanmaya, fikri hak ve emeği korumaya karardır.

ISBN: 978-605-4002-31-3

Takım Numarası: 978-605-4002-30-6

Dizgi : Sami Abbas (0212) 547 48 41
(0532) 433 40 21
e-mail: samiabbas@ttmail.com

Kapak Tasarımı : Murat Ece
Kapak tasarımı yayın komisyonunun istekleri doğrultusunda yapılmıştır.

Baskı - Cilt : Yayılcık Matbaacılık
San. ve Tic. Ltd. Şti.
Tel.: (0212) 612 58 60

**VEDAT KİTAPÇILIK
BASIM YAYIM DAĞITIM LTD. ŞTİ.**

Sultanahmet Mağaza : Klodfarer Cad. No: 35/A
Sultanahmet / İSTANBUL
Tel.: (0212) 516 68 39 - 516 68 49
Fax: (0212) 516 68 36

Şişli Mağaza : Abide-i Hürriyet Cad. No: 207
Şişli / İSTANBUL
Tel.: (0212) 240 12 54 - 240 12 58
Fax: (0212) 240 12 67
www.vedatkitapeilik.com

Danışma Kurulu:

Prof. Dr. Özer Seliçi

Prof. Dr. Rona Serozan

Prof. Dr. Aydın Gülan

Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir

Yayın Komisyonu:

Prof. Dr. Hasan Erman

Prof. Dr. Saibe Oktay Özdemir

Doç. Dr. Mustafa Aksu

Araş. Gör. Dr. Burcu Kalkan Oğuztürk

Araş. Gör. Harun Demirbaş

CAPE MALEAS OLAYININ GÖREVLİ YARGI YERİ, TİCARÎ DAVA VE SORUMLULUK KONULARINDA DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ*

Dr. Serdar ACAR

I. GİRİŞ

1. Türk Boğazları, tarih boyunca dünyanın en önemli boğazlarından biri olmuştur. Bu nedenle birçok çekişmeye ve dolayısıyla hukukî düzenlemeye konu olmuştur¹. Bunların sonuncusu olan Montreux Konvansiyonu, 1936'da imzalanmasına rağmen halen sıcak tartışmalara konu olmaktadır². Türkiye için güncelliğini daima koruyan çok önemli diğer bir sorun da terördür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 tarih ve E. 2001/4-955

* Bu makale 18.02.2008 tarihinde Terazi Hukuk Dergisi'ne gönderilmiş, hakem incelemesinin uzun süre tamamlanmaması nedeniyle 25.11.2008 tarihinde tarafımızdan geri çekilmiştir.

¹ Kısa bir tarihçe için bkz. H. Murat DEMİRKIRAN, "Türk Boğazları'ndan Geçiş Rejimi ile İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.11.2001 gün E:2001/4-955 K:2001/1073 Sayılı Kararı", Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım, İstanbul, 2007, s. 447 vd.

² Boğazlar Rejimi Hakkında Montreux'de 20 Temmuz 1936'da İmza Edilen Mukavelename, 05.08.1936 tarih 3374 sayılı RG. Geniş bilgi için bkz. Sevin TOLUNER, Limni Adası'nın Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1987, s.18 vd. Ayrıca bkz. Doğu ERGİL, "Boğazlar Üzerinde Bitmeyen Kavga (1923-1976)" Lozan'ın 50. Yılına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1978, s.104 vd. Orta Asya petrol ve doğalgazına bağlı son dönemdeki çekişmeler için bkz. Sezer ILGIN, "Türk Boğazları Konusunda Uluslararası Denizcilik Örgütü'ndeki (IMO) Çalışmalar", Çetingil ve Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım, İstanbul, 2007, s. 686 vd.

K. 2001/1073 sayılı kararı, bu iki konuyu ilgilendirdiğinden önemli bir karardır. Bir dizi davaya konu olan Cape Maleas olayına son nokta burada konulmuştur. Türk Boğazları'ndan geçiş rejiminin etrafıca ele alındığı HGK'nın bu kararı başka bir incelemeye de konu olmuştur³. Biz, olayın düşündürdüğü başka sorunlar üzerinde, özellikle görevli yargı yeri, ticarî dava ve sorumluluk konuları üzerinde duracağız. Bu konular üzerine doğrudan hükümler içeren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu karardan yaklaşık dört yıl sonra yürürlüğe girdiğinden, bu yeni hükümlere göre kararı eleştirmek yerine daha çok o tarihteki kurallara göre açıklamalar yapacağız.

II. CAPE MALEAS OLAYI

2. Kıbrıs Rum Kesimi bayraklı Cape Maleas gemisi, maliki olan Seabeach Shipping Ltd. ("Seabeach") tarafından bir zaman charteri sözleşmesi ile Islamic Republic of Iran Shipping'e ("IRIS") tahsis edilmiştir. 16.10.1991-17.10.1991 tarihlerinde, gemiye Bulgaristan'ın Burgaz Limanı'ndan Mobarakeh Steel Complex ("Mobarakeh") tarafından ticarî emtia ile birlikte silah ve mühimmat yüklenmiştir. 22.10.1991 tarihinde, sözkonusu silah ve mühimmatın Kıbrıs Rum Kesimi'ne götürülerek buradan Türkiye'ye sokulacağı veya Türkiye'ye karşı kullanılacağı konusunda alınan istihbarat üzerine, İstanbul Boğazı'ndan uğraksız geçiş yapmakta/yapacak olan gemiye Sahil Güvenlik Marmara ve Boğazlar Komutanlığı ("Sahil Güvenlik") tarafından operasyon düzenlenmiştir. 2131 koliden açılan ve tamamı için örnek sayılan sandıklar içine gizlenmiş askeri amaçlı silah ve mühimmat bulunmuştur. Silah ve mühimmat konişmento ve manifestoda "special equipment" şeklinde gösterilmiştir. Karardan anlaşıldığına göre, olayda taşıyan sıfatı IRIS'e aittir.

1. Ceza yargılaması

3. İstanbul 1 No'lu Devlet Güvenlik Mahkemesi 12.03.1992 tarih ve E.1992/395 K.1992/50 sayılı kararı ile sanıklardan birini teşekkül halinde silah ve mermi nakletmekten suçlu bularak mahkûmiyetine ve gemi ile silahların müsadereğine karar vermiştir.

4. temyiz üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi, başka usulî nedenlerle birlikte kararı şu gerekçeyle bozmuştur⁴:

³ DEMİRKIRAN, s. 446 vd.

⁴ Yarg. 8. CD. 03.06.1992, E. 1992/3846 K. 1992/7568 (Kazancı İBB).

- (a) Dışişleri Bakanlığı'nın 12.11.1991 tarih ve C.Tad/1-1350 sayılı yazısı ve ekindeki belgelerle; sanıkların silahların İran İslam Cumhuriyeti'ne ait olduğu şeklindeki savunması doğrulanmıştır.
- (b) Silahların Türkiye'de boşaltılacağına ilişkin hiçbir somut delil yoktur.
- (c) Montreux Konvansiyonu'nun 2. maddesine göre; barış zamanında ticaret gemilerinin bayrak ve yükleri ne olursa olsun gündüz veya gece hiçbir merasime hacet kalmaksızın boğazlardan transit geçmeleri serbesttir. 4. maddedeki savaş halinin sözkonusu olmadığı ve Türkiye'nin Güney Kıbrıs Rum Yönetimi dâhil kimseyle savaş halinde bulunmadığı Dışişleri Bakanlığı ve Başbakanlık'ın yazılarından anlaşılmıştır. 2. madde hükümlerini askıya almaya olanak tanıyan Türkiye'nin kendini pek yakın savaş tehlikesi karşısında hissetmesi konusundaki 6. maddenin uygulanması sözkonusu değildir.
- (d) Somut olaydaki yükleme limanı, yükleme biçimi, yükleyici şirket⁵ ve konişmentodaki emtianın isimlerinin belirlenmesi konusundaki benzerlikler nedeniyle Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Vasoula kararının⁶ hükme dayanak yapılması doğru değildir. Gemiye kaçakçılık yapan bir gemi ve yükünü Türkiye'de boşaltacağını kanıtlanmış kabul eden bu karar, olayına özgüdür.
- (e) Suça konu silah ve mühimmatın tamamı sayılmadan, nitelik ve nicelikleri belirlenmeden, eksik inceleme ve örnekleme suretiyle yerine getirilmesi olanaksız bir müsadere kararı verilmesi doğru değildir.

5. DGM bozma kararına uymuştur. Bundan sonra, suçlu bulunan sanığın da beraetine, silah ve mühimmatın iadesine ve geminin de serbest bırakılmasına karar vermiştir. Temyiz üzerine onanan (Yarg. 8. CD. 13.11.1992, E. 1992/12438 K. 1992/13283) bu karar kesinleşmiştir.

⁵ Mustafa AKSOY'a ait karşı oy yazısında bu şirketin "Kintex" olduğu belirtilmektedir. Bu husus HGK kararına nazaran bir maddî farklılıktır. Kintex, Doğu Avrupa ülkelerinde başta silah olmak üzere uyuşturucu vb. kaçakçılık olaylarında da sıkça adı geçen bir şirkettir. 1980 öncesi sağ ve sol örgütlere silah tedarik etmesi, çeşitli siyasi cinayetlerde kullanılan silahların bu şirketten alındığının ortaya çıkması, 1997'de Kapıkule'de 1 milyar 800 milyon dolarlık silah yakalatması ve Batmangate olarak bilinen olay nedeniyle, Türkiye'de de kamuoyu tarafından tanınmaktadır.

⁶ Yarg. CGK. 19.06.1978, E. 1978/8-189 K. 1978/245 (Kazancı İBB).

2. Taşıyanın talebi

6. 22.07.1993 tarihinde, IRIS tarafından İçişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı'na izafeten Maliye Bakanlığı aleyhine dava açılmıştır. Burada;

- (a) Gemideki aramanın “transit geçiş” sırasında yapıldığı için haksız olduğu, silah ve mühimmatın da İran İslam Cumhuriyeti'ne ait olduğu, ve
- (b) Geminin 413 gün 2 saat 30 dakika sonra serbest kalması nedeniyle ve bu süre için; Seabeach'e 3.263.522,20- USD navlun ödendiği, 81.978,86- USD yakıt gideri ve 41.097,20- USD liman ücreti ödendiğini iddia edilmiş, ve
- (c) Bu meblağın BK, m.41 gereğince davalıdan tahsili, talep edilmiştir.

İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi; BK, m.41 şartlarının oluşmadığı, yapılan ciddi ihbarın araştırılmasının güvenlik makamlarının kanunî görevi olduğu ve bu eylem ve işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Temyiz üzerine onanan (Yarg. 4. HD. 27.12.1996, E.1995/9438 K.1996/12774) bu karar davacının karar düzeltme talebi de reddedilerek kesinleşmiştir.

3. Yük sahibinin talebi

7. Aynı şekilde, Mobarakkeh tarafından da İçişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı'na izafeten Maliye Bakanlığı aleyhine dava açılmıştır. Burada;

- (a) Aynı nedenlerle arama ve alıkoymanın haksız olduğu, ve
- (b) Gemideki ticarî emtianın 413 gün alıkonması nedeniyle kârdan yoksun kalındığı, bunların yerine yeni emtia almak zorunda kalındığı, aynı cins mallara fazladan ödeme yapıldığı ve toplam 2.236.208,00- USD zarara uğranıldığı iddia edilmiş, ve
- (c) Bu meblağın BK, m. 41 gereğince davalıdan tahsili, talep edilmiştir.

İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi 15.07.1998 tarih ve E.1995/1521 K.1998/1165 sayılı kararı ile, iç hukuk kuralları ve Montreux Konvansiyonu çerçevesinde, olayda herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

8. Temyiz üzerine bu karar bozulmuştur (Yarg. 4. HD. 17.01.2000, E.1999/10495 K.2000/87). Gerekçede, ticarî emtianın “el konulacak nitelik-

te olmadığı”nın ve dolayısıyla bunların alıkonulmasının hukuka aykırı olduğunun DGM kararı ile açıklığa kavuştuğu, bu nedenle de davalının ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu, bundan sonra zarar miktarının hesaplanması gerektiği, bu hesapta kanunî rehin hakkının da dikkate alınarak eşyanın yalnızca DGM tarafından iadesine karar verildiği tarihe kadar olan süreyi dikkate almak gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁷.

9. İstanbul 4. Ticaret Mahkemesi’nin eski kararında direnmesi üzerine uyuşmazlık HGK’ya intikal etmiş, HGK şu gerekçeyle tazminat talebini reddetmiştir:

- (a) Bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu yerde bir haksız fiilden söz edilemeyeceği, buna uygun olarak kamu hukukundan kaynaklanan kolluk yetkisinin kullanılmasının, kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla, haksız fiil teşkil etmeyeceği, ve
- (b) IRIS tarafından açılan davada bir haksız fiil bulunmadığına karar verildiği, bu hüküm Mobarakeh tarafından açılan davada her ne kadar kesin delil sayılamayacak (taraflar farklı olduğu için) ise de, yine de güçlü bir delil olduğu ve Mobarakeh tarafından bunun aksinin ispat edilemediği, ve
- (c) Ceza yargılamasında “... silahların Türkiye’ye sokulacağı ve Türkiye’de boşaltılacağı yolunda delil olmadığı ... ve suçun unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından” şeklinde bir gerekçe ile beraet kararı verildiği, böyle bir beraet kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı ve haksız fiil kuralları çerçevesinde bir sonuca varılması gerektiği, ve
- (d) Montreux Sözleşmesi çerçevesinde, Türk Boğazları’ndan geçiş rejiminin “zararsız geçiş” olduğu, şayet silah kaçırma eylemi sabit olsa idi bunun geçişi zararlı hale getireceği, bu konuda alınan istihbaratın ciddi olduğu ve o tarihlerde Bulgaristan’ın aynı limanından aynı yolla PKK’ya silah temin edilmekte olduğu, dolayısıyla operasyonun Türkiye’nin güvenliği için zorunlu hale geldiği, ve

⁷ Ticarî emtia DGM’nin ilk kararı ile müsadere edilmemiş, 12.03.1992 tarihinde geri verilmesine karar verilmiştir. Bundan sonra Seabeach’in navlun alacağı nedeniyle Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 29.05.1992 tarih ve 1992/380-377 D.İş sayılı kararı ile TTK, m.1077 uyarınca rehin ve hapis hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, bunların alıkonulma süresinin iddia edilen aksine 413 gün değil yaklaşık 5 ay olduğunu belirtelim.

- (e) Bir devletin silah almasının ve bunların taşınmasının olağan ve yasal olduğu için buna ait evrakın da usulüne uygun şekilde düzenlenmesi gerektiği ve sanki gizli saklı bir iş yapıyormuş gibi değişik yollara başvurulmasına gerek olmadığı, buna karşılık silah ve mühimmatın konişmentoda “special equipment” şeklinde gösterilmesinin, konişmentoya yazılacak olan hususları belirten TTK hükümleri karşısında şüpheyi davet eder nitelikte olduğu.

III. TALEPLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

10. HGK kararında yapılan geniş açıklamalara ve öğretimizde de yerleşik olan görüşe göre, Montreux Konvansiyonu’nun Türk Boğazları’ndan geçişe ilişkin düzenlemesinin “zararsız geçiş” olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, Türkiye “kolluk” ve “yargı” yetkilerini muhafaza etmektedir⁸. Bu çerçevede, Sahil Güvenlik tarafından yapılan operasyon kolluk yetkisinin kullanılmasıdır⁹. DGM tarafından yapılan yargılama ise yargı yetkisinin kullanılmasıdır.

11. IRIS ile Mobarakeh’in taleplerini yönetme şekillerinden bu taleplerin kolluk yetkisi kapsamındaki işlem veya eylemlerden kaynaklanan zarara ilişkin oldukları anlaşılmaktadır. Çünkü davalı olarak İçişleri Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı gösterilmiştir. Şayet gördükleri zararın yargı yetkisi kapsamındaki işlem veya eylemlerden (de) kaynaklandığını iddia etse idiler, hâkimlere veya Adalet Bakanlığı’na (da) husumet yöneltirlerdi. Kararın taraf iddialarının özetlenmesine ayrılan bölümünden de, bu yönde bir iddia ileri sürülmediği anlaşılmaktadır.

12. Hâlbuki IRIS ile Mobarakeh’in yakındıkları zarar daha çok yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkindir. Çünkü Sahil Güvenlik’in görevi ve yetkisi olay DGM’ye intikal ettiğinde artık sona ermişti. Bu safhadan sonra,

⁸ **Sevin TOLUNER**, “Boğazlardan Geçiş ve Türkiye’nin Yetkileri”, Boğazlardan Geçiş Güvenliği ve Montrux Sözleşmesi Mahmut Belik ve Tahir Çağa’ya Saygı Semineri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1994, s.14; **Ferit Hakan BAYKAL**, “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konansiyonu’nda Boğazlardan Geçiş Rejimi”, Mahmut R. Belik’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1993, s.33; **Rauf VERSAN**, “Montreux Sözleşmesi ve Uygulanmasından Kaynaklanan Bazı Sorunlar”, İstanbul Barosu Dergisi, 2006, C.80, Sa.4, s. 1446.

⁹ Bkz. 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, m.2, 4 ve 5. (13.07.1982 tarih 17753 sayılı RG).

DGM'nin gemi ile yükünün derhal serbest bırakılmasına karar vermesi halinde Sahil Güvenlik buna engel olamayacağı gibi, DGM böyle bir karar vermedikçe Sahil Güvenlik gemi ile yükünün serbest bırakılmasını da sağlayamazdı. Zararın gerçekleştiği ileri sürülen 413 günlük zaman diliminin tamamına yakını yargı yetkisinin kullanıldığı safhada geçmiştir ve bu safhada gemi ile yükü üzerinde karar verme yetkisi tamamen DGM'ye aittir. Kararda özetlenen taraf iddialarından anlaşıldığına göre; yargılama safhasında mahkemeye yanlış istihbarat vermek gibi, güvenlik güçlerine zarara katkısı olabilecek başka bir kusur da isnat edilmemiştir. Yakınılan zarar ile kolluk yetkisinin kullanılması arasında her ne kadar “mantiki illiyet bağı” bulunuyor ise de, bir haksız fiilin varlığına karar verebilmek için hareket ile zarar arasında bulunması gereken bağ; “uygun illiyet bağı”dır¹⁰.

IV. GÖREVLİ YARGI YERİ

1. Kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan zararlarda

13. Anayasa'nın 125. maddesine göre; “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*”. Bunlardan “*idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi*”dir¹¹. Adli yargı ve idari yargı ayrılığının Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerinden kaynaklandığı kabul edilmektedir¹².

14. Kolluk faaliyetlerinin, kamu gücünün kullanılması ve dolayısıyla idarenin kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinden olduğu tartışmadan uzaktır. İstisnaî haller dışında¹³, kolluk faaliyetleri ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında, görevli yargı yerinin idari yargı olduğu kabul edilmektedir:

¹⁰ Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995, s.496 vd. Daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Fikret EREN, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s.52 vd.

¹¹ AYM. 01.03.2006 E. 2005/108 K. 2006/35 (22.07.2007 tarih 26236 sayılı RG).

¹² AYM. 01.03.2006 E. 2005/108 K. 2006/35.

¹³ Emniyet görevlisi tarafından işkence yapılarak ölümüne sebebiyet verilen kişinin yakınları tarafından İçişleri Bakanlığı ve polis memuruna karşı açılan tazminat davasının, husumetin şahsa yönelik bulunması nedeniyle adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği yönünde bkz. UM. 24.03.1997 E. 1997/15 K. 1997/14 (15.04.1997 tarih 22965 sayılı RG).

“Kamu personelinin görevi ile ilgili yetkileri kullanmasından ve resmi sıfatından ayrılmayan kusurundan doğan zararların tazmini istemiyle, idare aleyhine açılacak davanın idarî yargı yerinde görülmesi gerekir”¹⁴.

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin başka bir kararında yine aynı sonuca varılırken bu kez yakınılan eylemin kolluğun mülkî görevinden kaynaklandığı da vurgulanmıştır¹⁵. Belirtelim ki, mülkî görev-adlî görev ayrımı biraz bulanık ve tartışmalı bir konudur. Ayrıca, sonradan yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’daki özel düzenleme nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yukarıdaki içtihatlarını gözden geçirmesi gerekebilir.

15. Cape Maleas olayında Sahil Güvenlik’in kolluk yetkisini kullandığı açıktır. Olayda kolluk görevlilerine ait kişisel bir kusurdan da yakınılmamıştır. Dolayısıyla, gerek IRIS ve gerekse Mobarakeh’e ait taleplerin adlî yargı yerine idarî yargıda ileri sürülmesi daha doğru olurdu. Ancak, gerek İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, gerekse Yargıtay’da yapılan yargılamada bu husus tartışma konusu olmamıştır.

2. Yargı yerinin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar

16. Öncelikle çeşitli ihtimalleri birbirinden ayırmak konunun açıklığa kavuşmasına yardımcı olacaktır:

- (a) Hâkimin idarî faaliyetlerinden kaynaklanan zarar için, Adalet Bakanlığı’na karşı hizmet kusuruna dayanarak idarî yargıda tam yargı davası açılabilir¹⁶.

¹⁴ UM. 14.04.1997 E. 1997/16 K. 1997/15 (18.05.1997 tarih 22993 sayılı RG). Kargaşaya müdahale eden polis panzerinin çarparak öldürdüğü kişinin yakınları tarafından açılan davanın idari yargıda görülmesi gerektiği yönünde bkz. UM. 28.12.1998 E.1998/65 K.1998/69 (05.02.1999 tarih 23602 sayılı RG). Askerî yasak bölgeye giren sivil araca çarpan tankın neden olduğu zarar için idari yargıda dava açılması gerektiği yönünde bkz. UM. 03.05.1999 E. 1999/9 K. 1999/14 (08.06.1999 tarih 23719 sayılı RG).

¹⁵ “Tutuklu askerin duruşmaya sevkî sırasında görevli jandarmalar tarafından vurularak öldürülmesi nedeniyle açılan tazminat davasının, zarar doğuran eylem jandarmanın mülkî görevi kapsamında bulunduğundan genel idarî yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.” UM. 01.07.2004 E.2004/30 K.2004/39 (29.11.2004 tarih 25655 sayılı RG). Ayrıca bkz. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, m.7.

¹⁶ Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, Medenî Usul Hukuku, Yetkin, Ankara, 2005, s. 949; Selda ÇAĞLAR, “Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, 2006, C.80, Sa.2, s.710. Yargısal faaliyet-idarî faaliyet ayrımı için ve kalem işlerinin yürütülmesi ile personel yönetimiyle ilgili işlerin idarî faaliyet olduğu yönünde bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 58. Buna

- (b) Hâkimin yargısal faaliyetlerinden kaynaklanan zarar için ise, hâkime karşı HUMK, m. 573-576'ya göre adli yargıda dava açılabilir.
- (c) Hâkimin yargısal faaliyetlerinden kaynaklanan zarardan devletin sorumlu olup olmadığı konusunda açık bir genel hüküm yoktur.

17. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2004 yılında verdiği bir kararda; "Adli yargı yerinin yargısal işlemlerinden dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan davanın, adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği" sonucuna ulaşmıştır¹⁷. Mahkemeye göre:

"Anayasal düzenlemelere göre, "kuvvetler ayrılığı" ilkesi gereğince fonksiyonel bakımdan yargı organı yasama ve yürütmeden ayrı tutulmuş olup, bağımsız bir organ olan yargının yargılama süreci ile ilgili işlemlerinin Anayasa'nın 125. maddesinde öngörülen "idari işlemler" kapsamına girmediği ve bu nedenle yargısal işlemler dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamayacağı açıktır.

Bu anlayış, Ülkemiz yargı sisteminin dayandığı "yargı ayrılığı" ve "adli ve idari yargı organlarının birbirlerine karşı bağımsızlığı" ilkelerinin de doğal bir sonucudur.

Bununla birlikte, hukukumuzda, bazı hallerde yargısal işlemlere yardımcı kimi idari faaliyetlerden dolayı Devletin sorumluluğunu öngören istisnai düzenlemeler de bulunmaktadır.

... Anılan yasal düzenlemelerden, yargılama sürecine katkıda bulunan işlemler nedeniyle Devletin sorumluluğunun kabul edildiği durumlarda, bu sorumluluğun denetiminin de aynı yargı düzeni içinde yapılmasının gözetildiği anlaşılmaktadır.

karşılık, 4. HD'nin bir kararında şöyle denilmektedir: "Hâkimlerin idari davranışlarından doğduğu iddia edilen zararların HUMK. nun 573 ve devamı maddelerindeki usule göre sonuçlandırılması düşünülemez. Bu gibi eylemlerden doğan zararlar, haksız fiil niteliğinde olup, genel hükümlere göre ve adliye mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir.". Bu olayda, bir hâkim tarafından, hazırladığı raporda kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasıyla bir Adalet Bakanlığı müfettişine karşı manevî tazminat davası açılmıştı. Bkz. Yarg. 4. HD. 10.06.1999, E. 1999/4284 K. 1999/5514 (Kazancı İBB).

¹⁷ Olayda Mehmet Rifat KAYA aleyhine mal beyanında bulunmaması nedeniyle icra ceza mahkemesinde açılan davada, yargılama sırasında borçlunun adı Rifat KAYA olarak yazılmaya başlanmış ve bu isimle nüfus bilgilerinin sorulması üzerine nüfus müdürlüğüne Rifat KAYA'nın nüfus bilgileri bildirilmiş, sonuçta Rifat KAYA haksız yere cezaevine konulmuştur. Manevî tazminat talebiyle Adalet Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı aleyhine açılan davada, asliye hukuk mahkemesi ile idare mahkemesi arasında olumsuz görev uyuşmazlığı çıkmıştır. UM. 01.07.2004 E. 2004/33 K. 2004/42 (29.11.2004 tarih 25655 sayılı RG).

Olayda, yargısal işlemlere yardımcı işlem niteliğindeki nüfus bildirimi dikkate alınarak 1587 sayılı Nüfus Kanunu incelendiğinde, yukarıda örnekleri belirtilen şekilde Devletin sorumluluğunu öngören özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir¹⁸.

Belirtilen duruma göre, olayda adlî hata sonucu haksız yere hapis yattığı ileri sürülerek açılan tazminat davasında, tazminat istemine esas olan işlemi yapan mahkemenin dâhil olduğu adlî yargının görevli bulunduğuun kabulü zorunlu bulunmaktadır.”.

18. Cape Maleas olayı ile de benzerlikler taşıyan 2006 yılında verilen bir kararda ise¹⁹; “*İcra dairesi görevlilerinin kusurlarından ve adlî yargı yerlerinin yargısal işlemlerinden dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davanın, adlî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği*” kabul edilmiştir. Mahkeme yukarıdaki karardaki gerekçeleri sıraladıktan sonra, burada özel bir düzenleme (İİK. 5) bulunduğunu belirterek icra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusuruna ilişkin bu özel düzenlemeyi adlî yargı yerinin faaliyetlerine şöyle teşmil etmiştir:

“... İcra ve İflas Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin olarak kamu görevlilerinin işlemlerinin yanı sıra, yargı mercileri arasındaki işbirliği ve koordinasyon yetersizliği yüzünden doğduğu öne sürülen zararın tazmini iste-

¹⁸ Örneğin, İİK, m. 5’te böyle bir özel düzenleme bulunmaktadır. 2004 yılında verilen bir kararda, icra dairesi görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan zararın idareden tazminine ilişkin davanın bu maddeye göre adlî yargıda açılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Olayda; icra dairesinin sıra cetveli yapmadan ve ilgili kurumlardan gerekli bilgileri almadan yaptığı bir ödeme nedeniyle Adalet Bakanlığı’na karşı dava açılmıştı. UM. 01.03.2004 E. 2004/1 K. 2004/5 (24.06.2004 tarih 25502 sayılı RG).

¹⁹ Olayda, kurtarma ücretini ödemeyen yabancı bayraklı bir gemi cebri icra yoluyla satılmış, davacı tarafından satın alınmıştır. Ancak, Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından daha önceki tarihli bir tutanağa istinaden motorin kaçakçılığı suçlaması ile Foça Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatıldığı ve bunun sonucuna kadar gemiye el konulduğundan, gemi fiilen davacıya teslim edilememiştir. Bunun üzerine, davacı Aliğa Asliye Ceza Mahkemesi’ndeki kamu davasına müdahil olmuş ve geminin kendisine teslimini istemiş, sonuçta bankaya yatırılan teminat karşılığında gemi davacıya teslim edilmiştir. Bundan sonra, davacı tarafından; Aliğa İcra Müdürlüğü, Aliğa Asliye Ceza Mahkemesi ve Foça Cumhuriyet Başsavcılığı’na izafeten Adalet Bakanlığı aleyhine dava açılmış, davalıların olayı gerektiği şekilde incelememesi nedeniyle geminin 6,5 ay geç teslim alındığı ve bu yüzden uğranılan zararın tazmini istenmiştir. Önce Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi ve sonra İzmir 1. İdare Mahkemesi tarafından verilen görevsizlik kararları nedeniyle olay Uyuşmazlık Mahkemesi’ne intikal etmiştir. UM. 10.07.2006 E. 2006/101 K. 2006/114 (07.10.2006 tarih 26312 sayılı RG).

miyle açılan davada, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 5. maddesi hükmü ve ayrıca, tazminat istemine esas olan işlemi yapan mahkemenin dâhil olduğu adlî yargının görevli bulunduğu kabulü zorunlu bulunmaktadır.”.

19. Yukarıdaki kararlardan anlaşılacağı üzere, adlî yargı hâkiminin yargısal faaliyetleri Anayasa'nın 125. maddesinin kapsamı dışındadır. Buna uygun olarak idarî yargı denetimine tabi değildir. Dolayısıyla, bu faaliyetler nedeniyle uğranılan bir zarara ilişkin tazminat talebinin adlî yargıda ileri sürülmesi gerekir. IRIS ile Mobarakeh'in yakındıkları zarar esas itibarıyla adlî yargı faaliyetlerinden kaynaklanmasına rağmen, ne Adalet Bakanlığı'na ne de hâkimlere husumet yöneltilmiştir. Dolayısıyla;

- (a) (Talebin ileri sürülüş şekli nedeniyle), bu davaların idarî yargıda açılması daha doğru olurdu.
- (b) Şayet Adalet Bakanlığı veya hâkimlere husumet yöneltilse idi, bu davaların adlî yargıda açılması doğru olacaktı.

V. TİCARÎ DAVA

20. Ticarî davalar, “mutlak ticarî dava” ve “nispî ticarî dava” olmak üzere ikiye ayrılır. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlardan doğan ve TTK, m.4'te sayılan diğer davalar mutlak ticarî davadır. Her iki taraf için ticarî sayılan hususlardan doğan davalar, diğer bir deyişle her iki tarafın tacir, uyuşmazlığın da her iki tarafın ticarî işletmesiyle ilgili olduğu davalar ise, nispî ticarî davadır (TTK. 4)²⁰. Ticarî davalara ticaret mahkemesinde bakılır (TTK. 5/2).

21. IRIS ile Mobarakeh tarafından açılan davalar mutlak ticarî dava ya da nispî ticarî dava tanımına uygun değildir. Görevli yargı yeri tartışması bir kenara bırakıldığı takdirde, bunların ticaret mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesinde açılmaları gerekirdi. Davalılar da, bir iptidâî itiraz şeklinde iş bölümü itirazında bulunabilirlerdi (TTK. 5/3). Ancak, bu yapılmadığından, ticarî olmayan bir davanın ticaret mahkemesinde görülmesi de hükmün bozulması için tek başına yeterli bir sebep olmadığından (TTK. 5/3), bu husus üzerinde durulmamıştır. Bununla birlikte, temyiz incelemesinin 4. HD. tarafından yapılmış olması, Yargıtay'ın da zımnî olarak bu görüşte olduğunu göstermektedir. Zira Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinde²¹ bu Daire'nin “Asliye mah-

²⁰ Yarg. HGK. 05.02.2003, E. 2003/9-82 K. 2003/65 (Kazancı İBB).

²¹ 30.05.1991 tarih 3749 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik şekli.

kemelerince verilen haksız eylemden, genel ve özel kanunlardan doğan ve diğer hukuk dairelerinin görevi dışında kalan hüküm ve kararlarla, hâkim reddi işlerini” göreceği belirtilmektedir. Bu maddenin uygulanması ile ilgili Yargıtay Başkanlar Kurulu Kararı’na²² göre de; “Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen ... tarafların tacir ve işin ticarî işletmeyle ilgili bulunmadığı haksız eylemden kaynaklanan tüm davalar” 4. HD. tarafından görülür. Bilindiği gibi, ticarî davalar her iki düzenlemeye göre de 11. HD. tarafından görülmektedir.

22. Şayet, IRIS veya Mobarakeh, hâkimlere²³ ya da Adalet Bakanlığı’na karşı dava açmayı tercih etse idiler, bu da bir ticarî dava olmayacaktı.

VI. YARGISAL FAALİYETLERDEN KAYNAKLANAN ZARAR-DAN SORUMLULUK

1. Hâkimin kişisel sorumluluğu

23. HUMK, m. 573’te sayılan hallerde hâkimler aleyhine tazminat davası açılabilir²⁴. HGK’nın muhtelif içtihatlarında bu özel hükme ilişkin şu açıklamalar yapılmaktadır:

“Hâkimlerin sorumluluklarına ilişkin özel usul hükümleri, 573. maddede belirtilen ağır iddiaların dayanaksız ve hukuka yabancı gayelerle ileri sürülmesi suretiyle onların kamu önündeki itibarlarının zedelenmesini önleyici ve aynı zamanda hâkimlerin görevlerini tam bir huzur içinde yapabilmelerini ve halka adaletin her türlü etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermeyi sağlayıcı hükümlerdendir”²⁵.

²² Başkanlar Kurulu’nun 23.02.2004 tarih ve 3 sayılı kararına göre yeniden düzenlenmiş şekli.

²³ HUMK, m. 575/2’de 26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanun (07.10.2004 tarih 25606 sayılı RG) ile yapılan değişikliğe göre; ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimler aleyhine HUMK, m.573 vd. hükümlerine göre açılacak davalar Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi tarafından karara bağlanır. Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayınca kadar bu davaların Yargıtay’ın görevine girdiği konusunda bkz. Yarg. 4. HD. 27.01.2005 E. 2004/16718 K. 2005/404 (Kazancı İBB).

²⁴ Geniş bilgi için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.950 vd. Daha geniş bilgi için bkz. Emcet BELGESAY, “Türk Hukukunda Hâkimin Hukukî Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1955, C.12, Sa.1-4, s. 247 vd.; Erdal TERCAN, “Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576) “Hâkim” Kavramı Açısından Uygulama Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C.44, Sa.1-4, s. 233 vd.

²⁵ Yarg. HGK. 03.04.1974 E. 1971/5-178 K. 1974/322 (Kazancı İBB).

“Hâkimlerin kişisel sorumluluğunda, yargı yetkisinin özellikleri özel bir sorumluluk düzeninin uygulanmasını zorunlu kılar. Zira yargı görevinin bağımsızlık ve tarafsızlık içinde aksatılmadan yerine getirilmesi esastır. Gerçekten onların diğer devlet memurlarının tâbi bulundukları sorumluluk esaslarına bağlanmaları yaptıkları her işlemin aleyhlerine bir tazminat davasına yol açacağını düşünmelerine ve bunun sonucu olarak karar verirken tereddüt içinde kalmalarına yol açabilir. Şu husus belirtilmelidir ki, adaletin gerçekleşmesi hâkim hakkında sorumsuzluk müessesinin kabulünü gerektirmez. Hâkimler verdikleri kararlardan dolayı ilke olarak sorumlu tutulamayacakları esas olmakla beraber ceza hukuku açısından sorumlu olan hâkimlerin hukukî sorumluluklarının benimsenmesi de hukuk mantığının zorunlu sonucudur”²⁶.

“Hâkimler verdikleri kararlardan dolayı kural olarak sorumlu değildir. Ancak, hâkimlerin kasıtlı veya ağır ihmali ile kanuna aykırı karar vermiş oldukları bazı hallerde mali (hukukî) sorumlulukları kabul edilmiştir. Bu sorumluluk halleri de HUMK’nun 573. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır”²⁷.

“[HUMK, m. 573’te] Sayılan bu haller örnek niteliğinde olmayıp, sayılı ve sınırlı durumları ifade eder. ... Davacıların dosyada bulunan delillerin yanlış değerlendirildiği iddiaları HUMK. nun 573-576. maddeleri kapsamında değildir. Bu iddialar ancak temyiz nedeni olarak ileri sürülebilir”²⁸. [ilavedir]

24. Haklılığı tamamen konu dışı olmakla birlikte, bir hâkimi bu hükümlere göre sorumlu tutabilmek oldukça güçtür²⁹. Çünkü:

- (a) Hâkimin kusurunun gerekli olduğu hallerde (HUMK. 573/1, 4-7), öngörülen kusur hem oldukça ağırdır hem de bunun ispatı güçtür.
- (b) Kararın hukuka aykırı olmasının gerekli olduğu hallerde (HUMK. 573/1-7), genellikle önce kanun yollarını kullanmak gerekir. Bu da;
 - (i) bir yandan (varsa) hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığından,

²⁶ Yarg. HGK. 14.01.1976 E. 1975/5 K. 1976/4 (Kazancı İBB).

²⁷ Yarg. HGK. 31.03.2004 E. 2004/9-188 K. 2004/180 (Kazancı İBB).

²⁸ Yarg. HGK. 06.10.2004 E. 2004/4-496 K. 2004/463 (Kazancı İBB).

²⁹ Bu yönde bir eleştiri için bkz. ÇAĞLAR, s.713. Sorumluluğun şartları konusunda geniş bilgi için bkz. Sezai AYDINALP, Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1997, s.93 vd.

- (ii) diğer yandan (özellikle hukuk yargılamasında faiz yoluyla) diğer tarafa yüklemek suretiyle zararı ortadan kaldıracığından,

HUMK, m. 573 vd. hükümlerinin çoğu örnekte uygulama alanı olmayacaktır.

- (c) Yargıtay üyeleri aleyhine tazminat davası açabilmek ise, özel ve daha zor bir usule tabidir³⁰. Yukarıdaki nedenle işin düğümleneceği yer genellikle Yargıtay olacağından, bu önemlidir.

25. Bununla birlikte, değişik örneklere rastlamak da mümkündür. 4. HD'nin 2000 yılında verdiği bir kararda, haksız verilen bir ihtiyatî haciz kararı ile ilgili olarak hâkim sorumlu bulunmuştur³¹:

2. Devletin sorumluluğu

26. Hâkimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle uğranılan zararlar için devletin sorumlu olup olmadığı konusunda genel bir hüküm yoktur³².

³⁰ HGK'ya göre; HUMK, m. 573 vd. hükümlerindeki "hâkim" sözcüğü Yargıtay üyelerini kapsamaz. Bir Yargıtay üyesinin AY, m. 147/2 gereğince göreviyle ilgili bir suçtan dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatıyla yargılanarak suçlu bulunmasından önce açılan tazminat davasının reddi gerekir. Bkz. Yarg. HGK. 14.01.1976 E.1975/5 K. 1976/4 (Kazancı İBB). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yarg. HGK. 14.01.1987 E. 1986/1 K.1987/1 (Kazancı İBB); Yarg. HGK. 22.06.2005 E. 2005/2 K. 2005/2 (Kazancı İBB). Aksi yönde bir görüş için bkz. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s. 949. Söz konusu kararların eleştirildiği daha geniş bir inceleme için bkz. **TERCAN**, s. 233 vd.

³¹ Olayda, bir bankanın kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağı nedeniyle davacı aleyhine ihtiyatî haciz kararı verilmiş ve bu karar uygulanmış, davacı sözkonusu alacağın ipotekle temin edilmiş olduğu ve bankanın daha önce de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlattığı ve bu takibe itiraz edildiği, bu nedenle İİK, m. 257/1 ve 45 gereğince ihtiyatî haciz kararı verilemeyeceği gerekçesiyle itiraz etmiştir. Fakat bu itirazlar kabul edilmemiştir. Davacı bunun üzerine, haksız yere ihtiyatî haciz kararı verilmesi ve sonradan da işin sürüncemede bırakılması nedeniyle uzun süre haciz tehdidi altında kaldığını iddia ederek hâkim aleyhine maddî ve manevî tazminat davası açmıştır. Yargıtay, kanunun açık hükmü karşısında itiraz sebeplerine hasren inceleme yaparak ihtiyatî haciz kararının kaldırılmasına karar vermek gerektiği, bunun yerine bir alacak davası varmış gibi muhtelif celseler açıp bilirkişi dinlenmesinin ve bu konuda yapılan itirazların gerekçe göstermeksizin görmezden gelinmesinin hâkimin sorumluluğunu gerektirdiği sonucuna varmıştır. Bunu açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırılık olarak değerlendirmiştir. Bkz. Yarg. 4. HD. 16.11.2000 E. 2000/6402 K. 2000/10139 (Kazancı İBB).

³² **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.955.

27. HGK'nın 1976 yılına ait bir kararında, hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden doğan zararlardan devletin sorumlu olmadığı şöyle ifade edilmiştir³³:

"Hâkimlerin Anayasa güvencesi altında bulunan bağımsızlığı, idare hukukunda devletin ajanların faaliyetlerinden dolayı sorumluluğunu tayin eden hizmet kusuru ölçüsünün hâkimler yönünden uygulanmasına olanak vermez; Türk pozitif hukuku ilke olarak yargı fonksiyonunun ifa edilmesi dolayısıyla devletin sorumlu tutulamayacağı esasını benimsemiştir."

28. HGK'nın 1991 yılında verdiği ve öğretide çeşitli eleştirilere konu olmuş bir kararda da şöyle denilmektedir³⁴:

"Devlet ile hâkimler arasında özel hukukun anladığı manada bir çalışan-çalıştıran ilişkisi bulunmadığı gibi, idare hukukundaki idare ile memur veya diğer kamu görevlileri arasındaki idari hizmet ilişkisi de söz konusu olmamaktadır."

... Hâkimler görevlerinde bağımsız olduklarından ve yargı yetkisinin kullanılmasında hiçbir organ, makam merci veya kişi kendilerine emir veya talimat veremeyeceğinden, tavsiye ve telkinde bulunamayacağından, hâkimlerin vermiş olduğu kararlardan dolayı Borçlar Kanununun 55. maddesi gereğince Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla tazminat davası açılmayacağı gibi, Anayasa'nın 129/5. maddesine dayanılarak dahi İdare aleyhine doğrudan doğruya bir tazminat davası açılmaz. Öte yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında [ki] ... hükmün dahi hakimler hakkında yargısal görevlerinden dolayı yukarıda açıklanan nedenlerle uygulanması mümkün değildir. [ilavedir]

... Bağımsız mahkemelerce verilen ve kesinleşen yargı kararları kesin hüküm olarak herkesi bağlar. Devlet aleyhine istihdam eden sıfatıyla açılacak bir davada bu kesin hükümlerin yeniden ele alınarak tartışma konusu yapılması ve yanlış karar verildiğinden bahisle Devletin tazminatla sorumlu tutulması, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesine de aykırıdır."

29. Bundan sonra, 4. HD'nin 1998 yılında verdiği bir kararda Adalet Bakanlığı hasım gösterilerek açılan bir dava husumet yönünden reddedilmiş-

³³ Yarg. HGK. 14.01.1976 E.1975/5 K.1976/4 (Kazancı İBB). Aynı yönde bkz. Yarg. HGK. 20.02.1991 E.1990/4 Bidayet 1990/1 (YKD, Haziran 1991, s. 826-830).

³⁴ Yarg. HGK. 20.02.1991 E.1990/4 Bidayet 1990/1 (YKD, Haziran 1991, s. 826-830).

tir³⁵. 4. HD'nin 2004 yılında verdiği aynı yöndeki başka bir kararda ise, Adalet Bakanlığı'na karşı idarî yargıda da dava açılmayacağı sonucuna varılmıştır³⁶.

“Hâkimler bağımsız olup, Adalet Bakanlığının memuru konumunda değildirler. Hâkimin görev kusuru nedeniyle Adalet Bakanlığına karşı idare mahkemesinde dava açılabilmesine ilişkin görüş de hâkimin bağımsızlığı ilkesine aykırıdır. Hâkimler aleyhine ancak kişisel kusura dayanılarak HUMK. nun 573 vd. maddelerinde düzenlenen biçimde dava açılabilir. Şu durumda davanın husumetten reddi gerekir. Anılan yön gözetilmeden davanın husumetten reddi yerine yargı yolu bakımından reddi usul ve yasa-ya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

30. Öğretide de, Postacıoğlu³⁷, Tandoğan³⁸, Üstündağ³⁹ ve Alango-ya/Yıldırım/Deren-Yıldırım⁴⁰ hâkimlerin yargısal faaliyetlerinden dolayı devletin sorumlu tutulamayacağı görüşündedir. Buna karşılık, diğer bazı yazarlar hâkimlerin HUMK, m. 573 vd. hükümlerine göre mahkûm oldukları zarardan dolayı devletin ikinci derecede sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmektedir. Belgesay'a göre; *“Hâkim devletin müstahdemi değildir, fakat onun bir uzvu, bir organıdır. Hükmî şahıs organının kusurundan da mesuldür (MK. 48)”*⁴¹. Karafakih ise, devletin bu sorumluluğunu BK. m. 55'e dayan-

³⁵ “Anayasanın bu emredici hükümlerine göre ... Adalet Bakanlığının memuru durumunda olmayan hâkimlerin hukuka aykırı eylemlerinden ötürü bakanlık makamı hasım gösterilmek suretiyle maddî ve manevî tazminat istenemez.”. Olayda, isim benzerliğinden dolayı ÇekK uyarınca hapis cezasına mahkûm edilip tutuklandıktan sonra yanlışlığın farkına varılarak tahliye edilen bir kimse manevî tazminat davası açmıştı. Yarg. 4. HD. 22.02.1998 E. 1998/9027 K. 1999/1342 (Kazancı İBB).

³⁶ Bu olayda, hâkimin MK, m.406'daki şartları yerine getirmeden vasi tayini için ihbarda bulunması nedeniyle elem duyduğunu iddia eden bir kimse, adlî yargıda Adalet Bakanlığınca karşı manevî tazminat davası açmıştı. Yarg. 4. HD. 07.10.2004 E. 2004/11295 K. 2004/11153 (Kazancı İBB).

³⁷ İlhan E. POSTACIOĞLU, Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1970, s. 66.

³⁸ Haluk TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 137-139.

³⁹ Saim ÜSTÜNDAĞ, Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000, s. 113.

⁴⁰ Yavuz ALANGOYA/Kâmil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM, Medenî Usul Hukuku Esasları, Alkım, İstanbul, 2005, s. 50.

⁴¹ Mustafa Reşit BELGESAY, “Devletin Adlî Faaliyetten Hukukî Mesuliyeti”, Adalet Dergisi, 1960, Sa.7, s.343 vd. Aynı yönde bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 955; Ahmet KILIÇOĞLU, “Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1973, C.30, Sa.1-4, s. 266.

dırmaktadır⁴². Kuru/Arslan/Yılmaz ve Kılıçoğlu da, devletin ikinci derecede sorumluluğunu kabul eden yazarlar arasındadır⁴³.

3. Devletin sorumluluğu konusunda özel durumlar

31. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141-144. maddelerinde, kanunun koruma tedbirleri ile ilgili hükümlerine aykırılıktan kaynaklanan maddî ve manevî zararlardan devletin sorumlu olduğu kabul edilmiştir⁴⁴. CMK, m. 141/1.j'ye göre:

"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el-konulan ... ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri ... zamanında geri verilmeyen,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler."

Madde gerekçesinde bu bende ilişkin herhangi bir açıklama bulunmadığı gibi⁴⁵, tespitlerimize göre sözkonusu bend herhangi bir mahkeme kararına

⁴² İsmail Hakkı KARAFAKİH, "Hâkimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Mesuliyetleri", Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Zeki Mesut Alsan'a Armağan, C.11, Sa.3, s.47. Aynı yönde bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.955. Buna karşılık, BK, m.55'in bu konuda uygulanamayacağı yönünde bkz. TANDOĞAN, s.138; KILIÇOĞLU, Hâkimlerin Sorumluluğu, s. 266.

⁴³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 955; KILIÇOĞLU, Hâkimlerin Sorumluluğu, s.266. Belirtelim ki, idare hukukçularının da bu konuda bölündükleri görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yukarıdaki kararlarında, bu adli yargının görevine giren bir konu olarak değerlendirildiği için bu görüşler konumuzun dışındadır. Bu konuda toplu bir değerlendirme için bkz. Hakan HAKERİ, "Anayasa Değişik Madde 19/Son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu", Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp'e Armağan, C.3, Beta, İstanbul, 2003, s. 770-773 ve orada anılanlar. Ayrıca bkz. AYDINALP, s. 236 vd.

⁴⁴ Bu tür zararlardan devletin sorumlu olduğu, öğretide daha önce de kabul ediliyordu. Bu konuda bkz. Uğur ALACAKAPTAN, "Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1961, C.18, Sa.1-4, s. 185 vd. Ayrıca bkz. HAKERİ, s. 767 vd. Daha sonra da 07.05.1964 tarih ve 466 sayılı Kanun (15.05.1964 tarih 11704 sayılı RG) ile mevzuatımıza girmişti. Fakat 466 sayılı Kanun'da, CMK, m. 141/1.f'nin muadili olan bir hüküm yoktu.

⁴⁵ Bu durum sözkonusu bendin Hükümet Tasarısı'nda yer almamasından kaynaklanmaktadır. Bu bend 5271 sayılı CMK'nın kabulünden üç gün önce Adalet Komisyonu tarafından met-

konu olmamış ve öğretinin de ilgisini çekmemiştir. Biz de, doğrudan ilgisi nedeniyle, yalnızca konumuzla ilgili ve öğretilde değinilmeyen tarafları hakkında kısa bir açıklama yapacağız⁴⁶.

32. Adli yargıda açılması gereken böyle bir davayı görmeye zarar gören kimsenin oturduğu yer ağır ceza mahkemesi görevli ve yetkilidir (CMK. 142/2). Burada genel hükümlerden (CMK. 12 vd.) farklı bir yargılamaya ilişkin özel bir yetki öngörülmüş fakat yabancıların durumu dikkate alınmamıştır. Yabancıların talepleri hakkında karar vermeye, hukuka aykırı koruma tedbirini veren yer mahkemesinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesinin yetkili olduğunu kabul etmek herhalde en uygun çözüm olur. Davanın karar veya hükmün kesinleştiğinin tebliğinden itibaren üç ay ve her halde kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekir (CMK. 142/1). Tazminat, *“tazminat hukukunun genel prensiplerine göre”* verilir (CMK. 142/6). Devlet, *“koruma tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder.”* (CMK. 143/2). Kimlerin tazminat isteyemeyeceği kanunda özel olarak sayıldığından (CMK. 144), kimlerin tazminat isteyebileceğine ilişkin olan hükümlerin (CMK. 141/1) dar yorumlanmaması gerektiğini düşünüyoruz⁴⁷.

ne eklenmiştir. Bkz. 01.12.2004 tarih ve 1/535, 1/292 Esas ve 65 Karar sayılı TBMM Adalet Komisyonu Raporu <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>>. TBMM'deki görüşmelerde de 141. maddeye ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bkz. 04.12.2004 tarihli 22. Dönem 3. Yasama Yılı 27. Birleşime ait TBMM Genel Kurul Tutanağı.

⁴⁶ 141. madde hakkında geniş bir genel bilgi için bkz. **Erdener YURTCAN**, CMK Şerhi, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2005, s. 299 vd.; **Faruk TURHAN**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil, Ankara, 2006, s. 306 vd.

⁴⁷ Karş. **YURTCAN**, s. 301. Yazar, bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan bahisle hukuka aykırı tutuklama veya yakalamada tutuklanan veya yakalanan kişiden başka üçüncü kişilerin sözkonusu tedbirden zarar gördüklerini iddia ederek tazminat talebinde bulunamayacaklarını kabul etmektedir. Bunu kişi özgürlüğünü sınırlayan koruma tedbirleri ile sınırlı bir yorum olarak kabul etmek gerekir. Cape Maleas olayında Mobarakeh'in talebi “j” bendine tamamen uygundur. Bir gemi maliki, haksız alıkoyma nedeniyle tazminat talebinde bulunsu idi bu da sözkonusu bend kapsamına girecekti. P&I sigortacısı için de aynı sonuca varılabilir. Çünkü sigortacı geminin kesinleşmiş bir hükümle müsadereyi beklemeyen malike tazminat ödeyebilir ve onun haklarına halef olabilir. CMK, m.141'e ilişkin sınırlayıcı bir yorumla kanundan kaynaklanan halefiyet hakkı sulandırılmamalıdır. Diğer taraftan, müterafık kusur gibi somut olaydan çıkabilecek tartışmalar ayrı olmak üzere, IRIS'in talepleri de belki bu bend kapsamında değerlendirilebilir. IRIS her ne kadar geminin maliki değil ve dolayısıyla alıkonulan onun eşyası değil ise de, bu alıkoymadan onun malvarlığı değerleri zarar görmüştür.

33. Vesayet organı hâkimlerin ödeyemedikleri zarardan devletin sorumlu olduğu da kabul edilmektedir (MK. 468)⁴⁸.

34. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık halinde devletin tazminat ödemekle yükümlü olması da, hâkimin yargısal faaliyetlerinden kaynaklanan zarar için devletin sorumluluğu konusunda kabul edilen diğer bir istisna olarak sayılabilir⁴⁹. "*Herkes, ... bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ... olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.*" (m. 6/1)⁵⁰. Belirtelim ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında ticaret şirketleri de bu kapsamda kabul edilebilmektedir⁵¹.

VII. CAPE MALEAS KARARI'NIN ELEŞTİRİSİ

35. Olay 8. CD'nin kararı ile birlikte değerlendirildiğinde, bu karardan anlaşılan bazı hususların HGK'nın kararında değerlendirmeye katılmadığı görülmektedir:

- (a) DGM tarafından silah ve mühimmat incelenerek bunların nitelik ve sayıları belirlenmemiş, tek bir sandık açılarak örnekseme suretiyle müsadere kararı verilmiştir. Bu şekilde silah müsaderesi yapılamayacağı gibi, bu uygulamadan gemideki ticarî emtia da etkilenmiştir.
- (b) Silah ve mühimmatın İran İslam Cumhuriyeti'ne ait olduğu operasyondan 20 gün sonra, Dışişleri Bakanlığı'nın 12.11.1991 tarihli yazısı ile anlaşılmıştır. Hâlbuki ticarî emtia 12.03.1992 tarihinde, gemi ve silahlar da 18.11.1992 tarihinde⁵² serbest bırakılmıştır.

⁴⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 955; ÜSTÜNDAĞ, s.113. Daha geniş bilgi için bkz. AYDINALP, s. 259 vd.

⁴⁹ ÇAĞLAR, s. 712; HAKERİ, s. 780.

⁵⁰ Burhan KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 758.

⁵¹ Comingersoll SA. v. Portugal [2001] 31 European Human Rights Rep.31. Bu olayda bir ticaret şirketinin açmış olduğu davanın mahkeme tarafından sürüncemede bırakılması nedeniyle tazminata hükmedilmmişti. Geniş bilgi için bkz. Nicholas BRATZA, "Implications of the Human Rights Act 1998 for Commercial Practice", European Human Rights Law Review, 2000, s. 1 vd.; Marius EMBERLAND, Human Rights of Companies - Exploring the Structure of ECHR Protection, Oxford, New York, 2006, s. 10 vd.

⁵² HGK kararında bu tarih verilmekle birlikte, daha önceki bir tarihte de bu gerçekleşmiş olabilir. Çünkü verilen tarih, 8. CD'nin 03.06.1992 tarihli bozma ilâmı üzerine DGM'nin verdiği uyma kararının 8. CD tarafından onandığı ikinci temyiz kararına aittir.

- (c) Silah ve mühimmatın Mobarakeh tarafından mı yoksa Kintex tarafından mı yüklendiği pek açık değildir⁵³.

36. Kararın nirengi noktası, silah ve mühimmatın PKK'ya teslim edileceği şüphesidir. Yukarıdaki hususlar bu şüphenin ne zaman ortadan kalktığı üzerinde etkilidir. Mobarakeh'in yakındığı zararın, ticarî emtianın usul ve kanuna aykırı şekilde şüphe kapsamına dâhil edilmesi, ayrıca şüphe ortadan kalktıktan sonra da uzun süre alıkonulmuş olmasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Taraf iddialarının özetinden Mobarakeh'in talebini bu noktalara dayandırıp dayandırmadığı belli değildir. Eğer bunu yapmışsa, o zaman HGK kararının öncelikle gerekçeli olma mecburiyetini (AIHS, m.6; AY, m.141) karşılamadığı düşünülebilir. *"İncelenmiş olsa idi başka bir sonuca varılabileceğini kabul ettirecek biçimde önemli olan unsurların tartışmaya alınmaması"* iç gerekçe noksanı olarak adlandırılmaktadır⁵⁴.

37. Bunun yanında, kararda kullanılan bazı gerekçeler de tatmin edici değildir.

- (a) Bir fiil aynı anda birden fazla kimseye karşı haksız fiil teşkil edebilir ve failin bunlardan birine karşı sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtulması onu diğerlerine karşı da otomatik olarak sorumluluktan kurtarmaz (Karş. yukarıda Par.9/b). Ayrıca, ceza yargılamasında beraet kararı verilmesi bir fiilin haksız fiil sayılmasına engel değil ise de, somut olayda haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmak istenen kimse ceza davasındaki sanıklar değil, devlettir (Karş. Par.9/c)⁵⁵. Dolayısıyla, IRIS tarafından açılan davada verilen kararı Mobarakeh aleyhine bir delil ve DGM kararını ise nötr bir de-

⁵³ Kararda üzerinde durulmamış olmakla birlikte, Mobarakeh'in bir üçüncü kişi değil, İran'ın en büyük ve devlet sermayeli demir-çelik tesisi olduğunu, ayrıca adının sıkça Pasdaran ve İran'ın nükleer programı ile birlikte geçtiğini belirtmek faydalı olabilir. Zira detayları verilmeyen ticarî emtianın niteliğini tespit etmekte çeşitli güçlükler yaşanabilirdi. Gerçi DGM'nin silahlar için de titiz bir inceleme yapmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, yaşanan karışıklığa bir yerde İran'ın böyle bir yoldan silah alması sebep olmuştur.

⁵⁴ **Çetin AŞÇIOĞLU**, "Yargı Kararlarında Gerekçe", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, C.9, 8-9 Mayıs 1992, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 51.

⁵⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Ahmet KILIÇOĞLU**, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1972-1973, C.29, Sa.1-4, s. 191 vd.

lil gibi kabul etmek suretiyle taraflara düşen ispat yükünde devlet lehine oynanması doğru olmamıştır.

- (b) Zararlı geçişlere müdahale etmek Türkiye'nin yetkisi dâhilindedir. Bir geçişin zararlı olduğunu kanıtlayabilmek çoğu zaman kolluk kuvvetlerinin müdahalesi ile mümkün olacağından, bu yetkinin bir anlam ifade etmesi şüpheli geçişleri de kapsamına bağlıdır. Buna karşılık, "silah kaçırma eylemi sabit olsaydı geçiş zararlı hale gelirdi" şeklindeki bir varsayımın (Karş. Par.9/d), haksız yere sürdürüldüğü anlaşılan bir müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeye bir katkısı olmamalıdır. Türkiye'nin yetkisi için bir gerekçe olabilecek şüphe olgusuna bu yetkiden doğabilecek sorumluluk için bir "kurtuluş beyyinesi" rolü yüklemek, adalet duygusunu rencide edebileceği gibi böyle bir yetkinin bulunmadığını savunanlara da malzeme vermek olabilir.
- (c) TTK'nın konişmento hakkındaki hükümlerinin Türk Boğazları'ndan geçen yabancı bayraklı gemiler için de uyulması zorunlu hükümler olduğunu savunmak da amacı aşan bir yorum olabilir (Karş. Par.9/e).

38. Görüldüğü üzere, HGK'nın mantıkî bir silsile içinde sıraladığı gerekçeler başka bir bakış açısından anlamsız bulunabilir. Buradaki aksaklığın, yankınılan zararın aslında yargısal faaliyetlere ilişkin olduğunun göz ardı edilmesinden kaynaklandığını düşünüyoruz. Şayet DGM gemi ile yükünü iki gün sonra serbest bırakmış olsaydı, herhalde kimse Sahil Güvenlik tarafından yapılan müdahaleden zarar gördüğünden yakınmazdı. Yakınsa bile müdahalenin haksız olup olmadığını tespit edebilmek hiçbir güçlük çıkarmaz, ayrıca zarar miktarı da çok daha düşük olurdu. Gerçekte, bu dava sonradan beraet kararı verecek olan DGM'nin bir malı suç şüphesi ile uzun süre tutsak etmesi nedeniyle açılmıştır. İşte bu nedenle, HGK'nın gerekçelerini bir tacirin bakış açısından tatmin edici bulabilmek güçtür.

39. Bize göre, adlî yargı faaliyetlerinden kaynaklanan bir zarardan yakınılması karşısında husumetin doğru yöneltmediği, (şayet varsa) kolluk faaliyetinden kaynaklanan bir zarar için ise idarî yargıda dava açılması gerektiği nedeniyle bu davaların reddedilmesi daha doğru olurdu. Bu noktalardan hatalı olarak açılmış olan davaları reddetmek için HGK'nın kullandığı gerekçelere ihtiyaç yoktu. Bir an için bunları göz ardı ederek işin esasına bakıldığında ise, 4. HD'nin bozma gerekçeleri bizce HGK'nın gerekçelerinden daha doğrudur.

40. Cape Maleas olayı bir kimsenin adlî yargı faaliyetleri nedeniyle büyük zararlar görebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Söz konusu ticarî eşya gemide kaçakçılık konusu olabilecek başka bir eşya taşındığından tamamen habersiz bir Türk tacire de ait olabilirdi. Böyle bir zararın, üzerine atılı suç nedeniyle bunun ilk sebebi olan sanık tarafından tazmin edilmesi gerektiğini savunmak adil bir çözüm olmayabilir. Çünkü suç sabit olursa kaçakçılıkta kullanılan eşya müsadere edileceğinden, mağdur alacağını bu eşya üzerinden tahsil edemeyeceği gibi çoğunlukla zararını tazmin ettirecek bir muhatap bile bulamaz. Aksi ihtimalde ise, başta fail zannedilen sanık da sonradan mağdurlar arasındaki yerini alacaktır. Buna karşılık, suça konu olan eşya ile diğer eşyayı ayırt etme konusunda gevşeklik gösteren mahkemenin böyle bir zararda hiçbir payının bulunmadığını söylemek doğru değildir. İhbarları değerlendirmenin kolluk kuvvetlerine kanun ile verilmiş bir görev olması, adalet hizmetinin geç veya kötü işlemesi için iyi bir mazeret sayılmamalıdır.

41. Ancak böyle bir yorumun da pratik bir faydasının olacağını söyleyebilmek kolay değildir. Karar tarihindeki kurallar çerçevesinde mağdurun yapması gereken; adlî yargıda hâkimlere karşı HUMK. m. 573 vd. hükümlerine göre dava açmaktır.

- (a) Gerek bu hükümlere göre bir hâkimi sorumlu tutabilmenin güçlüğü ve gerekse somut olaydaki meblağın büyüklüğü nedeniyle, böyle bir davaya yüksek bir başarı şansı tanımak herhalde gerçekçi olmaz.
- (b) Dava başarıya ulaşsa bile 2,5-3,5 milyon USD gibi bir meblağı hiçbir hâkimden tahsil edebilmek mümkün olmayacağından, böyle bir kararın mağdura gerçek bir faydası da dokunmaz.
- (c) Böyle bir karar sonucunda ortaya çıkacak olan kişisel sorumluluk endişesi, bu tür büyük davalarda hâkimleri çekingenlik ve tereddüde sürükleyebilir. Bu da, benzer yeni davalarla sonuçta yargıyı yıpratır.

42. Yargısal faaliyetlerin neden olduğu zararlardan devletin sorumluluğunu “yargı bağımsızlığı” gibi bir gerekçeyle reddetmek, ancak hassasiyetin dozunu kaçırmanın bir sonucu olabilir. Bu tür olaylarda “devleti korumak hissi” ile hareket etmek de yine gereksiz ve dahası tehlikeli bir hassasiyettir⁵⁶. Korunması hassasiyet gerektiren şey; adalettir. Mülkün temeli adalet ol-

⁵⁶ Burada TESEV tarafından hâkim ve savcılar arasında anket yöntemi ile hazırlanmış olan bir rapora atıf yapmadan geçemeyiz. “Devletin Çıkarları mı, Adaletin Gereklileri mi? De-

duğuna göre, devlet ancak onu takviye ederek korunabilir. Yargının tek görevi budur. Devletin menfaati ile adalet karşı karşıya geldiğinde adaleti tercih etmemek, devlete daha büyük zarar verir. Adaletin bir yüzü mağdurları tazmin etmek ise, bunu sağlayacak olan yargının itibarını korumak da öteki yüzüdür. Bu açıdan, devletin sorumluluğu kabul edildiğinde paylaşılacak olan ekonomik bedel, adalet hizmetinden yararlanan vergi mükellefleri için ağır bir yük sayılmaz. Buna karşılık, adaletle güvensizliğin beraberinde getireceği yük ne kadar kimse tarafından paylaşırsa o kadar ağırlaşır. Bu nedenlerle devletin sorumluluğu, hem mağdurlar hem yargının itibarı hem de devletin sağlamlığı için en iyi güvencedir.

43. 5271 sayılı CMK'nın 141. maddesine kanunun kabulünden üç gün önce Adalet Komisyonu tarafından sessiz sedasız eklenen "j" bendi, çok önemli bir hükümdür. Gerekçesi bulunmayan bu bendin maddeye eklenme nedeni AB müktesebatı ile uyum, ceza hukukçularının ilgisini çekmemesinin nedeni de aslında özel hukuku ilgilendirmesi olabilir. CMK. m.141 vd. maddeler, Cape Maleas benzeri olaylar için, bu çalışmada incelenen görevli yargı yeri, görevli mahkeme ve sorumluluk problemlerine çözüm getirecek yekpare bir sistem kabul etmektedir. Yukarıdaki görüşümüz doğrultusunda, bunun ileri bir adım olduğunu düşünüyoruz.

VIII. SONUÇ

44. Adli yargı faaliyetleri nedeniyle görülen zararın tazminine ilişkin bir dava adli yargıda açılmalıdır. Husumetin hâkim(ler)e yöneltileceği bu dava, HUMK, m. 573 vd. çerçevesinde görülecektir. Bu tür zararlar için devletin sorumluluğu da kabul edilmelidir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin mevcut kararları doğrultusunda böyle bir davanın da adli yargıda görüleceği kabul edilecek ise, sorumluluk için MK. m. 50'den yararlanılabilir. İster hâkime ister devlete karşı açılmış olsun, bu tür bir dava ticarî dava değildir. Soruşturma veya kovuşturma aşamasında yargı yeri tarafından alınan koruma tedbirlerinden doğan zararlar için adli yargıda (ağır ceza mahkemesinde) CMK. m. 141 vd. hükümlerine göre dava açılmalıdır. Bu tedbirlerin kolluğun görevine gi-

mokrası mi, Güvenlik mi?" ve "Özalp ve Mesleki Rol" başlıkları altında sorulan sorulara verilen bazı cevaplar çok talihsizdir. Ör. "*Benim ülkem sözkonusu olduğunda hukuk mukuk dinlemem*" gibi. Bkz. Mithat SANCAR/Eylem ÜMIT, Algılar, Zihniyet Yapıları ve Kurumlar: Yargı Kurumu, Yargıda Zihniyet Kalıpları, Rapor, TESEV, Kasım 2007, s. 9-10. Umarız aynı kurumun bazı tartışmalı raporları gibi, bu gerçeği yansıtmayan bir rapor olsun.

ren kısmı için de durum aynıdır. Kolluğun adlî görevi dışında kalan faaliyeten kaynaklanan zararın tazminine ilişkin bir davanın ise idarî yargıda açılması gerekir. CMK. m. 141 vd. hükümlerine göre açılan bir dava da yine ticarî bir dava değildir. Son olarak, Cape Maleas gibi olaylarda, hâkimlerin kendilerini ve devleti gereksiz tazminat taleplerine muhatap etmemeleri için titiz ve çabuk davranmaları gerekir.

T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU

E. 2001/4-955

K. 2001/1073

T. 21.11.2001

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 4. Ticaret Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 15.7.1998 gün ve 1995/1521 E. 1998/1165 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 17.1.2000 gün ve 1999/10495 E. 2000/87 K. sayılı ilamıyla; (...Dava haksız biçimde el konulan ticaret gemisi içerisindeki yükler nedeniyle uğranılan gelir kaybından kaynaklanan maddi tazminat isteğine ilişkindir.

Mahkemece, gemiye el konulmasının iç hukuk kurallarına ve Montreux Boğazlar Sözleşmesine uygun olduğu gerekçesi ile dava reddedilmiş ve bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacıya ait gemideki yükün ticari emtia niteliğinde eşya olduğu ve yabancı ülke bandıralı bir ticaret gemisi ile taşındığı, bu geminin İstanbul Boğazından transit geçiş yaptığı sırada, içerisinde silah nakledildiği gerekçesi ile durdurulmuş ve tüm yükleri ile birlikte gemiye el konulmuştur. Bundan sonra yapılan ceza yargılaması sonucunda dava konusu eşyaların kaçak ve el konulur nitelikte olmaması nedeniyle iadesine karar verilmiştir. Böylece yargı kararı ile de bu eşyaların el konulacak nitelikte olmadığı sonucu ortaya çıkmıştır. Bu durumda davalı tarafın bu eşyalara el koymanın haksız olduğu an-

laşıldığından ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulması gerekir. Davalının sorumlu olduğu kabul edildikten sonra, zarar kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için davacının el koymayı öğrendikten sonra eşyaların iadesi için ilgili makamlara başvurusu ve ayrıca İstanbul 1. Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 1992/259 E. sayılı dosyasında mahkemenin 12.3.1992 t.li kararı ile dava konusu eşyaların iadesine karar verildikten sonra, geminin donatanı olan şirket tarafından aynı eşyalar üzerinde rehin hakkının uygulanmasına ilişkin olan işlem ve kararda birlikte değerlendirilerek, eşyaların iade edildiği tarihe kadar zararın kapsam ve miktarı belirlenmelidir. Mevcut bu somut olgulara göre inceleme yapılarak varılacak uygun sonuca göre belirlenecek tazminat miktarının ödetilmesine karar verilmesi gerekirken davalının sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava dışı Islamic Republic Of İran Shipping, Donatanı Seabeach Shipping Ltd. olan Güney Kıbrıs Rum bandıralı "Cape Maleas" isimli gemiyi Time Charter sözleşmesi uyarınca 12.9.1991 tarihinde kiralamış, imzalanmış sözleşme ile tayin edilen süre içerisinde geminin kullanımı Islamic Republic Of İran Shipping'e terk edilmiştir.

Davacı Mobarakeh Steel Complex şirketi, İran İslam Cumhuriyeti Deniz Yolları Şirketinin (IRISL) kiralamış olduğu bu gemiye 16.10.1991 tarihinde Bulgaristan'ın Burgaz limanından bir kısmı "Special Equipment" olmak üzere emtia yüklemiş 17.10.1991 tarihinde yüklenen bu malzemenin silah ve cephane olup "Kıbrıs Rum Kesimine götürüleceği ve buradan Türkiye'ye sokulacağı ve veya Türkiye'ye karşı kullanılacağı konusunda alınan ciddi ihbar üzerine 22.10.1991 gün saat 03.00 sularında Sahil Güvenlik Marmara ve Boğazlar Komutanlığına ait 65 nolu botla gemiye gidilerek İstanbul Boğazı Büyükdere limanına çekilmiş ve burada yapılan arama sonucunda ticari emtidadan hariç konişmenta da Özel Ekipman "Special Equipment" diye kayıtlı benzer ambalajlı 2131 koliden açılan ve tamamı için örnek sayılan sandıklar içinde gizlenmiş, askeri amaçlı silah ve aksamının görülmesi ve istihbaratın içeriği karşısında, güvenlik birimlerince koğuşturma ve soruşturmaya başla-

tlmış, bunun sonucunda İstanbul 1.Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesine dava açıldığı ve yapılan yargılama neticesinde teşekkül halinde silah ve mermi nakletmekten sanık Fanourios Dimos'un 6136 sayılı Kanunun 12/1-son, TCK'nun 59'uncu maddeleri gereğince 5 yıl ağır hapis 50.000 lira ağır para cezası ile hükümlülüğüne, diğer sanıkların beraatlerini, ticari emtia hariç silah ve aksamının zoraltımına karar verildiği, kararın temyizi üzerine Yargıtay 8.Ceza Dairesinin 3.6.1992 gün E.1992/3846 K.1992/7568 sayılı ilamı ile bozulması üzerine, İstanbul 1. Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesince bozmayaya uyularak yapılan yargılama sonucunda; sanığın beraatine, el konulan geminin serbest bırakılmasına ve silahların iadesine dair kararının temyizi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 13.11.1992 gün ve 1992/12438-13283 sayılı ilamı ile mahkeme kararının onanmasına karar verildiği, kesinleşen beraat kararı uyarınca suç konusu silahlar ile bunların naklinde kullanılan Cape Maleas gemisinin iadesine 18.11.1992 gününde karar verildiği ancak Donatanın navlun alacağından dolayı gemideki yük üzerine Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 29.5.1992 gün ve 1992/380-377 D.ış sayılı kararı ile TTK.1077 maddesi uyarınca rehin ve hapis hakkı tanınmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Görülmekte olan davadan önce Taşıyan Islamic Republic Of Iran Shipping tarafından İçişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığına izafeten Maliye Bakanlığı aleyhine 22.7.1993 tarihinde İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1993/873 sayılı dosyası ile, taşıyanı bulunduğu Cape Maleas gemisinin İstanbul Boğazından transit geçişi sırasında haksız şekilde arandığını, bulunan silah ve cephanenin İran İslam Cumhuriyetine ait olduğunu, geminin bu haksız eylemler sonucu 413 gün 2 saat 30 dakika sonra serbest bırakılması sonucu donatana 3.263.522,92 Amerikan Doları navlun ödendiğini, geminin Türkiye'de tutulduğu süre içerisinde 81.978,86 Amerikan Doları yakıt gideri ile 41.097,20 Amerikan doları liman ücreti ödendiğini ileri sürerek, B.K.'nın 41'inci maddesi uyarınca haksız eyleme neden olan davalıdan bu miktarların tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Yapılan yargılama sonunda, yerel mahkemece B.K. 41'inci maddesinin şartlarının bulunmadığı, yapılan ciddi ihbarın araştırılmasının güvenlik makamlarının yasadan kaynaklanan görevleri bulunduğu, bu eylem ve işlemlerde hukuka aykırı bir durum bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar verilmiş. Bu karar Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 27.12.1996 gün ve 1995/9438-12744 sayılı ilamı ile onanmış ve davacının karar düzeltme talebi red edilerek kesinleşmiştir.

Yukarıda açıklandığı gibi görülmekte olan davada bu kez gönderilen Mobarakeh Steel Complex şirketi yine B.K. 41 ve devamı maddelerinde yazılı haksız fiil sebeplerine dayanarak ilk davada gösterilen İçişleri ve Milli Savunma Bakanlığına izafeten Maliye Bakanlığı aleyhine Cape Maleas gemisinde bulunan ve davacı firmaya ait ticari eşyanın tutulması nedeniyle karardan yoksun kaldıklarını, bu malların 413 gün suretiyle tutulduğundan yeni emtia alındığını aynı cins mallara fazladan ödeme yaptıklarını ileri sürerek toplam 2.236.208 Amerikan dolarının tahsilini dava etmiştir.

Bilindiği gibi hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırılık değer hükmü içinde yer alır. Hukuka aykırılık hükmünde iki unsur aynı anda birlikte göz önünde tutulur. İlk unsur, zarar verenin başkasına zarar verme yasağını yani temel veya özel koruma normunu ihlal etmesidir. İkinci unsur ise zarar verenin bu şekilde davranmasına izin veren bir hukuk normuna dayanmasıdır. İkinci unsurun varlığı, zarar verenin davranışını hukuka uygun kılar.

Bu unsur, "hukuka uygunluk sebeplerini" oluşturur. Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu yerde davranış, her zaman yani işin başından itibaren hukuka uygun bir davranış olup, böyle bir davranış, hiçbir zaman hukuka aykırı olamaz. Başkasına zarar vermeyi, hukuka uygun bulan gene bizzat hukuk düzeni, hukuk normlarıdır. Bu tür normlara Kara Avrupa Hukuku'nda "kendini kendini koruma normları" adı verilir. Hukuka uygunluk sebebinden somut olaya uygulayacağımız ana kural, kamu yetkisinin kullanılmasıdır. Kamu hukukundan doğan bir yetkinin, ilgili memur veya kamu görevlisi veya bir mahkeme tarafından kanuni şart ve sınırlar içerisinde kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmez. Örneğin yetkili bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kimsenin taşınmaz malının kamulaştırılması, polisin bir zanlıyı yakalaması, mahkemenin açılan dava hakkına karar vermesi, borçlunun mallarının haczedilmesi, tehlike arz eden ve yıkılmaya yüz tutmuş binanın Belediye tarafından yıktırılması hallerinde hukuka aykırılık yoktur (Bkz. Prof. Dr. Fikret Eren Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Cilt: 1 6. Bası Sh. 584 vd).

Kesinleşen İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin 1993/873 sayılı kararının bu dosya için kesin delil sayılıp sayılamıyacağı hususuna gelince; anılan davada, taşıyan Islamic Republic Of Iran Shipping, mahkeme kararı ile de olsa taşıyanı bulundukları Cape Maleas gemisinin haksız şekilde tutulduğunu, olayda B.K. 41'inci maddesinde yazılı haksız fiilin bulunduğunu bildirmiş ancak yerel mahkeme ve Yargıtay burada hukuka uygunluk bulunduğu gerekçesiyle davanın reddinin doğru olduğunu onaylamıştır. Gerçekten önceden görülen dava ile derdest bu davanın maddi vakıalarının aynı olduğu çe-

kişmesizdir. H.U.M.K.'nın 237. maddesi uyarınca önceki davanın tarafları farklı olduğu için önceki dava bu dava için kesin delil olmaz ise de, önceki davada, hâkimin davalıların eyleminin haksız fiil teşkil etmediği, hukuka uygun bulunduğu şeklindeki belirtmeleri bu dava için güçlü bir delil teşkil eder. Davada bu güçlü delilin aksi de kanıtlanmış değildir (Bkz. Y.H.G.K. 4.10.1989 gün ve E: 8-340 K: 450 sayılı İçtihadı.)

Diğer bir sorun da, Ceza Mahkemesi Beraat kararının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağı, başka bir anlatımla Ceza Mahkemesi beraat kararının bu davada kesin delil teşkil edip etmeyeceği hususu da tartışılmalıdır. (B.K. 53, H.U.M.K. 237, 295 maddeleri)

Yargıtay 8.Ceza Dairesinin bozma kararı yerel mahkemece de uygun görülerek uyulmasına karar verilmiş ve İstanbul 1. Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi 30.9.1992 gün E: 1992/259 K: 1992/182 sayılı kararının hüküm fıkrasında aynen “Bozma kararında gösterilen gerekçelere göre silahların Türkiye’ye sokulacağı ve Türkiye’de boşaltılacağı yolunda bir delil olmadığı bu itibarla 6136 sayılı yasaya muhalefet suçunun unsurlarının oluşmadığı anlaşıldığından sanık Gemi Kaptanı Fanourios Dimos’un müsnet suçtan beraatine” karar verilmiş ve Yargıtay 8. Ceza Dairesi bu karara aksi gerekçe ilave etmeden 13.11.1992 gün ve 1992/12438-13283 sayılı ilamı ile yerel mahkeme kararını onamıştır. Genel kabul görmüş bilimsel görüşlere ve Yargıtay’ın kökleşmiş uygulamasına göre B.K. 53. maddesi uyarınca ceza hâkiminin delil yetersizliğinden veya suçun unsurlarının oluşmamasından dolayı verdiği beraat kararı hukuk hâkimini bağlamayacağı gibi, konusu olan vakıanın mevcut olup olmadığını delillerle kesin biçimde tesbit etmediği için hukuk mahkemesindeki tazminat davasında ceza kararı kesin delil teşkil etmez. Bu durumda somut olaydaki uyuşmazlığın ceza mahkemesi ilamı ile değil haksız fiil-hukuka uygunluk temel ilkeleri doğrultusunda çözümlenmesi gerekir. Yukarıda yazılan ilkeler karşısında davalıların haksız fiil işlediklerini kabule hukuken olanak bulunmadığı sonucuna varılır.

Olayın Deniz Taşıma Hukuku ve 20.7.1936 tarihli Montreux Boğazlar Sözleşmesi açısından incelenmesine gelince;

Devletler Hukuku’nun Kaynakları ilke olarak şunlardan oluşur:

- Uyuşmazlık halindeki devletlerce kabul edilmiş kurallar koyan genel ve özel uluslararası anlaşmalar.
- Hukuk kuralı olarak kabul edilmiş bulunan uluslararası teamüller,
- Uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkeleri,

- d) Muhtelif ulusların adli kararları ile en yetkili yazar, düşünürlerin öğretileri.

İşte somut uyuşmazlıkta doğru bir sonuca varılabilmesi için bu ilkelerden antlaşma ve uluslararası teamüllerin en başta dikkate alınması gerekir. Montrö Sözleşmesinden önce Türk Boğazları Bölgesinin hukuksal durumunu belirleyen belge 1923 Lozan Boğazlar Sözleşmesiydi ve bu sözleşmenin belirgin iki düzenlemesi, Türkiye bakımından son derece sakıncalıydı. Bu sözleşmeye göre Türk Boğazlarının geniş bir alanı askersizleştiriliyordu ve Türk Boğazları alanında geniş yetkileri olan bir Boğazlar Komisyonu kuruluyordu. Bu Türkiye'nin egemenlik haklarını sınırılıyordu. İşte Montrö Sözleşmesi ile Boğazlar Komisyonu kaldırılmış ve tüm yetkiler Türkiye'ye devredilmiş, askersizleştirme kuralı kaldırılarak ülke toprakları gibi Boğazlar üzerinde de Türkiye mutlak egemenlik haklarına kavuşmuştur. Montrö anlaşması hiçbir şekilde Türk Boğazları üzerinde Türkiye'nin egemenlik yetkisini sınırlamamıştır.

Montrö sözleşmesinin yorumlanması bakımından müzakerelerin geçtiği ortamın ve orada verilen sözleşme tasarılarının irdelenmesi gerekir. Montrö Konferansına Türkiye tarafından sunulan 22.6.1936 tarihli sözleşme tasarısının 12'nci maddesi, sözleşme hükümlerinin Türkiye'nin egemenliğini zedeleyecek biçimde genişletilemeyeceği ve yorumlanamayacağı hükmünü içermekteydi, bu hüküm, zararsız geçiş rejimini amaçlamaktaydı. Konferansta, Türkiye'nin önerisine hiçbir devlet karşı çıkmamış ve önerideki temel ilkeyi kabul etmiştir. Ancak İngiltere, Türkiye'nin bu önerisi ile dar yoruma neden olabileceği ve geçişi kısıtlayabileceği şeklinde bir değerlendirme yapmış ve mukabil teklif olarak 22 Haziran 1936 tarihli tasarısında Türk teklifine benzer bir tasarı ortaya atmıştır. İngilizlerin bu tasarısı (işbu sözleşmenin hükümleri üzerinde, Türkiye'nin egemenliğini zedeleyecek biçimde genişletilemez ve yorumlanamaz) şeklinde idi. Ancak İngiltere, daha sonra bu önerisini 4.7.1936 ve 6.7.1936 tarihlerinde değiştirme yoluna gitmiştir. 6.7.1936 tarihli İngiliz önerisinde, Türkiye'nin amacı "... işbu sözleşmenin hükümleri saklı kalmak koşuluyla, Türkiye'nin sözleşme ile göz önünde tutulan ülkesi (İstanbul ve Çanakkale Boğazları ve Marmara Denizi) ve karasuları üzerindeki egemenliği tümüyle olduğu gibi kalmaktadır" şeklinde ifade edilmiştir. Nitekim, Montrö Sözleşmesinin dibacesinde, boğazlardan geçişin Türkiye'nin emniyeti ve Karadeniz sahil darı devletlerin Karadeniz'deki emniyetini koruyacak tarzda düzenlendiği belirtilmiştir. Karşılıklı önerilerin verildiği ve tartışıldığı ortamda konferansın 13.7.1936 günlü oturumunda söz alan Türkiye

Dışişleri Bakanı T.Rüştü Aras (Türkiye,200 yıldır savaş ve savaşın sonuçları açısından bakılan bu geçidi bir dirlik, düzenlik odağı ve uygar ulusların da bir birleştirme çizgisi durumuna getirebilecek bir düzenlemenin kurulmasını yürekten istemektedir. Boğazlar için sonsuzluğa uzanan bir rejim düşünülemeyeceği gibi, bayrak ayırımı gözetilmeksizin bütün gemilere uygulanabilecek uluslararası bir düzenlemenin hükümlerini saptamak için, şu ya da bu konferansta toplanmış devletlerin salt çıkarlarına dayanan bir rejim kurulamaz... Türkiye, egemenliğinden doğan haklarını saklı tutmağa özen gösterecektir...) şeklindeki beyanı üzerine, oturumu yöneten Başkan M.BRUCE (bütün temsilci heyetlerinin, bay Aras'a Türkiye'nin durumunu açıkça belirleyen bu konuşması için gönül borcu duyduklarında kuşku yoktur. Hiçbir şekilde şu anda, hiçbir temsilci heyetinin bu konuda bir tartışma açmak isteyeceğini sanmadığını belirtmiştir. (Montreux Boğazlar konferansı, tutanaklar, belgeler. Çevirenler Seha L. Meray, Osman Olcay Ank.1976 Sh: 184 ve 452).

Böylece Konferansta kabul edilen sözleşmeye göre, Türkiye, bu sözleşme ile Sulh zamanında savaş gemileri dışında kalan gemilerin Türk boğazlarından özgürce geçmesini ve bu gemiler için kılavuz ve romorkör zorunluluğu koymayacağını, bunun isteğe bağlı olduğunu kabul etmiştir. Sözleşmede sözü edilen transit geçişten kastın ise uğraksız anlamında kullanıldığı, bunun anlamının ise geminin bölgede hiçbir limana uğramaksızın geçen gemi olduğu kabul edilmektedir.

Bütün tartışmalarda, boğazlardan geçişin zararsız geçiş rejimi olduğu benimsenmiş buna kimse karşı çıkmamıştır. Esasen o tarihte var olan rejim zararsız geçiş rejimidir (Right of innocent passage, droit de passage inoffensif). Bu ilke bir devletler hukuku örf ve adet kuralıdır. Konferansın toplandığı tarihte transit geçiş diye bir kavram bugünkü anlamda açıklığa kavuşmamıştı. Bu terimin yerine uğraksız geçiş kavramı kullanılıyordu. Transit Geçiş kavramı 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde yer aldı. Buna göre iki açık denizi birleştiren boğazlar için transit geçiş kavramı kullanıldı. Oysa Türk boğazları statüsü değişti. Türk Boğazları bir açık denizi bir iç suya (Karadeniz'i Marmara'ya) daha sonra bir iç suyu açık denize (Marmara'yı Ege Denizi'ne) birleştirmektedir. O halde yürürlükte olan teamül hukuk kurallarına bırakılmıştır. Söz konusu teamül hukuku kuralları az yukarıda anıldığı gibi 1958 ve 1982 tarihli sözleşmeler ile yazılı hukuk kurallı haline getirilmiştir. Montrö sözleşmesinin zararsız geçişin konusundaki hukukî boşluğu, kıyı devletinin bu temel ilkeye aykırı düşmeyen egemenlik haklarını ortadan kaldırmayacağı benimsenmektedir. (Bkz. S.Toluner, "The

regulation of passage through the Turkish straits and the MontreuÉ Convention” Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, 1981 sh: 82-84).

Somut olaya gelince; Türkiye, dünyanın en rizikolu bölgesinde savaş rüzgarlarının içinde yaşamaktadır. Ülkemizde terörizme karşı uzun yıllardan beri gerçekleştirilen mücadelede yitirilen ve yeri doldurulamayacak maddi ve manevi kayıplarının bulunduğu bir gerçektir. Terörün insanlığa karşı bir suç olduğu hususu birçok uluslararası sözleşmede yer almaktadır. O tarihlerde komşu ülkelerde PKK kamplarının bulunduğu, kaçak silahların PKK’ya aktarıldığı günlük haberler arasında yer aldığı gibi, PKK’da yakalanan silahların aramada tespit edilen silahların benzeri olması, bundan önceki davaya konu olan silahların Bulgaristan’ın aynı limanından ve aynı firma tarafından yüklenmiş olması karşısında, Güvenlik güçlerinin bu bağlamda ciddi ihbarı değerlendirmesi, Türkiye’nin güvenliği açısından zorunlu hale gelmiştir.

Kaçak silah kaçırma eyleminin sabit olması halinde bu davranışın Türkiye’yi dolaylı ve dolaysız etkileyeceği açıktır. Bu ise geçişin zararsız olma niteliğini yitirmesine neden olacaktır.

Diğer taraftan konişmentoda açılan 2131 sandık üzerinde Özel Ekipman “Special Eguipment” yazılı olduğu anlaşılmaktadır. TTK. 1098 ve 1114 maddesinde konişmentoya yazılacak hususlar gösterilmiştir. Taşınmak üzere teslim edilen veya gemiye yüklenen yükün konişmento da tavsifi (belirlenmesi) zorunludur, zira teslim ikrarı ve teslim taahhüdü tamam olabilmesi için teslim edildiği ikrar ve varma limanında teslimi taahhüt edilen şeyin ne olduğu (cinsi, miktarı) vs. beyan edilmek lazımdır. Konişmento için esaslı bir unsur olan bu tavsif yükün gemideki diğer yüklerden her zaman ayırıldığını sağlayacak nitelikte ve tam olmalıdır. Taşıyan yükün miktarını, markasını ve haricen belli olan hal ve niteliğini, yükletenin talebi üzerine onun beyanına göre konişmentoya yazmakla yükümlüdür. Yükün cinsi TTK 1098 b.8 uyarınca konişmentoya yazılması gerekir. Yük ambalajlı ise TTK 1110/D fık.2 b maddesi gereğince taşıyan “içerik belli değil” kaydını konişmentoya koyacaktır. Görüldüğü gibi dosyadaki konişmentolardan anlaşıldığı kadarı ile, bir kısmı emredici bulunan bu kayıtların konişmentoya konulmadığı ve şüpheyi davet ettiği görülmektedir. Bir ülke kendi savunması için ihtiyaç duyduğu silahları bir diğer ülkeden satın alabilir, yardım, bağış gibi yollarla sağlayabilir. Başka bir anlatımla devletler arasında silah alışverişi yapılması olağan ve yasal işlemlerdendir. Bunların taşınması da olağan ve yasaldir. Satın alınan ve nakledilen bu silahların olduğu gibi ve açıkça uluslararası kurallara göre konişmento vs. belgelere yazılması gerekir. Bunların gizlen-

mesine, saklanması ve başka yollara başvurulmasına gerek olmamalıdır. Dosya içinde bu silahların gönderilen tarafından yasal yollardan satın alındığına dair satış sözleşmesi veya bankalara akreditif açıldığına dair bir delil sunulmamıştır. Mevcut silahların gemiye yükleniş şekli itibariyle gemiyi denetleme Türkiye'nin güvenliği açısından zorunludur. Zararsız geçişte kıyı devleti, örf ve adet hukukundan ve Montrö Sözleşmesinden kaynaklanan "zararsız olmayan geçişi önleme" kuralı uyarınca gemiye ve yüke karşı yaptırım uygulama hakkına sahiptir. Montrö Sözleşmesi, örf ve adet hukuku, hakkaniyet ve nısfet (ex geguo et bono) kuralı Türkiye'nin bu hakkını engellememektedir. Bu gerekçelerle davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun bulunduğundan mahkeme kararı onanmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan, başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 21.11.2001 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
YARGITAY
8. CEZA DAİRESİ

E. 1992/3846

K. 1992/7568

T. 3.6.1992

Teşekkül halinde ateşli silah ve mermi nakletmekten sanıklar F.D., V.F., V.T.'nin yapılan yargılamaları sonunda, sanık F.D.'nin 6136 sayılı Kanunun 12/1-son, TCK'nun 59. maddeleri gereğince 5 yıl ağır hapis, 50.000 lira ağır para cezası ile hükümlülüğüne, diğer sanıkların beraatlerine zoralıma dair İstanbul Bir Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesinden verilen 12.3.1992 gün ve 395 esas, 50 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi müdahil vekili, C. Savcısı ve sanık ile vekili tarafından istenilmiş olmakla; CMUK'nun 318. maddesi gereğince de sanık ve vekili tarafından duruşmalı inceleme isteğinde bulunulan dava evrakı C. Başsavcılığı'nın 2.4.1992 günlü bozma istekli tebliğnamesi ile Dairemize gönderilmiş olup, 20.5.1992 duruşma günü tayin edilerek yapılan ön inceleme sonunda;

Hazırlık soruşturması ile kamu davasının açılışında usul ve yasa hükümlerine uyulduğu, sanığın ceza ehliyetinin saptandığı,

Mahkemenin yasaya uygun olarak teşekkül ettiği ve kurulu oluşturan hâkimlerin hükme katılmalarına engel bulunmadığı;

Duruşmalarda C. Savcısının hazır olduğu,

Açık yargılama kuralına uyduğu,

Hükmün gerekçeli olduğu,

Savunma hakkının kısıtlanmadığı,

Anlaşıldıktan sonra dosya esas yönünden incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR: 1- Cumhuriyet Savcısının temyizinin kapsamına göre beraat eden sanıklar, V.F., V.T., F.D., haklarında da inceleme yapılması ve hükmün onanması gereğine değinen tebliğnamede yazılı isteğe iştirak olunmamıştır.

2- Özet olarak; Bulgaristan'ın Burgaz Limanı'ndan yük almış bulunan kaptan F.D. yönetimindeki ... Bandıralı M.V. Cape Maleas isimli ticari geminin alınan gizli duyum üzerine Türk Karasuları'nda ve İstanbul Boğazı'na 10

mil mesafede gözlenmeye başlandığı, ancak, hava koşullarının elverişsizliği nedeniyle, Boğaz'da Büyükdere önlerinde durdurulduğu, 22.10.1991 günü yapılan aramada, diğer emtiadan ayrı olarak konşimentosu ve manifestosunda "Özel Ekipman" diye kayıtlı benzer ambalajlı 2131 koliden, açılan ve tamamı için örnek sayılan sandıklar içinde gizlenmiş, askeri amaçlı silahlar ve aksamının görülmesi ve istihbaratın içeriği karşısında, kuşkulu durumun açıklığa kavuşturulması açısından ülke güvenliğinin gerektirdiği duyarlılık ve sorumluluk duygusu ile güvenlik birimlerinin koğuşturma ve soruşturmaya başlaması şeklinde gelişen ve gerçekleşen olayda;

Suçta konu silahların ve aksamının, İran İslam Cumhuriyeti'ne ait olduğu yolundaki aşamada değişmeyen sanık savunması, Dış İşleri Bakanlığı'nın 12.11.1991 gün, C. Tad/1-1350 sayılı yazısı ve eki belgelerle doğrulanmasına, bu silahların Türkiye'ye boşaltılacağına dair dosyada hiç bir somut kanıt bulunmamasına, öte yandan Türkiye'nin egemenlik haklarını ve güvenliğini gözetmek koşulu ile yabancı bandralı gemilerin Boğazlar'dan geçişini düzenleyen 20 Temmuz 1936 tarihli Boğazlar Rejimi Hakkındaki Montreux Sözleşmesi'nin 3, 4, 5, 6, 7. maddelerinde yer alan koşullu sınırlamalar dışında 2. maddesine göre, barış zamanında ticaret gemilerinin bayrak ve yükleri ne olursa olsun gündüz veya gece, hiç bir merasime hacet kalmaksızın boğazlardan transit geçmelerinin serbest olmasına, Sözleşmenin 4. maddesinde öngörülen savaş halinin söz konusu olmadığı Dışişleri Bakanlığı ve özellikle Yüksek Başbakanlığın "Güney Kıbrıs Rum Yönetimi dahil, hiç bir ülke ile Türkiye'nin savaş halinde bulunmadığını" açıkça bildiren yazılarından anlaşılmasına, Türk Ceza Kanunu, Askeri Ceza Kanunu dahil, bazı kanunlarda yazılı "Harp hükümleri, harp hali, harp zamanı ve harp esnasında" deyimlerine dayalı hükümlerin yürürlüğe konması hakkındaki 25.11.1974 gün ve 7/9089 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının, 25.7.1983 gün, 83-6851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlükten kaldırılmış olması, Montreux Sözleşmesi'nin Türkiye'nin kendini pek yakın savaş tehlikesi karşısında girmesi halinde, ticaret gemilerinin serbest geçiş haklarını düzenleyen 2. maddesi hükümlerinin askıya alınmasına olanak tanıyan 6. maddenin uygulanmasının da söz konusu olmamasına, rağmen; uygulamada hukuksal problemlerin çözümünde ve isabetli sonuçlara ulaşmakta genel kurul kararlarının önemli ve öncelikli bir yeri bulunmakla beraber, direnme üzerine verilen ve mahkemelerce uyulması zorunlu kararlardan farklı olarak, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine verilen Genel Kurul kararlarının mahkemeleri ve daireleri bağlayıcı nitelikte olmadığı hususundaki usul hükümleri gözetilmeden, yükleme limanı, yükleme biçimi, yükleyici şirket ve yüklere ait konşimentodaki emtianın

isimlerinin belirlenmesi yönünden mevcut benzerlikler nedeniyle hükme dayanak yapılan ve ateşli silah taşıyan Vasoula adlı ... Bandıralı geminin kaçakçılık yapan, bir gemi olduğunu ve yükünü Türkiye'ye boşaltacağını kanıtlandığını kabul eden, olayına özgü ve oyçokluğu ile çıkan Ceza Genel Kurulu'nun 19.6.1978 gün ve 8/159-245 sayılı kararından esinlenerek yazılı gerekçe ile yüklenen suçtan sanığın mahkumiyetine karar verilmiş olması,

3- Kabule göre de;

- a) Önceden planlanmış ve geniş çaplı iş bölümü ile organizasyonu gerektiren koşullarda işlenmiş bu çapta silah kaçakçılığının, uygulanan maddenin 3. fıkrasında yazılı teşekkül halini oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde aynı maddenin 1. fıkrası ile hüküm kurulmuş olması,
- b) Ele geçen silah ve cephanenin niteliği itibarıyla 6136 sayılı Kanunun ek 5. maddesi ile hükmolunan cezanın artırılmamış olması,
- c) Suç tarihi itibarıyla sanığa hükmolunan ağır para cezasının eksik hesaplanması,
- d) Suç konu silah ve aksamının tamamı sayılmadan, nitelik ve nicelikleri açıkça saptanmadan eksik inceleme ile ve örnekleme suretiyle yerine getirilmesi olanaksız zoralmı kararı verilmiş bulunması,

SONUÇ: Bozmayı gerektirmiş, Cumhuriyet Savcısının, katılanın, sanık ve vekilinin yazılı ve sözlü temyiz itirazları bu itibarla yerine görülmüş olduğundan, bu nedenlerden hükmün istem gibi BOZULMASINA, 3.6.1992 gününde sübutta oyçokluğu, diğer hususlarda oybirliği ile karar verildi.

KARŞI DÜŞÜNCE

Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık İstihbarat Daire Başkanlığı'nın, Silah Mühimmat Kaçakçılık Şube Müdürlüğü'ne ve aynı doğrultuda Sahil Güvenlik Marmara ve Boğazlar Komutanlığı'na, ayrıca Burgaz Limanı'ndan gelen bir Türk gemi kaptanı gemisinin kontrolü sırasında Büyükdere Gümrük Muhafaza Müdürlüğü personeline verilen bilgilere göre, ... bandıralı Cape Maleas isimli geminin Bulgaristan'ın Burgaz Limanı'ndan askeri malzeme, mühimmat ve silah yükleyerek "Kıbrıs Rum Kesimi'ne götüreceği ve buradan Türkiye'ye soku lacağı" konusunda alınan ihbar üzerine, söz konusu geminin dönüşünün takibe alındığı ve 22.10.1991 günü saat 03.00'de Türk Karasuları içerisinde Sahil Güvenlik Marmara ve Boğazlar Komutanlığı'na ait 65 nolu Bot'la gemiye gidilerek, 3 yönlü yapılan ihbarın doğruluğunun araştırılmasının sağlıklı bir biçimde yapılması için yedeğe alınıp Büyükdere Li-

manı'na demirlettirilmesi biçiminde gelişen olayda;

1- Öncelikle uygulanacak hukuk kurallarının saptanması açısından suçun işlendiği yerin belirlenmesinde zorunluluk vardır. Suç, Türk karasuları içinde mi, ya da İstanbul Boğazı'nın iç suları içinde mi işlenmiştir? Bunun saptanmasından sonra olaya Türk ya da uluslararası hukuk kurallarının hangisinin uygulanmasının gerektiğinin belirlenmesi gerekir.

a) Suçun işlendiği yerin belirlenmesi ve uygulanacak kurallar:

Suç konusu silahları nakleden gemiye İstanbul Boğazı'na girmeden Türk karasuları içinde el konulup ihbar doğrultusunda denetlenmek üzere yedeğe alınıp Büyükdere Limanı'na çekildiği olay tutanağı içeriğinden anlaşıldığına göre, suçun işlendiği yerin Türk karasuları olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 20.5.1982 gün ve 2674 sayılı Karasuları Kanunu, "Türk karasularını Türkiye ülkesine dâhil ve genişliğinin 6 deniz mili olduğunu" kabul etmiştir. Bu durumda suçun işlendiği yerin Türkiye Karasuları olduğunun anlaşılmasına göre, TCK'nun 3. maddesinin açık hükmü karşısında Türkiye'de suç işleyen kimsenin Türk Kanunlarına göre cezalandırılacağı kuralı bu olaya da uygulanmalıdır. Bu olgu bir ülkenin egemenlik haklarının gereğidir. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun 19.6.1978 tarih ve 978/159-245 sayılı kararında açıkça vurgulandığı gibi "Türk Karasularından transit te olsa geçen bir gemide suç ihbar edildiğinde TCK'nun 3. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekmekte olup bu husus Türkiye'nin hükümlerine dayanmaktadır" demek suretiyle yasal düzenlemeye açıklık getirdiği gibi desteklemiş bulunmaktadır.

Açıklanan bu yasal ve yargısal düzenleme karşısında, sanıkların sabit olan eylemleri Türk Karasuları içerisinde ülkeye sokmak amacı ile silah nakletmek suçunu oluşturduğu ve 6136 sayılı Yasanın 12/1-2. madde ve fıkralarıyla aynı Yasanın ek 5. maddesine aykırılık suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

b) Suçun işlendiği yerin İstanbul Boğazının iç suları kabul edilmesi durumundaki uygulanacak kurallar:

İstanbul Boğazı'nın nereden bağlaması gerektiği hakkında Montreux Sözleşmesi'nde herhangi bir hüküm yoktur. Bu hususta İstanbul Liman Tüzüğü'nün 10. maddesi hükmüne göre "İstanbul Boğazı'nın başladığı yer Türkeli Feneri ne Anadolu Feneri arasındaki hat olarak belirlenmiştir. Geminin bu alan içerisinde aramaya tabi tutulup olaya el konulduğu ve suç yerinin Boğazın iç suları olduğu kabul edilmesi durumunda ise Montreux Sözleşmesi'nin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Montreux Sözleşmesi'nin uygulama alanı ise, İstanbul Liman Tüzüğü-

nün 10. maddesinde belirlenen hat ile Çanakkale Liman Tüzüğü'nün 4. maddesinde belirlenen hat arası ve ayrıca Marmara Denizi dâhil olmak üzere belirlenen deniz alanıdır.

Montreux Sözleşmesi'nin 1. maddesinde; “yüksek akit taraflar boğazlardan, denizden geçiş ve seyrisefain serbestisini kabul ve teyit ederler” demek suretiyle Sözleşmenin diğer bazı maddelerinde açıklanan kısıtlamalar dışında ticaret gemilerine geçiş serbestliğini getirmiş olup bunun dışındaki gemiler için bu serbestliği tanımamıştır.

Ticaret gemilerine getirilen en büyük kısıtlama ise Sözleşmenin dibacesinde aynen vurgulandığı gibi Türkiye'nin emniyeti ve Karadeniz sahilдарı devletlerin Karadenizdeki emniyeti” dir. Türkiye'nin emniyeti ve egemenliği söz konusu olduğunda ticaret gemilerinin geçiş serbestisinin kısıtlanması Türkiye'nin egemenlik hakkının bir gereğidir. Nitekim Sözleşmede akitlerden biri olan zamanın Türkiye'nin Dışişleri Bakanı Tefik Rüştü Aras “13.7.1968 günlü oturumdaki konuşmasının son bölümünde. Türkiye egemenliğinden doğan haklarını saklı tutmaya özen gösterecektir” demek suretiyle Türkiye'nin emniyetinin ve egemenliğinin geçiş serbestisine, her türlü kısıtlamayı getireceğini açıklamış, oturum başkanı M. BUHÇE'de oturumda bulunan heyetlerin bu konuda tartışma açmak istemediğini sandığını belirtmiştir. Görülüyor ki, Montreux Sözleşmesi'nde benimsenen temel kural akit tarafların emniyetidir.

Kaçakçılık yapan gemiler için Montreux Sözleşmesi'nde koruyucu hükümler yoktur. Nitekim, 19.6.1978 günlü Ceza Genel Kurulu'nun Kararında “geçiş serbestisinden yararlanacak gemiler ticaret gemileridir. Türkiye'nin, tüm ülkeleri yasalarına uluslararası anlaşmalara göre yasa dışı gayri meşru kabul edilmiş gemiler için bunların normal bir ticaret gemisi sayılamayacağı yasa dışı faaliyetlerde bulunan böyle bir geminin gözboyayıcı uydurma belgeler düzenlense bile sözleşmenin güvencesinden yararlanamayacağı hele böyle bir geminin Türk Devleti'nin ve Milleti'nin varlığına kastedenlerle iş birliği yaparak faaliyetlerde bulunup silah ve cephane getirmiş ise bu gemiyi masum bir ticaret gemisi olarak nitelemek olanaksızdır. Hiçbir devlet kendi hayat hakkını ve varlığını ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetlere gözyummaya müncel olacak sözleşmeye imza koyamaz koyması da beklenemez” vurgulaması da olayımızda ve bu günkü koşullarda Türkiye'nin bölünmez bütünlüğüne ve egemenliğine yönelik olarak içerde ve dışarda yoğun biçimde sürdüğü delilleri yorumlayıp takdir ederken de bu durumları gözönüne almak gerektiği açık bir gerçektir.

Diğer yandan, Gümrük Yönetmeliğinin 502. maddesinin 1/6 maddesi, ülkemizin silah ve uyuşturucu maddelerini yasaklayan anlaşmaya imza koyduğu gerçeği karşısında da, bu tür gemilere el koymasının ve yargılama hakkı yönünden soruşturma açmasının emniyetinin ve egemenlik haklarının bir gereği olduğu açıktır.

Suçun, ister Türk Karasuları içerisinde işlendiği, isterse Montreux Sözleşmesi'nin hükümlerinin uygulandığı deniz alanı içinde işlenmiş olması halinde de, düşüncemize göre Türkiye'nin emniyeti ve egemenlik haklarının hiç bir kısıtlamaya tabi tutulmadan titizlikle uygulanması gereklidir.

Dosyadaki bilgilerin istihbaratı doğruladığının anlaşılmasına, 1978 yılındaki olayın tam bir benzer yeniden yaşanmasına ve bu suçun 20 Ekim 1991 genel seçimlerine rastlatılmasının dikkatlerin ve güvenlik güçlerinin ülkenin iç olaylarına çevrilmesinin düşünüldüğünde şüphe bulunmamasına, göre delillerin bu yönden de ayrıca değerlendirilmesi zorunludur.

2- Tüm bu açıklamalardan sonra suçun sübutuna ilişkin düşüncemize gelince:

Silah ve mühimmatın Kıbrıs'a, oradan da Türkiye'ye sokulacağına ilişkin" 3 yönlü ihbarın Büyükdere Limanı'nda yapılan kısmi kontrolle doğrulanması, yükleyici firmanın 1978 yılındaki olayda olduğu gibi KINTEX firması olması, silahların belgelerde ekipman olarak gösterilip gizlenmesi, alıcının belli olmaması, belgelerin inandırıcı bulunmaması, basına yansıyan istihbari bilgiler göre aynı geminin 1978 yılındaki olaydaki gibi 4 kez silah götürdüğünün anlaşılması, 1978 yılındaki kaçakçılık olayındaki Kıbrıs olgusunun 1991 yılındaki bu olayda da şartlarında hiç bir değişiklik olmadan gerek uluslar gerekse komşularımızla birlikte tehlikeli bir biçimde artarak devam ettiğine, Türkiye'nin güvenliği ve egemenliği açısından çok titiz ve tutucu davranmak gerektiğine, bu tür olaylarda bundan daha kuvvetli kanıt elde etmenin zor olduğuna, mahkemenin delil takdirinde Anayasanın 138. ve CMUK'nun 254. maddelerine uygun takdirde bulunmuş olması karşısında, Yerel Mahkeme kararının usul ve esas yönünden Uluslararası ve Türk Hukuk Mevzuatına uygun bulunduğu düşüncesiyle çoğunluğun bu yöne ilişkin bozmasına katılmıyorum.

Üye Mustafa AKSOY

KAYNAKÇA

Mahkeme Kararları

- AYM. 01.03.2006 E. 2005/108 K. 2006/35 (22.07.2007 tarih 26236 sayılı RG)
- Comingersoll SA. v. Portugal [2001] 31 European Human Rights Rep.31.
- UM. 24.03.1997 E.1997/15 K. 1997/14 (15.04.1997 tarih 22965 sayılı RG)
- UM. 14.04.1997 E.1997/16 K. 1997/15 (18.05.1997 tarih 22993 sayılı RG)
- UM. 28.12.1998 E.1998/65 K. 1998/69 (05.02.1999 tarih 23602 sayılı RG)
- UM. 03.05.1999 E.1999/9 K. 1999/14 (08.06.1999 tarih 23719 sayılı RG)
- UM. 01.03.2004 E.2004/1 K. 2004/5 (24.06.2004 tarih 25502 sayılı RG)
- UM. 01.07.2004 E.2004/30 K. 2004/39 (29.11.2004 tarih 25655 sayılı RG)
- UM. 01.07.2004 E.2004/33 K. 2004/42 (29.11.2004 tarih 25655 sayılı RG)
- UM. 10.07.2006 E.2006/101 K. 2006/114 (07.10.2006 tarih 26312 sayılı RG)
- Yarg. 4. HD. 22.02.1998 E. 1998/9027 K. 1999/1342 (Kazancı İBB)
- Yarg. 4. HD. 10.06.1999, E. 1999/4284 K. 1999/5514 (Kazancı İBB)
- Yarg. 4. HD. 16.11.2000 E. 2000/6402 K. 2000/10139 (Kazancı İBB)
- Yarg. 4. HD. 07.10.2004 E. 2004/11295 K. 2004/11153 (Kazancı İBB)
- Yarg. 4. HD. 27.01.2005 E. 2004/16718 K. 2005/404 (Kazancı İBB)
- Yarg. 8. CD. 03.06.1992, E. 1992/3846 K. 1992/7568 (Kazancı İBB).
- Yarg. CGK. 19.06.1978, E. 1978/8-189 K. 1978/245 (Kazancı İBB).
- Yarg. HGK. 03.04.1974 E. 1971/5-178 K. 1974/322 (Kazancı İBB).
- Yarg. HGK. 14.01.1976 E. 1975/5 K. 1976/4 (Kazancı İBB)
- Yarg. HGK. 14.01.1987 E. 1986/1 K. 1987/1 (Kazancı İBB)
- Yarg. HGK. 20.02.1991 E. 1990/4 Bidayet 1990/1 (YKD, Haziran 1991, s. 826-830)
- Yarg. HGK. 21.11.2001 E. 2001/4-955 K. 2001/1073 (Kazancı İBB).
- Yarg. HGK. 05.02.2003, E. 2003/9-82 K. 2003/65 (Kazancı İBB)
- Yarg. HGK. 31.03.2004 E. 2004/9-188 K. 2004/180 (Kazancı İBB)
- Yarg. HGK. 06.10.2004 E. 2004/4-496 K. 2004/463 (Kazancı İBB)
- Yarg. HGK. 22.06.2005 E. 2005/2 K. 2005/2 (Kazancı İBB)

BİLİMSEL YAYINLAR

ALACAKAPTAN Uğur: “Haksız Tutma ve Yakalama Hallerinde Devletin Tazminat Verme Mükellefiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1961, C.18, Sa.1-4, s. 185-211.

ALANGOYA Yavuz/Kâmil YILDIRIM/Nevhis DEREN-YILDIRIM: Medenî Usul Hukuku Esasları, Alkım, İstanbul, 2005.

AŞÇIOĞLU Çetin: “Yargı Kararlarında Gerekçe”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, C.9, 8-9 Mayıs 1992, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 47-63.

AYDINALP Sezai: Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1997.

BAYKAL Ferit Hakan: “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konansiyonu’nda Boğazlardan Geçiş Rejimi”, Mahmut R. Belik’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1993, s. 17-54.

BELGESAY Emcet: “Türk Hukukunda Hâkimin Hukukî Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1955, C.12, Sa.1-4, s. 246-320.

BELGESAY Mustafa Reşit: “Devletin Adlî Faaliyetten Hukukî Mesuliyeti”, Adalet Dergisi, 1960, Sa.7, s. 343-355.

BRATZA Nicholas: “Implications of the Human Rights Act 1998 for Commercial Practice”, European Human Rights Law Review, 2000, s. 1-13.

ÇAĞLAR Selda: “Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, 2006, C.80, Sa.2, s. 707-713.

DEMİRKIRAN H. Murat: “Türk Boğazları’ndan Geçiş Rejimi ile İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.11.2001 gün E:2001/4-955 K:2001/1073 Sayılı Kararı”, Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım, İstanbul, 2007, s. 446-467.

EMBERLAND Marius: Human Rights of Companies – Exploring the Structure of ECHR Protection, Oxford, New York, 2006.

EREN Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

ERGİL Doğu: “Boğazlar Üzerinde Bitmeyen Kavga (1923-1976)” Lozan’ın 50. Yılına Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1978, s. 104-133.

HAKERİ Hakan: “Anayasa Değişik Madde 19/Son Anlamında Tazminat Hukukunun Genel Prensiplerine Göre Haksız Yakalama ve Tutuklamalardan Doğan Zararların Giderilmesi Sorunu”, Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan, C.3, Beta, İstanbul, 2003, s. 767-783.

ILGIN Sezer: “Türk Boğazları Konusunda Uluslararası Denizcilik Örgütü’ndeki (IMO) Çalışmalar”, Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, Çizgi Basım, İstanbul, 2007, s. 686-706.

KARAFAKİH İsmail Hakkı: “Hâkimlerin Verdikleri Kararlardan Dolayı Şahsen ve Devletin Dolayısıyla Mesuliyetleri”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Zeki Mesut Alsan’a Armağan, C.11, Sa. 3, s. 39-47.

KILIÇOĞLU Ahmet: “Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1973, C. 30, Sa. 1-4, s. 231-269. (“Hâkimlerin Sorumluluğu”).

KILIÇOĞLU Ahmet: “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1972-1973, C. 29, Sa.1-4, s. 185-225.

KURU Baki/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ: Medenî Usul Hukuku, Yetkin, Ankara, 2005.

KUZU Burhan: Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

OĞUZMAN Kemal/Turgut ÖZ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

POSTACIOĞLU İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1970.

SANCAR Mithat /Eylem ÜMİT: Algılar, Zihniyet Yapıları ve Kurumlar: Yargı Kurumu, Yargıda Zihniyet Kalıpları, Rapor, TESEV, Kasım 2007.

TANDOĞAN Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961.

TERCAN Erdal: “Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576) “Hâkim” Kavramı Açısından Uygulama Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C.44, Sa.1-4, s. 233-252.

TOLUNER Sevin: Limni Adası'nın Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1987.

TOLUNER Sevin: "Boğazlardan Geçiş ve Türkiye'nin Yetkileri", Boğazlardan Geçiş Güvenliği ve Montrux Sözleşmesi Mahmut Belik ve Tahir Çağa'ya Saygı Semineri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1994, s. 10-38.

TURHAN Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil, Ankara, 2006.

ÜSTÜNDAĞ Saim: Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000.

VERSAN Rauf: "Montreux Sözleşmesi ve Uygulanmasından Kaynaklanan Bazı Sorunlar", İstanbul Barosu Dergisi, 2006, C.80, Sa.4, s. 1443-1447.

YURTCAN Erdener: CMK Şerhi, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2005.